

## **Concepto - Acuerdos de Voluntades entre EAPB y PSS**



**consultor**salud  
Aportando a la salud Latinoamericana

**Referenciado: 4-2018-083169**

**Superintendencia Nacional de Salud**

**Publicado por: CONSULTORSALUD**

Para responder a este documento, favor citar este número 2-2018-073249

Referencia: Concepto - Acuerdos de Voluntades entre EAPB y PSS Referenciado: 4-2018-083169

#### 1. La consulta:

“LA EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO HOSPITAL DE BARANOA CELEBRÓ CONTRATO POR CAPITACIÓN CON LA NUEVA EPS PARA LA PRESTACIÓN DE LOS SERVICIOS ASISTENCIALES Y PROMOCIÓN Y PREVENCIÓN. EN UNA DE LAS CLÁUSULAS SE CONSAGRÓ QUE AL HOSPITAL SE LE IMPONDRÍA MULTA DEL 10% POR INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO. LA NUEVA EPS LE ESTÁ IMPONIENDO UNA MULTA DE \$13.000.000 DE PESOS AL HOSPITAL DE BARANOA POR NO CUMPLIR CON LAS METAS DE PYP, ADEMÁS DE GLOSAR LA NO PRESTACIÓN DE LOS PROGRAMAS.

¿CONTRACTUALMENTE ES CORRECTO QUE SE INCLUYA UNA CLÁUSULA EN ESTA FORMA A UNA ENTIDAD OFICIAL? EN EL HIPOTÉTICO HECHO QUE DICHA CLÁUSULA SEA VIOLATORIA DE LA LEY ¿CÓMO SE PUEDE REVERTIR?

NUEVA EPS FUNDAMENTÁNDOSE EN EL NO CUMPLIMIENTO DE LAS METAS EN LOS PROGRAMAS DE PYP NO HA ACEPTADO EL REAJUSTE DE LOS SERVICIOS DE SALUD Y PYP DURANTE LOS AÑOS 2.017 Y 2018. EL COMPORTAMIENTO DE LA NUEVA EPS ES VIOLATORIO DE LA LEY. ¿COMO SE HACE PARA OBLIGAR A NUEVA EPS EL REAJUSTE DE LOS AÑOS 2.017 Y 2.018?”

#### 2. Marco normativo y conclusiones:

Para enfrentar los problemas jurídicos planteados en la consulta, esta Oficina Asesora Jurídica procederá, en primer lugar, a exponer el régimen legal predicable respecto de las Empresas Sociales del Estado. Luego, teniendo en cuenta la normatividad que gobierna las relaciones comerciales de este tipo de entidades frente a los demás actores del Sistema General de Seguridad Social en Salud, se explicará la posición de la Oficina de cara a la imposición de multas en desarrollo de los negocios jurídicos celebrados por éstas.

Aunado a lo descrito, en tercer lugar, la Oficina se detendrá a explicar el régimen de facturación y pago de los servicios de salud prestados por las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud. Por último, se ilustrará el régimen normativo que predica el ajuste de los precios de los servicios de salud suministrados por los Prestadores de Servicios de Salud.

##### 2.1. Régimen contractual de las Empresas Sociales del Estado:

Las Empresas Sociales del Estado constituyen una categoría especial de entidad pública descentralizada, con personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa, sometidas al régimen jurídico previsto en el Capítulo III del Título II del Libro II de la Ley 100 de 1993 “Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones”, creadas bien sea por la Nación a través de la Ley o, por las Asambleas o Concejos, por medio de Ordenanzas o

Acuerdos para la prestación directa de los servicios de salud, tal como prevé el artículo 83 de la Ley 489 de 1998 “Por la cual se dictan normas sobre la organización y funcionamiento de las entidades del orden nacional, se expiden las disposiciones, principios y reglas

COFL02 Página 8 de 46

generales para el ejercicio de las atribuciones previstas en los numerales 15 y 16 del artículo 189 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones”.

Respecto de su régimen jurídico, previsto en el artículo 195 de la Ley 100 de 1993, este contempla que, en materia contractual, tales entidades se rigen por el Derecho privado; pero, podrán discrecionalmente utilizar las cláusulas exorbitantes previstas en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública.

Lo anterior debe interpretarse en consonancia con el principio de libre competencia consagrado en artículo 185 de la Ley 100 de 1993 para las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud; de manera que, por regla general, las Empresas Sociales del Estado se regirán por el Derecho privado, en igualdad de condiciones con las demás IPS existentes en el mercado, pudiendo discrecionalmente hacer uso de la prerrogativas contempladas en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública.

Por consiguiente, los contratos celebrados por las Empresas Sociales del Estado se rigen por el Derecho privado, concretamente por las disposiciones contenidas en el mismo contrato, en el Código de Comercio, el Código Civil, y demás normas aplicables.

