

## **POTESTAD REGLAMENTARIA - Inexistencia de extralimitación de funciones**

De conformidad con el artículo 180 de la Ley 100 de 1993, la Superintendencia Nacional de Salud tiene la facultad de autorizar como Entidades Promotoras de Salud EPS a entidades de naturaleza pública, privada o mixta, que cumplan, entre otros, con los requisitos de índole financiera, que deben ser fijados por el Gobierno Nacional, a saber: Acreditar periódicamente el margen de solvencia y tener un capital social o fondo social mínimo. El margen de solvencia, según se define en el artículo 1° del Decreto acusado núm. 574 de 2007, es la diferencia positiva que como mínimo debe haber entre el nivel de activos y las obligaciones de una entidad y está regulado por el artículo 5° ídem. El artículo 2° del Decreto acusado núm. 574 de 2007, en armonía con las disposiciones legales transcritas, se refiere a la necesidad de mantener el capital mínimo y de cumplir el régimen de solvencia, esto último deberá entenderse como margen de solvencia, para efectos de la habilitación financiera para la entrada y permanencia de las EPSs del Régimen contributivo y las entidades adaptadas. El artículo 4° del Decreto núm. 574 de 2 de marzo de 2007, crea un régimen de solvencia, que comprende la constitución y mantenimiento de reservas técnicas, la inversión de estas reservas en los instrumentos que señala el mismo decreto y de administración de los riesgos. A juicio de la Sala, los aspectos atinentes a la constitución y mantenimiento de reservas técnicas y la administración de los riesgos no resultan extraños al tema relativo al margen de solvencia ni a la suficiencia patrimonial, requisitos estos que se exigen para que una EPS o entidad adaptada pueda operar o permanecer como tal, dado que todo ello es indispensable para garantizar una viabilidad económica y financiera y, por ende, la prestación eficiente del servicio de salud. Siendo ello así, mal puede afirmarse que el Gobierno Nacional carezca de la facultad de reglamentación cuando el texto del artículo 180, numerales 4, 6 y 7, propende para que la Superintendencia Nacional de Salud solo autorice el funcionamiento de EPSs que dispongan de una adecuada organización financiera; acrediten liquidez y solvencia y tengan un capital o fondo social mínimo, todo ello fijado o determinado por el Gobierno Nacional.

**FUENTE FORMAL:** LEY 100 DE 1993 – ARTICULO 180 / LEY 715 DE 2001 – ARTICULO 42 NUMERAL 10

**NORMA DEMANDADA:** DECRETO 574 DE 2007 (2 de marzo) / DECRETO 1698 DE 2007 (16 de mayo) - GOBIERNO NACIONAL

### **CONSEJO DE ESTADO**

#### **SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

##### **SECCION PRIMERA**

**Consejera ponente: MARIA ELIZABETH GARCIA GONZALEZ**

Bogotá, D.C., dieciocho (18) de julio de dos mil doce (2012)

**Radicación número: 11001-03-24-000-2007-00336-00**

**Actor: DIEGO MUÑOZ TAMAYO y OTROS.**

**Demandado: GOBIERNO NACIONAL**

**Referencia: ACCION DE NULIDAD**

Se decide en única instancia la acción de nulidad interpuesta por los ciudadanos **DIEGO MUÑOZ TAMAYO, HUGO ADOLFO HURTADO BEJARANO y MARY ELENA LARES COLMENARES**, contra el Decreto núm. 574 de 2007, “**por el cual se definen y adoptan las condiciones financieras y de solvencia del Sistema Único de Habilitación de Entidades Promotoras de Salud del Régimen Contributivo y Entidades Adaptadas**” y contra el Decreto núm. 1698 de 2007, por el cual se modifica el anterior, expedidos por el Gobierno Nacional.