## 2.2. Penalidades en los contratos de prestación de servicios de salud:

Corolario de lo previamente decantado desemboca necesariamente en la aplicación de las reglas propias del Derecho privado a los acuerdos de voluntades celebrados entre Prestadores de Servicios de Salud (Cfr. Núm. 1. Art. 2.5.3.4.3. D. 780/16) y las Entidades Responsables del Pago de Servicios de Salud (Cfr. Núm. 2. Art. 2.5.3.4.3. D. 780/16).

No obstante, es preciso anotar que, si bien los contratos celebrados por las Empresas Sociales del Estado se gobiernan por las disposiciones del Derecho privado, y, por lo tanto, por la autonomía privada, también estos deben observar las disposiciones propias del Derecho Público, tratándose de la celebración de convenios interadministrativos (literal c) del numeral 4 del artículo 2 de la Ley

1150 de 2007 “Por medio de la cual se introducen medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley 80 [http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley\\_0080\\_1993.html](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0080_1993.html) de 1993 y se dictan otras disposiciones generales sobre la contratación con Recursos Públicos”) y aquellas propias del Sistema General de Seguridad Social en Salud. Así, por ejemplo, los artículos 2.5.3.4.1 y subsiguientes del Decreto 780 de 2016 “Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Salud y Protección Social”, D.O. 49.865 de mayo 6 de 2016. se encargan de reglamentar algunos asuntos propios de los Contratos de Prestación de Servicios de Salud.

Así por ejemplo, el artículo 2.5.3.4.6 del Decreto 780 de 2016 prevé las condiciones mínimas que deben ser incluidas en los acuerdos de voluntades cuyo objeto sea la prestación de servicios de salud. Veamos:

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

COFL02 Página 9 de 46

1. Término de duración.
2. Monto o los mecanismos que permitan determinar el valor total del mismo.
3. Información general de la población objeto con los datos sobre su ubicación geográfica y perfil demográfico.
4. Servicios contratados.
5. Mecanismos y forma de pago.
6. Tarifas que deben ser aplicadas a las unidades de pago.
7. Proceso y operación del sistema de referencia y contrarreferencia.

8. Periodicidad en la entrega de Información de Prestaciones de Servicios de Salud, RIPS.
  
9. Periodicidad y forma como se adelantará el programa de auditoría para el mejoramiento de la calidad y la revisoría de cuentas.
  
10. Mecanismos de interventoría, seguimiento y evaluación del cumplimiento de las obligaciones, durante la vigencia del acuerdo de voluntades.
  
11. Mecanismos para la solución de conflictos.
  
12. Mecanismos y términos para la liquidación o terminación de los acuerdos de voluntades, teniendo en cuenta la normatividad aplicable en cada caso.

Parágrafo 1°. Para el suministro de la información de la población a ser atendida, en cumplimiento del parágrafo 1° del artículo 44 de la Ley 1122 de 2007, las entidades responsables del pago de servicios de salud, garantizarán la administración en línea de las bases de datos de los afiliados al Sistema General de Seguridad Social en Salud (SGSSS), asegurando su depuración, y el correcto y oportuno registro de las novedades. En caso de no contar con la información actualizada en línea, deberán entregar y actualizar la información por los medios disponibles. De no actualizarse la información en línea o no reportarse novedades, se entenderá que continúa vigente la última información disponible. Las atenciones prestadas con base en la información reportada en línea o por cualquier otro medio, no podrán ser objeto de glosa con el argumento de que el usuario no está incluido.

Parágrafo 2°. Los servicios que se contraten deberán garantizar la integralidad de la atención, teniendo en cuenta los servicios habilitados por el prestador, salvo que en casos excepcionales se justifique que puede prestarse el servicio con una mayor oportunidad por parte de otro prestador de servicios de salud, o que exista solicitud expresa del usuario de escoger otro prestador de la red definida por la entidad responsable del pago.

Parágrafo 3°. La auditoría de la calidad de la atención de los servicios deberá desarrollarse de acuerdo con el Programa de Auditoría para el Mejoramiento de la Calidad (Pamec), de cada uno de los actores, definido en los artículos 2.5.1.4.1 a 2.5.1.4.9 del presente decreto o la norma que los adicione, modifique o sustituya.

(Artículo 6° del Decreto 4747 de 2007)”

COFL02 Página 10 de 46

Con todo, los contratos de prestación de servicios de salud suscritos entre Prestadores de Servicios de Salud y Entidades Responsables del Pago de Servicios de Salud deben reunir ciertos requisitos que el reglamento determina como mínimos, los cuales tienen por finalidad salvaguardar el interés público inherente al servicio público esencial de salud.

Sin perjuicio de lo antes expuesto, es viable colegir que aquello no previsto en el reglamento se regirá por las reglas del Derecho privado y por la autonomía privada.

En este punto, es claro que el reglamento no se pronuncia sobre las penalidades en los acuerdos de voluntades destinados a la prestación de servicios de salud. No obstante, se cuestiona el Despacho: ¿El Derecho privado ampara la aplicación de penalidades en desarrollo de sus contratos? La respuesta al problema es, forzosamente, afirmativa. Así pues, el Código de Comercio, y, también, el Código Civil, hacen referencia a la posibilidad de pactar penas ante el incumplimiento o retardo en la satisfacción de las obligaciones contraídas por las partes.

De este modo, por ejemplo, el artículo 867 del Código de Comercio hace alusión a la Cláusula Penal, en los siguientes términos:

“Artículo 867. Cláusula Penal. Cuando se estipule el pago de una prestación determinada para el caso de incumplimiento, o de mora, se entenderá que las partes no pueden retractarse.

Cuando la prestación principal esté determinada o sea determinable en una suma cierta de dinero la pena no podrá ser superior al monto de aquella.

Cuando la prestación principal no esté determinada ni sea determinable en una suma cierta de dinero, podrá el juez reducir equitativamente la pena, si la considera manifiestamente excesiva habida cuenta del interés que tenga el acreedor en que se cumpla la obligación. Lo mismo hará cuando la obligación principal se haya cumplido en parte.”

A su turno, el artículo 1592 del Código Civil también hace referencia a la cláusula penal, definiéndola de la siguiente forma:

“Artículo 1592. La cláusula penal es aquella en que una persona, para asegurar el cumplimiento de una obligación, se sujeta a una pena que consiste en dar o hacer algo en caso de no ejecutar o retardar la obligación principal.”

En este orden, bajo la óptica del Derecho privado, es viable pactar el pago de una prestación determinada en caso de incumplimiento o mora en la satisfacción de las obligaciones derivadas de un Contrato. Sin embargo, su implementación debe estar acorde con las normas que regentan este tipo de cláusulas. Así, de acuerdo con lo previsto en el artículo 1601 del Código Civil, la cláusula penal no puede exceder el doble del precio de la obligación principal; también, según el artículo 867 del Código de Comercio, “cuando la prestación principal esté determinada o sea determinable en una suma cierta de dinero la pena no podrá ser superior al monto de aquella”. Es decir, por disposición sustantiva, las cláusulas penales tienen un límite. Además, el inciso 3° del artículo 867 del Código de Comercio autoriza al Juez a reducir la pena cuando la obligación principal se haya cumplido en parte. De igual forma sucede en el Código Civil, específicamente en el artículo 1596, según el cual “si el deudor cumple solamente una parte de la obligación principal y el acreedor acepta esta parte, tendrá derecho para que rebaje proporcionalmente la pena estipulada por falta de cumplimiento de la obligación principal.”

COFL02 Página 11 de 46

Ahora bien, la cláusula penal puede ejercitarse con distintos fines. (a) Por un lado, y principalmente, la cláusula penal se erige como una tasación anticipada de perjuicios ante el incumplimiento; (b) también puede pactarse con una función conminatoria, de manera que, ante la mora en el pago, el deudor se obliga a pagar una prestación por cada día de retardo; o (c) puede constituirse como garantía.

De este modo, como se ilustra, las cláusulas penales, pactadas con fundamento en la autonomía privada, son válidas, y, tienen por finalidad sancionar el incumplimiento o el cumplimiento defectuoso de las obligaciones derivadas del contrato. No obstante, su ejecución deberá darse de acuerdo con lo taxativamente estipulado en el respectivo contrato, pues como se desprende del artículo 1602 del Código Civil, el Contrato es ley para las partes.

2.3. Facturación de servicios de salud:

La atención en salud, de acuerdo con lo señalado en el artículo 49 de la Constitución Política, es un servicio público a cargo del Estado. Es así que mediante la expedición de la Ley 100 de 1993, se establece el Sistema General de Seguridad Social en Salud, encargado de la prestación del servicio público esencial de salud.

En este orden, y comoquiera que se trata de un servicio público, este se encuentra especialmente regulado por el Estado, quien a través de sus distintas instituciones coordina, dirige, y ejerce inspección, vigilancia y control sobre el sistema.

Ahora bien, el artículo 153 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 3° de la Ley 1438 de 2011 “Por medio de la cual se reforma el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones”. D.O. 47.957 de enero 19 de 2011, prevé como uno de los principios del Sistema General de Seguridad Social en Salud: la sostenibilidad, en virtud del cual, “Las prestaciones que reconoce el sistema se financiarán con los recursos destinados por la ley para tal fin, los cuales deberán tener un flujo ágil y expedito”.

De este modo, según se desprende del principio de sostenibilidad, los recursos del Sistema deben observar un flujo ágil y expedito, el cual, debe ser garantizado por el Estado, al punto de establecerse a través del numeral 1° del artículo 37 de la Ley 1122 de 2007 “Por la cual se hacen algunas modificaciones en el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones”, D.O. 46.506 de enero 9 de 2007, que es función de la Superintendencia Nacional de Salud: “vigilar por la eficiencia, eficacia y efectividad en la generación, flujo, administración y aplicación de los recursos del sector salud”.

En este orden, la intervención del Estado en el flujo de los recursos del sector salud incide, inclusive, en la forma de facturar y pagar la prestación de servicios de salud. Así, como se demostrará, el legislador adoptó una serie de medidas a fin de preservar el flujo ágil y expedito de los recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud.

En primera medida, encontramos el artículo 13 de la Ley 1122 de 2007, relativo al flujo y protección de los recursos del sector salud, el cual, a través de su literal (d) se consagra:

“ (...)