**I.- LA DEMANDA.**

**I.1.-** Solicita la parte actora que se declare la nulidad de los Decretos núms. 574 de 2007 y 1698 del mismo año, que modificó el anterior, por los cuales se definen y adoptan las condiciones financieras y de solvencia del Sistema Único de Habilitación de Entidades Promotoras de Salud del Régimen Contributivo y Entidades Adaptadas.

**I.2.-** En resumen, los actores, señalan los siguientes hechos:

Que el 23 de diciembre de 1993, el Congreso Nacional expidió la Ley 100 de 1993, por la cual se crea el Sistema de Seguridad Social Integral y se dictan otras disposiciones; que el artículo 180 consagró los requisitos para autorizar Entidades Promotoras de Salud, entre ellos: disponer de una organización administrativa y financiera que permita, entre otras, acreditar la capacidad técnica y científica necesaria para el correcto desempeño de sus funciones, y verificar la de las Instituciones y Profesionales prestadoras de los servicios; **acreditar**

**periódicamente el margen de solvencia fijado por el Gobierno Nacional; tener un capital o fondo social mínimo fijado por el Gobierno que garantice la viabilidad económica y financiera, y las demás que establezca la ley y el reglamento**, previa consideración del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud.

Explican que mediante el Decreto núm. 882 de 1998, el Gobierno Nacional fijó el margen de solvencia que asegura la liquidez de las Entidades Promotoras de Salud y Administradoras del Régimen Subsidiado<sup>1</sup>.

En el año 2000, el Gobierno Nacional expidió el Decreto 47, mediante el cual se expiden normas sobre afiliación en cuyo artículo 5° dispone sobre la afiliación excepcional cuando una EPS no cumpla con el margen de solvencia establecido en el Decreto núm. 882 de 1998 en las normas que lo modifiquen.

El 21 de diciembre de 2001, se expidió la Ley 715, por la cual se dictan normas orgánicas en materia de recursos y competencias de conformidad con los artículos 151, 288, 356 y 357 (Acto Legislativo 01 de 2001) de la Constitución Política, para organizar la prestación de los servicios de educación y salud, entre otros. El artículo 42 determinó las competencias de la Nación y en el ordinal 10°, señaló que se debía definir en el primer año de vigencia de la Ley el Sistema Único de Habilitación, el Sistema de la Garantía de la Calidad y el Sistema Único de

---

<sup>1</sup> **ARTICULO 1o. MARGEN DE SOLVENCIA PARA ASEGURAR LA LIQUIDEZ DE LAS ENTIDADES PROMOTORAS DE SALUD Y ADMINISTRADORAS DEL REGIMEN SUBSIDIADO.** Para efecto de lo dispuesto en este decreto, se entiende por margen de solvencia, la liquidez que debe tener una Entidad Promotora de Salud y/o Administradora del Régimen Subsidiado, cualquiera sea su forma legal, para responder en forma adecuada y oportuna por sus obligaciones con terceros, sean estos proveedores de bienes o prestadores de servicios de salud o los usuarios.

Se entenderá por liquidez la capacidad de pago que tienen las Entidades Promotoras de Salud y/o las Administradoras del Régimen Subsidiado para cancelar, en un término no superior a 30 días calendario, a partir de la fecha establecida para el pago, las cuentas de los proveedores de bienes o prestadores de servicios de salud o usuarios.

Acreditación de Instituciones Prestadoras de Salud, Entidades Promotoras de Salud y otras instituciones que manejan recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud.

El 26 de junio de 2003, se expidió la Ley 812, por la cual se aprueba el Plan Nacional de Desarrollo 2003-2006, "Hacia un Estado Comunitario", cuyo artículo 39 contiene un mandato específico que se echa de menos en la motivación de los dos actos demandados; dicha norma dispone que para la habilitación de las Instituciones Prestadoras del Servicio, Administradoras del Régimen Subsidiado y Empresas Promotoras de Salud, se deberán tener en cuenta criterios de entorno ambiental, accesibilidad, oportunidad y calidad en la prestación de los servicios, así como las condiciones técnicas, administrativas y financieras que garanticen la prestación adecuada de los servicios y la administración del riesgo en salud.