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

(...)”

Así, como se observa, el Legislador se encargó de regular, por un lado, la contratación de servicios de salud, y, por otro, su pago, de acuerdo con la modalidad de pago seleccionado por los actores del Sistema General de Seguridad Social en Salud. De esta manera, por ejemplo, si en el contrato de prestación de servicios de salud se pactó el pago por capitación, éste deberá realizarse por la entidad responsable del pago, mes anticipado, por el ciento por ciento (100%) del precio pactado.

Adicional a lo anterior, la ley ha asignado al Ministerio de Salud y Protección Social la facultad de reglamentación residual de la contratación y del trámite que se le debe imprimir a las facturas, de manera que se asegure que éstas sean canceladas dentro de los sesenta (60) días siguientes a la presentación de la factura.

Por otro lado, el parágrafo 1° del artículo 13 de la Ley 1122 de 2007 consagró la obligación del Gobierno Nacional de tomar “todas las medidas necesarias para asegurar el flujo ágil y efectivo de los recursos del Sistema, utilizando de ser necesario, el giro directo y la sanción a aquellos actores que no aceleren el flujo de los recursos”.

En este orden, como se advierte, el Legislador estableció la necesidad de velar por el flujo de los recursos de la salud, de manera que éstos se irrigen entre los actores del Sistema General de Seguridad Social en Salud de manera eficiente, permitiendo así para todos los usuarios el disfrute del mencionado servicio.

Así, verbigracia, el parágrafo 6° del artículo 13 de la Ley 1122 de 2007 contempla: “Cuando las IPS no paguen oportunamente a los profesionales que les prestan sus servicios, estarán obligadas a reconocer intereses de mora a la tasa legal vigente que rige para las obligaciones financieras, de acuerdo con la reglamentación que para ello expida el Ministerio de la Protección Social dentro de los seis meses posteriores a la entrada en vigencia de la presente ley”.

Ahora bien, las anteriores medidas fueron complementadas por los artículos 56 y 57 de la Ley 1438 de 2011. De esta forma, el artículo 56 de la citada Ley consagró:

“Las Entidades Promotoras de Salud pagarán los servicios a los prestadores de servicios de salud dentro de los plazos, condiciones, términos y porcentajes que

COFLO2 Página 13 de 46

establezca el Gobierno Nacional según el mecanismo de pago, de acuerdo con lo establecido en la Ley 1122 de 2007.

El no pago dentro de los plazos causará intereses moratorios a la tasa establecida para los impuestos administrados por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN).

Se prohíbe el establecimiento de la obligatoriedad de procesos de auditoría previa a la presentación de las facturas por prestación de servicios o cualquier práctica tendiente a impedir la recepción.

Las entidades a que se refiere este artículo, deberán establecer mecanismos que permitan la facturación en línea de los servicios de salud, de acuerdo con los estándares que defina el Ministerio de la Protección Social.

También se entienden por recibidas las facturas que hayan sido enviadas por los prestadores de servicios de salud a las Entidades Promotoras de Salud a través de correo certificado, de acuerdo a lo establecido en la Ley 1122 de 2007, sin perjuicio del cobro ejecutivo que podrán realizar los prestadores de servicios de salud a las Entidades Promotoras de Salud en caso de no cancelación de los recursos.”

De este modo, se recalcó la obligación de las Entidades Promotoras de Salud de pagar los servicios de salud suministrados por las Instituciones Prestadoras de Salud, dentro de los plazos, condiciones, términos y porcentajes establecidos en la Ley 1122 de 2007 y en el Reglamento que para el efecto haya proferido el Gobierno Nacional, so pena de reconocer y pagar los intereses moratorios que se hubieren causado a favor del respectivo prestador, los cuales serán liquidados según la tasa establecida para los impuestos administrados por la DIAN. Lo que hace más gravoso para las E.P.S. incurrir en mora.

También, se prohibió la obligatoriedad de aplicación de procesos de auditoría previa a la presentación de las facturas, así como cualquier práctica tendiente a impedir la recepción de las facturas, permitiéndose por tanto el empleo de mecanismos que permitan la facturación en línea de servicios de salud, de acuerdo con los estándares que defina el Ministerio de Salud y Protección Social. Inclusive, se señaló que las facturas enviadas por correo certificado se entienden recibidas por las E.P.S.

Así las cosas, resulta evidente que el Legislador hizo un esfuerzo encaminado a fomentar el flujo ágil y expedito de los recursos del Sistema de Salud, sancionando monetariamente a quien dilate u obstaculice tal propósito.

Aunado a lo anterior, el artículo 57 de la Ley 1438 de 2011 describe el trámite que debe imprimirse a las facturas que por concepto de prestación de servicios de salud sean recibidas por parte de las entidades responsables de pago:

“Artículo 57°. TRÁMITE DE GLOSAS. Las entidades responsables del pago de servicios de salud dentro de los veinte (20) días hábiles siguientes a la presentación de la factura con todos sus soportes, formularán y comunicarán a los prestadores de servicios de salud las glosas a cada factura, con base en la codificación y alcance definidos en la normatividad vigente. Una vez formuladas las glosas a una factura no

COFL02 Página 14 de 46

se podrán formular nuevas glosas a la misma factura, salvo las que surjan de hechos nuevos detectados en la respuesta dada a la glosa inicial.

El prestador de servicios de salud deberá dar respuesta a las glosas presentadas por las entidades responsables del pago de servicios de salud, dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a su recepción, indicando su aceptación o justificando la no aceptación. La entidad responsable del

pago, dentro de los diez (10) días hábiles siguientes a la recepción de la respuesta, decidirá si levanta total o parcialmente las glosas o las deja como definitivas.

Si cumplidos los quince (15) días hábiles, el prestador de servicios de salud considera que la glosa es subsanable, tendrá un plazo máximo de siete (7) días hábiles para subsanar la causa de las glosas no levantadas y enviar las facturas enviadas nuevamente a la entidad responsable del pago.

Los valores por las glosas levantadas total o parcialmente deberán ser cancelados dentro del mismo plazo de los cinco (5) días hábiles siguientes, a su levantamiento, informando al prestador la justificación de las glosas o su proporción, que no fueron levantadas.

Una vez vencidos los términos, y en el caso de que persista el desacuerdo se acudirá a la Superintendencia Nacional de Salud, bien sea en uso de la facultad de conciliación o jurisdiccional a elección del prestador, en los términos establecidos por la ley.

El Gobierno Nacional reglamentará los mecanismos para desestimular o sancionar el abuso con el trámite de glosas por parte de las entidades responsables del pago.”

Así, analizando la norma transcrita, tenemos que: (i) una vez presentada la factura por los servicios de salud prestados, las entidades responsables del pago cuentan con veinte (20) días hábiles para formular y comunicar a los Prestadores de Servicios de Salud las glosas respectivas, teniendo en cuenta para ello la codificación establecida por el Ministerio de Salud y Protección Social en el Anexo Técnico No. 6 de la Resolución 3047 de 2008 “Por medio de la cual se definen los formatos, mecanismos de envío, procedimientos y términos a ser implementados en las relaciones entre prestadores de servicios de salud y entidades responsables del pago de servicios de salud, definidos en el Decreto 4747”, D.O. 47.082 de agosto 15 de 2008, modificada por las Resoluciones 416 de 2009 “Por medio de la cual se realizan unas modificaciones a la Resolución 3047 de 2008 y se dictan otras disposiciones”, D.O. 47.272 de febrero 23 de 2009 y 4331 de 2012 “Por medio de la cual se adiciona y modifica parcialmente la Resolución número 3047 de 2008, modificada por la Resolución número 416 de 2009”, D.O. 48.651 de diciembre 21 de 2012; (ii) de igual manera, una vez formuladas las glosas a una factura, sobre esta no se podrán formular nuevas glosas, salvo que surjan de hechos nuevos, detectados en la respuesta dada a la glosa inicial; (iii) una vez recibidas las glosas, el Prestador de Salud cuenta con quince (15) días hábiles para dar respuesta a las mismas, para lo cual deberá manifestar si acepta la glosa o justificar la no aceptación; (iv) recibida la respuesta a las glosas, formulada por el Prestador de Servicios de Salud, la Entidad Responsable del Pago tiene diez (10) días hábiles para decidir si levanta total o parcialmente las glosas o las deja como definitivas; (v) adicionalmente, cumplidos los quince (15) días hábiles para dar respuesta a las glosas elevadas por la entidad responsable del pago, el prestador de salud tiene la posibilidad,

si así lo considera, de subsanar las glosas no levantadas, caso en el cual contará con siete (7) días hábiles para realizar la subsanación

COFL02 Página 15 de 46

correspondiente, y, en consecuencia, enviar nuevamente las respectivas facturas a la entidad responsable del pago; (vi) la entidad responsable del pago se encuentra en la obligación de informar al prestador de servicios de salud la justificación de las glosas y su proporción, respecto de aquellas que no fueron levantadas, dentro del término de los diez (10) días hábiles siguientes a la recepción de la respuesta dada por el prestador de servicios de salud a las glosas formuladas inicialmente; (vii) los valores de las glosas levantadas, ya sea total o parcialmente, deberán ser pagados dentro de los cinco (5) días siguientes a su levantamiento; (viii) vencidos los términos previstos anteriormente, y en caso de que persiste el desacuerdo, el prestador de servicios de salud podrá, a su elección, acudir a la Superintendencia Nacional de Salud, para que, ya en ejercicio de la facultad de conciliación o de la función jurisdiccional de la cual es titular, dirima el conflicto suscitado.

De esta forma, como se apunta, la facturación entre las entidades responsables del pago y los prestadores de servicios de salud se encuentra reglada, por un lado, por el artículo 13 de la Ley 1122 de 2007, y, por otro, por los artículos 56 y 57 de la Ley 1438 de 2011, sin perjuicio de las disposiciones comerciales y tributarias aplicables.