Señalan que resulta palmario que los Decretos impugnados, en el supuesto ejercicio de facultades conferidas por el artículo 180 de la Ley 100 de 1993 y el numeral 10° del artículo 42 de la Ley 715 de 2001, fueron proferidos con extralimitación de las atribuciones propias conferidas al Gobierno Nacional, pues si bien facultan al Ejecutivo para establecer el margen de solvencia, no le confieren las potestades tan amplias como se evidencia en los actos acusados.

Consideran que de la comparación de las normas que sirven de fundamento para la expedición de los Decretos acusados no se evidencia atribución legal alguna para: exigir un capital mínimo ni un monto de patrimonio técnico primario y secundario superior al monto de margen de solvencia; ni la constitución de reservas técnicas para autorizaciones de servicio, para servicios cobrados o para eventos ocurridos no avisados, como tampoco un régimen de inversiones de las reservas técnicas en determinados instrumentos financieros, con sujeción a ciertos

porcentajes máximos de inversión, ni condiciones de maduración.

**I.3.-** A su juicio, las disposiciones acusadas violan los artículos 1º, 4º, 83, 84, 121 y 150, numeral 21, de la Constitución Política; 180 de la Ley 100 de 1993, 42, numeral 10, de la Ley 715 de 2001; 39 de la Ley 812 de 2003, y 13, literal d), de la Ley 1122 de 2007.

La parte actora explica el concepto de violación, en términos confusos, que la Sala resume en los siguientes términos.

1. Violación del principio de reserva legal, en contra de lo dispuesto en el artículo 150, numeral 8º de la Constitución Política, porque se expiden normas a las que se debe sujetar el Gobierno Nacional para el ejercicio de las funciones de inspección y vigilancia que corresponden a la Superintendencia Nacional de Salud en relación con: el cumplimiento de los márgenes de solvencia, la dinámica de la constitución y liberación de las reservas obligatorias, el sistema de indicadores de alerta temprana, la evaluación semestral de la transabilidad del portafolio de cada entidad con relación al mercado, el establecimiento de categorías de riesgo con base en el nivel de solvencia de cada entidad y el sistema de indicadores de alerta temprana y la definición de instrumentos de control, todas éstas funciones de inspección y vigilancia, que debieron ser determinadas por la Ley y no por el Ejecutivo.

Que las normas acusadas se ocupan de regular la actividad de las EPS como si se tratara de compañías de seguros, y los actos acusados carecen de aptitud para señalar los objetivos y criterios para regular la actividad aseguradora, en la medida en que, por virtud de lo dispuesto en el artículo 150, numeral 19, ordinal d), de la Constitución Política, esta función la ejerce el Congreso de la República mediante

Ley.

Agregan que, además, se invadió la esfera legislativa, toda vez que el ejecutivo estableció limitaciones a la libertad económica constitucionalmente garantizada, violando el principio de reserva legal, contenido en el artículo 150, numeral 21 de la Carta Política, porque a la Administración le está vedado entrar a limitar la esfera de derechos y libertades de las personas; que la Corte Constitucional mediante sentencia C-137 de 2007, señaló que a partir de la Constitución de 1991, la prerrogativa del Estado de intervenir en los procesos económicos ha estado determinada primordialmente por el Congreso de la República, y que una ley de intervención económica debe precisar sus fines, alcances y límites con el propósito de que la economía marche acorde con los parámetros constitucionales, por lo que también se violaron los artículos 48 y 49 de la Constitución Política.

Señalan que los actos acusados contrarían normas de naturaleza legal que regulan la materia, pues si el Gobierno Nacional considera que además de las capacidades técnicas y científicas ordenadas por la ley, se requieren condiciones financieras distintas al margen de solvencia previsto en el artículo 180 de la Ley 100 de 1993, de conformidad con el principio de reserva legal y de separación de funciones entre los órganos del poder público, debe acudir al Congreso, para que modifique los parámetros y requisitos establecidos en la Ley, con observancia de lo dispuesto en los artículos 48, 49, 84, 121, 150 y 334 de la Constitución Política, como ocurrió con la prestación de los servicios por las EPS indígenas, que fue regulada por la Ley 691 de 2001, mediante la cual se reglamenta la participación de los Grupos Étnicos en el SGSSS.

2. Violación del principio de confianza legítima, que se deriva de los principios de seguridad jurídica y buena fe, contenidos en los artículos 1°, 4° y 83 de la

Constitución Política, que supone que en la expedición de normas que modifiquen situaciones ya reguladas y adquiridas, como lo es la prestación del servicio de salud, se otorgue a los administrados un plazo de tiempo prudencial de adaptación para su exigibilidad; que los Decretos acusados no permiten un tiempo que permita a las EPS decidir si adecuan o no su estructura financiera para entrar a efectuar las reservas técnicas, constituir el patrimonio mínimo exigido, ni modificar las inversiones que han efectuado con base en las normas que reglamentaban la actividad.

Anotan que se viola el artículo 84 de la Constitución Política, porque los Decretos acusados imponen condiciones y requisitos adicionales para el desarrollo de la actividad de aseguramiento de la salud.

3. Falta de competencia, porque el artículo 180 de la Ley 100 de 1993, únicamente asigna competencia para fijar el margen de solvencia que deben acreditar periódicamente las EPS y para expedir las normas que se requieran para el fiel cumplimiento de lo dispuesto en dicho artículo, lo que no indica que se puedan ampliar los requisitos para que la Superintendencia Nacional de Salud autorice la entrada al Sistema General de Seguridad Social en Salud de entidades promotoras de salud de naturaleza pública, privada o mixta, ni su permanencia.

Argumentan que, por lo anterior, el Gobierno Nacional, al establecer la obligación de constituir reservas técnicas, **un capital mínimo**, un patrimonio técnico y limitaciones en cuanto a la inversión de su patrimonio, entre otras, desbordó la competencia que le señaló el legislador, vicio que es insaneable.

4. Falsa motivación, por la ausencia absoluta de antecedentes técnicos que soporten el 10% determinado como el factor de riesgo aplicable al margen de

solvencia que deben cumplir las EPS y entidades adaptadas; que además hay ausencia de antecedentes jurídicos, es decir de norma atributiva de competencia, pues todos los requisitos impuestos por los actos acusados son adicionales a una actividad reglamentada de manera general por la Leyes 100 de 1993, 715 de 2001, 812 de 2003 y 1122 de 2007.

Que el vicio de falsa motivación es evidente en los considerandos de los actos acusados, en cuanto se afirma que la actividad de las Entidades Administradoras del Sistema General de Seguridad Social en Salud está relacionada con la incertidumbre y el riesgo, asimilándola con la actividad de las empresas aseguradoras; que su actividad se rige por la “demanda inducida”, y no por bonificaciones por no presentar reclamos, porque por el contrario, deben llamar a sus afiliados para que se acerquen a realizarse exámenes diagnósticos y controles constantes, con la finalidad de prevenir futuras enfermedades, luego en el aseguramiento de la salud, todos los riesgos son ciertos.

Que la diferencia entre las mencionadas actividades se hace patente en materia de “reservas”, pues mientras en las aseguradoras se justifica porque la prima es anual, en salud el riesgo no se presenta porque los pagos provenientes del SGSSS, concretamente del FOSYGA, para la atención de los afiliados, se reciben mensualmente y no por anticipado; que en el caso concreto de los pagos por capitación con las IPS, la reserva tiene menos sentido, pues la sufraga el costo de atención de los afiliados mucho antes de que el FOSYGA compense y gire a su favor los recursos que se supone deben financiar esta actividad, lo que evidencia que son las EPS las que financian el SGSSS.