En este sentido, el artículo 2.5.3.4.10 del Decreto 780 de 2016 se encargó de regular los soportes de las facturas de prestación de servicios de salud, estableciéndose: “Los prestadores de servicios de salud deberán presentar a las entidades responsables de pago, las facturas con los soportes que, de acuerdo con el mecanismo de pago, establezca el Ministerio de Salud y Protección Social. La entidad responsable del pago no podrá exigir soportes adicionales a los definidos para el efecto por el Ministerio de Salud y Protección Social”. De tal manera, la entidad responsable del pago no podrá exigir soportes adicionales a los establecidos para el efecto en el Anexo Técnico No. 5 de la Resolución 3047 de 2008, modificada por las Resoluciones 416 de 2009 y 4331 de 2012.

A su turno, el artículo 2.5.3.4.12 del Decreto 780 de 2016 se pronunció respecto del Manual Único de Glosas, Devoluciones y respuestas, consagrándose: “El Ministerio de Salud y Protección Social expedirá el Manual Único de Glosas, devoluciones y respuestas, en el que se establecerán la denominación, codificación de las causas de glosa y de devolución de facturas, el cual es de obligatoria adopción por todas las entidades del Sistema General de Seguridad Social en Salud”. Como consecuencia de lo anterior, el artículo 14 de la Resolución 3047 de 2008 “Por medio de la cual se definen los formatos, mecanismos de envío, procedimientos y términos a ser implementados en las relaciones entre prestadores de servicios de salud y entidades responsables

del pago de servicios de salud, definidos en el Decreto 4747", D.O. 47.082 de agosto 15 de 2008 dispuso:

“Artículo 14. Manual único de glosas, devoluciones y respuestas. La denominación y codificación de las causas de glosa, devoluciones y respuestas de que trata el artículo 22 del Decreto 4747 de 2007 o en las normas que lo modifiquen, adicionen o sustituyan, serán las establecidas en el Anexo Técnico No. 6, el cual forma parte integral de la presente resolución.

Las entidades responsables del pago no podrán crear nuevas causas de glosa o de devolución; las mismas sólo podrán establecerse mediante resolución expedida por el Ministerio de la Protección Social.”

De este modo, le está vedado a la entidad responsable del pago crear nuevas causas de glosa o de devolución. Sólo podrá glosar una factura por los conceptos previstos en el Anexo Técnico

COFL02 Página 16 de 46

No. 6 de la Resolución 3047 de 2008, modificada por las Resoluciones 416 de 2009 y 4331 de 2012.

Adicionalmente, el artículo 2.5.3.4.13 del Decreto 780 de 2016, en concordancia con lo previsto en el artículo 56 de la Ley 1438 de 2011, se refirió con relación a los intereses moratorios, de la siguiente manera:

“ARTÍCULO 2.5.3.4.13 RECONOCIMIENTO DE INTERESES. En el evento en que las devoluciones o glosas formuladas no tengan fundamentación objetiva, el prestador de servicios tendrá derecho al reconocimiento de intereses moratorios desde la fecha de presentación de la factura o cuenta de cobro, de conformidad con lo establecido en el artículo 7° del Decreto-ley 1281 de 2002.

En el evento en que la glosa formulada resulte justificada y se haya pagado un valor por los servicios glosados, se entenderá como un valor a descontar a título de pago anticipado en cobros posteriores. De no presentarse cobros posteriores, la entidad responsable del pago tendrá derecho a la devolución del valor glosado y al reconocimiento de intereses moratorios desde la fecha en la cual la entidad responsable del pago canceló al prestador.” (Negrilla y subrayado fuera de texto)

Así, como se observa, a la entidad responsable del pago que formule glosas sin fundamento, se sanciona económicamente, consagrándose que ésta deberá reconocer al prestador de servicios de salud, intereses moratorios, liquidados a la tasa que maneja la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales - DIAN para tales efectos (Cfr. Art. 635. E.T.).

Finalmente, y como medida de supervisión del flujo de recursos, el artículo 2.5.3.4.14 del Decreto 780 de 2016 contempló la obligación de reportar información relacionada con el cobro, glosas y pago de servicios de salud; reporte que según el Anexo Técnico No. 8 de la Resolución 3047 de 2008, modificado por el artículo 7° de la Resolución 4331 de 2012, debe ser adoptado por las entidades responsables del pago, y, el cual, puede ser exigido por el Ministerio de Salud y Protección Social en cualquier momento.

De esta manera, como se ilustra, el trámite de las facturas ocasionadas por la prestación de servicios de salud, entre entidades responsables del pago y prestadores de servicios de salud, está reglada a nivel legal y reglamentario, por lo cual, cualquier conducta que se aleje de dichos mandatos podrá ser, según el caso, sancionado por la Superintendencia Nacional de Salud conforme lo señalado en el artículo 17 de la Resolución 3047 de 2008.

#### 2.4. Del Incremento del valor de los servicios de salud:

De acuerdo con el Capítulo 5 del Título 3 de la Parte 5 del Libro 2 del Decreto 780 de 2016, los valores pactados en los acuerdos de voluntades entre Entidades Responsables del Pago y Prestadores de Servicios de Salud serán objeto de incremento, según los lineamientos allí establecidos.