Que el anterior comentario aplica en relación con las inversiones de las reservas, pues de conformidad con el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, el



patrimonio de las compañías de seguros es de libre inversión, y solo se descuenta el valor de las inversiones de capital en otras aseguradoras, para evitar que con los mismos recursos se acredite solvencia en dos entidades aseguradoras.

Explicó que en lo que respecta al descuento en inversiones en infraestructura de salud que consagran los actos acusados, tal disposición es ajena a un régimen de solvencia y pretende, por el contrario, limitar la gestión de las EPS en la búsqueda de reducción de costos que redunden en beneficios para los usuarios y el propio SGSSS; que además, esta materia ya había sido regulada de manera general por el artículo 15 de la Ley 1122 de 2007, que dispone que las EPS no podrían contratar, directamente o a través de terceros, con sus propias IPS más del 30% del valor del gasto en salud.

Que lo anterior indica que mediante los actos demandados, se impusieron requisitos adicionales en materias reguladas por la Ley, con una motivación errada.

5. Desviación de poder y fraude a la Ley, porque aún suponiendo que el Gobierno Nacional tuviera la competencia para expedir las disposiciones acusadas, éstas se orientaron hacia fines distintos de aquellos consagrados por las normas que regulan el funcionamiento del SGSSS, tales como, pretender someter a las EPS y demás entidades encargadas de la prestación del servicio de salud y seguridad social al mismo régimen de inversión y solvencia de entidades financieras. Señala que la financiación del sistema no corresponde a la EPS, pues para ello se han establecido las cotizaciones y los aportes estatales para atender los eventos incluidos en el POS y recibe como contraprestación, no las cotizaciones del SGSSS ni las transferencias estatales, sino las UPC que corresponden a sus afiliados, recursos que llegan a la EPS cuando los servicios asistenciales a sus

afiliados ya han sido prestados.

Mencionan que un sistema contable eficiente y un procedimiento simple pero oportuno de monitoreo que permita controlar las deficiencias de la relación de solvencia, resultaría suficiente para garantizar que las EPS puedan seguir atendiendo a sus afiliados como lo han venido haciendo; que no es cierto que las EPS manejen niveles importantes de liquidez que obligue a definir estrictamente su régimen de reservas e inversiones, y lo cierto es que, por cuenta de la tardanza y trámites engorrosos del Fosyga en los giros de compensación y en los recobros de tutelas y CTC, han tenido que acudir masivamente al sistema financiero para cubrir las deficiencias de liquidez que el propio Estado ha propiciado.

6. Violación de otras normas superiores, como son:

- El artículo 1° de la Ley 962 de 2005, por la cual se dictan normas sobre racionalización de trámites y procedimientos administrativos de los organismos y entidades del Estado y de los particulares que ejercen funciones públicas o prestan servicios públicos, que dispone el principio de reserva legal de permisos, licencias o requisitos.

- El Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, porque son éstas las normas que definen quienes son inversionistas institucionales, y aunque las normas acusadas no señalan que las EPS lo sean, sí les impone un régimen restrictivo de inversiones como si estuvieran captando ahorro del público.

- La Ley 1122 de 2007, en cuanto las disposiciones acusadas exigen constituir una reserva técnica sobre los contratos de capitación cuando ésta señaló que en esos casos las EPS debían pagar por anticipado.

- Se establece una doble deducción por pérdidas acumuladas, puesto que el artículo 6° del Decreto 574 de 2007, señala que el patrimonio técnico de las EPS y Entidades Adaptadas corresponde a la sumatoria del patrimonio técnico primario y del secundario, y el ordinal d) del numeral 1° del mismo artículo expresa que el patrimonio primario incluye, entre otros conceptos, “las utilidades no distribuidas netas de pérdidas acumuladas”, lo que significa que para determinar el patrimonio técnico primario se deben acumular las utilidades no distribuidas, pero se restan de este concepto las pérdidas acumuladas, y por otra parte el ordinal a) del numeral 2° del mismo artículo 6° dispone que para determinar el patrimonio técnico primario se deben deducir las pérdidas de ejercicios anteriores y las del ejercicio en curso, netas de utilidades, esto es, las pérdidas acumuladas, otra vez, lo cual resulta antitécnico de las disposiciones, pues ordenan una doble deducción de las pérdidas acumuladas: primero, de manera indirecta, al restarlas de las utilidades no distribuidas, es decir de un concepto que suma en la determinación del patrimonio, y segundo, de manera directa, al restarlas al patrimonio técnico, como deducción.