De esta manera, el artículo 2.5.3.5.1 del Decreto 780 de 2016 consagra:

“Artículo 2.5.3.5.1. Objeto. El presente Capítulo tiene por objeto establecer los criterios para la fijación de los incrementos del valor de los servicios de salud acordados o que se

llegaren a acordar entre las Entidades Promotoras de Salud (EPS) de los regímenes contributivo y subsidiado, así como las demás Entidades Obligadas a Compensar (EOC) y las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud (IPS) públicas o privadas, cualquiera que sea la modalidad pactada para la prestación de servicios de salud, en virtud de los incrementos del valor de la

Unidad de Pago por Capitación (UPC) que defina la Dirección de Beneficios, Costos y Tarifas del Aseguramiento en Salud del Ministerio de Salud y Protección Social, o quien haga sus veces, siempre que dicho incremento no corresponda a una inclusión o actualización de los Planes Obligatorios de Salud (POS) de cualquier régimen. Parágrafo. Para efectos de dar cumplimiento al presente decreto, el Ministerio de Salud y Protección Social, o la entidad competente, al definir el valor de la UPC para cada año, deberá publicar la proyección del incremento porcentual resultante de la aplicación del valor de la UPC definida, ajustada por ponderadores para cada EPS o EOC, así como la estructura de los incrementos, precisando cuáles corresponden al costo de las actualizaciones o de unificación del POS y cuáles responden a los servicios que ya se venían prestando.” (Negrilla fuera de texto)

Por su parte, el artículo 2.5.3.5.2 definió los siguientes criterios:

“Artículo 2.5.3.5.2. Criterios para la definición del incremento en el valor de los servicios de salud. Los incrementos a que refiere el presente Capítulo, deberán realizarse con sujeción a los siguientes criterios: 1. El incremento se aplicará sin excepción a todas las IPS públicas o privadas. 2. Los incrementos que se efectúen deberán ser equitativos, de manera que a servicios homogéneos y de igual calidad, el incremento sea igual. 3. Las negociaciones pueden hacerse de manera global o de manera individual con cada IPS teniendo en cuenta los servicios y demás suministros que prestan. 4. El incremento deberá guardar proporcionalidad con el ajuste que se reconozca para mantener el valor adquisitivo de la UPC sin tener en cuenta el incremento derivado de nuevos servicios que se pudieran incluir en el plan de beneficios por parte del Ministerio de Salud y Protección Social o quien haga sus veces. 5. Los términos de la negociación deberán observar el régimen de control de precios que señale la Comisión Nacional de Precios de Medicamentos y Dispositivos Médicos (CNPMD). 6. Para el incremento de los contratos de capitación en los que se pacte como pago un porcentaje de la UPC, deberá excluirse el incremento de la UPC que corresponda a actualizaciones al plan obligatorio de salud, toda vez que la EPS con cargo a este incremento deberá financiar las nuevas prestaciones incluidas en el Plan Obligatorio de Salud.” (Negrilla fuera de texto)

Finalmente, el artículo 2.5.3.5.3 del Decreto 780 de 2016 se encargó de pronunciarse sobre la forma como deberá realizarse el incremento, así:

“ Artículo 2.5.3.5.3. Incremento del valor de los servicios. El valor de los servicios de salud se incrementará tomando como base los criterios señalados en el artículo anterior, una vez entre en vigencia el ajuste del valor de la Unidad de Pago por Capitación que defina el Ministerio de Salud y Protección Social o quien haga sus veces.

Parágrafo 1°. Si dentro de los treinta (30) días siguientes a la fecha de entrada en vigencia del ajuste del valor de la Unidad de Pago por Capitación, las Entidades Promotoras de Salud (EPS) de los regímenes contributivo y subsidiado y las Entidades Obligadas a Compensar (EOC) y las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud (IPS) públicas o privadas, no efectúan el ajuste del valor de los servicios de salud, estos se incrementarán en el porcentaje establecido por el Ministerio de Salud y Protección Social o quien haga sus veces, para recuperar el valor adquisitivo de la UPC que financien los servicios que estaban incluidos en el Plan Obligatorio de Salud.”  
(Negrilla fuera de texto)

Adicionalmente a lo anterior, el Ministerio de Salud y Protección Social expidió la Circular Externa 000006 de enero 30 de 2017 “Incremento de los Servicios de Salud en virtud del artículo 2.5.3.5.3. del Decreto número 780 de 2016”, D.O. 50.133 de enero 31 de 2017, a través de la cual se dictaminó la proyección del incremento de la UPC y se manifestó respecto del incremento del valor de los servicios de salud, lo siguiente:

“ (...)

En efecto se tiene que mediante Resolución número 6411 de 2016 se fija el valor de la Unidad de Pago por Capitación (UPC) para la cobertura del Plan de Beneficios en Salud de los Regímenes Contributivo y Subsidiado en la vigencia 2017, manteniendo el plan piloto para la unificación del POS en las ciudades de Bogotá, Medellín, Santiago de Cali y en el Distrito Especial, Industrial y Portuario de Barranquilla, y fijando su incremento para el 2017 en 8,20%, sin que en su cálculo se haya considerado el costo por tecnologías nuevas del plan de beneficios.