## **II.- CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.**

El Ministerio de la Protección Social<sup>2</sup> se opuso a las pretensiones de la demanda. Considera que como extensión del Estado Social de Derecho a través del modelo desarrollado a partir de la Ley 100 de 1993, se reconoce que tanto la salud como la seguridad social en salud son servicios públicos de carácter esencial, bajo las regulaciones y vigilancia del Estado, y por ello la Constitución Política ordena la intervención, pudiéndose establecer limitaciones razonables y proporcionales teniendo en cuenta el principio de solidaridad, sin que se afecte la libertad de

---

<sup>2</sup> Hoy Ministerio de Salud, Ley 1444 de 4 de mayo de 2011.

empresa, a lo que se refiere con extensos argumentos que respalda en Jurisprudencia Constitucional y Contencioso Administrativa.

Expresa que a las EPS se les exige la cualificación y especialización necesarias mediante un proceso de habilitación por medio del cual acrediten que pueden cumplir con la función esencial de garantía, en la medida en que tienen como finalidad la prestación de los servicios de salud a sus afiliados y la administración idónea de recursos públicos, por expresa delegación del Estado; que su función básica, de conformidad con el artículo 177 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 14 de la Ley 1122 de 2007, es garantizar, directa o indirectamente, la prestación del Plan Obligatorio de Salud a los afiliados.

Trajo a colación Jurisprudencia de la Corte Constitucional, en la cual la Corporación ha expresado que las Entidades Promotoras de Salud son las responsables de la afiliación, el registro y la carnetización de los afiliados, así como del recaudo de sus cotizaciones por delegación del Fondo de Solidaridad y Garantía, de la administración de recursos y de la contratación de los servicios para que se brinde el Plan Obligatorio de Salud a sus afiliados, por lo que la oferta de salud corresponde a estas entidades<sup>3</sup>; que tienen una función de puente entre la población y el sistema de seguridad social, garantizando la afiliación y cobertura del servicio en un primer momento y luego estableciendo los mecanismos necesarios para la atención integral, eficiente, oportuna y de calidad, con las IPS<sup>4</sup>.

Que el artículo 23 de la Ley 1122 de 2007 señala que las EPS del Régimen contributivo y subsidiado deberán atender con la celeridad y la frecuencia que requiera la complejidad de las patologías de los usuarios del mismo y que las citas

---

<sup>3</sup> Sentencia C-106 de 6 de marzo de 1997, Magistrado Ponente, Doctor Hernando Herrera Vergara.

<sup>4</sup> Sentencia C-1129 de 25 de octubre de 2001, Magistrado Ponente Doctor Jaime Araujo Rentarúa.

médicas deben ser fijadas con la rapidez que requiere un tratamiento oportuno por parte de la EPS, en aplicación de los principios de accesibilidad y calidad correspondiente.

Se refiere a los cargos así:

1. Sobre la supuesta falsa motivación que los actores le endilgan a los actos acusados, señaló que los proyectos estuvieron fijados en el sitio web del Ministerio de la Protección Social durante el mes de septiembre de 2006 y varios actores interesados a título individual y colectivo, a través de ACEMI, entidad gremial mayoritaria del sector involucrado, acudieron al Ministerio, consultaron el estudio correspondiente, discutieron su motivación, pertinencia, alcance e implicaciones.