Señala el artículo 2.5.3.5.3 del precitado Decreto número 780, que en relación con el incremento del valor de los servicios de salud, que se realizará con base en los criterios definidos en la norma una vez entre en vigencia el ajuste al valor de la UPC, y si dentro de los treinta (30) días siguientes a la fecha de entrada en vigencia el ajuste de la UPC (esto es el 1° de enero de 2017) las EPS y las IPS no lo efectúan, estos se incrementarán en el porcentaje establecido por este Ministerio, para recuperar y mantener el valor adquisitivo de los servicios de salud que se venían prestando.

Conforme a lo anteriormente expuesto las Entidades Promotoras de Servicios de Salud (EPS) de los Regímenes Contributivo y Subsidiado, así como las Entidades Obligadas a Compensar (EOC) y las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud públicas y privadas, al momento de definir el incremento en el valor de los servicios de salud para la vigencia 2017, deberán atender a los criterios previstos en el artículo 2.5.3.5.2 del Decreto número 780 de 2016 y lo siguiente:

– Primarán los acuerdos de voluntades entre las partes en el marco de sus relaciones contractuales.

– El porcentaje de incremento para recuperar y mantener el poder adquisitivo de los servicios de salud que se venían prestando es del 5.5% para el 2017. Lo anterior, en el evento en que dentro de los 30 días siguientes a la entrada en vigencia del ajuste de la Unidad de Pago por Capitación (UPC) para 2017, no se hayan logrado acuerdos entre asegurador y prestador sobre un incremento, sin perjuicio de posteriores acuerdos entre las partes.

COFL02 Página 19 de 46

Finalmente, se aclara que el incremento de la Unidad de Pago por Capitación (UPC) por Asegurador y Régimen tiene el carácter de informativo y la proyección del incremento porcentual a que refiere la presente, se hace en atención a las disposiciones normativas que así lo prevén, sin que este Ministerio intervenga en las relaciones contractuales y acuerdos de prestación de servicios entre aseguradores y prestadores de servicios de salud, proveedores u otros.”

En este orden de ideas, tenemos que el incremento en el valor de los servicios de salud, pactados entre las Entidades Responsables del Pago y los Prestadores de Servicios de Salud es, prima facie, de la órbita exclusiva de los cocontratantes; pudiendo inclusive, hacer pactos posteriores a la entrada en vigor del incremento fijado por el Ministerio de Salud y Protección Social.

De este modo, corresponde a las partes, en ejercicio de la autonomía privada, fijar el incremento del valor de los servicios de salud. No obstante, si las mismas no llegaren a un acuerdo, entraría a funcionar de manera supletiva lo dispuesto en el Decreto 780 de 2016, incrementándose el precio de los servicios en el porcentaje reseñado por el Ministerio de Salud y Protección Social en su oportunidad, según lo establecido en el artículo 2.5.3.5.3 del Decreto 780 de 2016.

Así lo reconoció el Ministerio de Salud y Protección Social en la Circular Externa 6 de 2017, al señalar:

“(…)

Señala el artículo 2.5.3.5.3 del precitado Decreto número 780, que en relación con el incremento del valor de los servicios de salud, que se realizará con base en los criterios definidos en la norma una vez entre en vigencia el ajuste al valor de la UPC, y si dentro de los treinta (30) días siguientes a la fecha de entrada en vigencia el ajuste de la UPC (esto es el 1° de enero de 2017) las EPS y las IPS no lo efectúan, estos se incrementarán en el porcentaje establecido por este Ministerio, para recuperar y mantener el valor adquisitivo de los servicios de salud que se venían prestando.

(...)”

Es decir, si dentro de los treinta (30) días siguientes a la entrada en vigor de los ajustes de la UPC, las partes no llegan a un acuerdo, el precio de los servicios de salud se incrementará en el porcentaje establecido por el Ministerio, tendiente a recuperar y mantener el valor adquisitivo de los servicios de salud.

Por lo tanto, el marco normativo y regulatorio vigente, aplicable al incremento del valor de los servicios de salud comprende el Capítulo 5 del Título 3 de la Parte 5 del Libro 2 del Decreto 780 de 2016 y las Circulares Externa 6 de 2017 expedida por el Ministerio de Salud y Protección Social para el efecto.

### 3. Alcance del concepto:

La presente consulta se absuelve en los términos descritos en el artículo 28° del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, sustituido por el artículo 1° de la Ley 1755 de 2015, y, en consecuencia, salvo disposición legal en contrario, los conceptos

COFL02 Página 20 de 46

emitidos por la Superintendencia como respuesta a la petición realizada en ejercicio del derecho a formular consultas no son de obligatorio cumplimiento o ejecución.

- Cordialmente,

José Manuel Suárez Delgado Jefe Oficina Asesora Jurídica (E)