Que anexa el estudio actuarial correspondiente, con el que se pudo demostrar que el impacto para el sector no supera los \$400.000'000.000 para ningún año entre el 2004 y el 2007, con base en los estados financieros reportados por las entidades a la Superintendencia Nacional de Salud; que se incluye también el último cálculo practicado antes de la promulgación de la normativa.

Que si al total obtenido se le resta el déficit del Instituto de Seguro Social el impacto se reduce ostensiblemente; que por otra parte, debe tenerse en cuenta que por los incentivos implícitos, como la reducción del requerimiento patrimonial por participación en cámaras de compensación de riesgos o la contratación de un reaseguro efectivo, este monto total sería aún menor, por lo que la parte actora no puede afirmar que con la norma se espere que las EPS financien el Sistema con recursos propios, porque lo evidente es que las entidades que ingresen al sistema deben acreditar unas mínimas condiciones financieras de operación y de

solvencia, que deben ser previas al inicio de su ejercicio y mantenerse en el tiempo, tal y como lo exige la Ley 100 de 1993.

2. Sobre la presunta infracción de normas superiores, se refirió en los siguientes términos:

- Supuesta violación del principio de confianza legítima y de reserva legal. Indica que las EPS actúan a manera de agentes en el Sistema General de Seguridad Social en Salud, como delegatarios del Estado al proveer el servicio público de salud bajo el modelo de aseguramiento definido mediante la Ley 100 de 1993, lo que supone recibir una prima anual (UPC) pagada en doceavas mensuales, destinadas a la gestión y prestación del Plan Obligatorio de Salud.

Que de acuerdo con lo indicado por la Corte Constitucional, la UPC o prima anual por usuario afiliado, que se le reconoce a cada EPS corresponde a recursos públicos, cuya correcta utilización y respaldo deben ser demostrados por los autorizados, máxime cuando es una operación de negocio de las conocidas como “de ciclo inverso”, es decir, que primero se recibe el ingreso y luego se paga la atención derivada de la ocurrencia incierta, en cuanto a la magnitud de la pérdida de salud y el costo eventual para recuperarla.

Que la esencia de la regulación es garantizar la estabilidad y solidez o solvencia de las entidades que conforman el sector, desestimulando prácticas imprudentes, como la excesiva exposición a riesgos propios de su actividad; que ante la exposición a eventos inciertos, aún dentro del POS, y el hecho de que se puedan presentar unas desviaciones significativas sobre los valores esperados, la solvencia constituye un segundo nivel de seguridad después del sistema de evaluación y gestión de riesgos propio de las entidades; que no se pretende que

los recursos patrimoniales que garantizan la solvencia se utilicen para el giro habitual del negocio, sino solo que estén disponibles para cubrir variaciones inesperadas en éste, que puedan llegar a afectar su funcionamiento o viabilidad futura.

Aduce que la Corte Constitucional ha considerado que el adecuado flujo de recursos, como el pago de los servicios médicos prestados, constituye un elemento esencial en el sistema; que a partir del reconocimiento de que el Estado tiene una facultad amplia de intervenir la actividad económica de los particulares en el sistema de salud y que éstos a su vez tienen un derecho a la libertad de empresa que no es absoluto; la intervención estatal necesariamente debe llevarse a cabo por ministerio de la ley; no puede afectar el núcleo esencial de la libertad de empresa; debe obedecer a motivos suficientes que justifiquen la limitación de la referida garantía; debe obedecer al desarrollo de principios constitucionales específicos del ámbito de la salud como la solidaridad, la universalidad y la eficiencia y respetar el principio de proporcionalidad que limita el margen de intervención estatal cuando esta afecta derechos<sup>5</sup>.

Que en el caso concreto no se limita la libertad económica, porque: i) el plazo de cinco días para el pago anticipado del 50% de las facturas se encuentra previsto en la Ley 1122 de 2007, artículo 13, literal d, ii) éste supone la existencia de un contrato entre la EPS y la IPS suscrito de manera autónoma entre las partes y en el cual pueden disponer de las condiciones que consideren convenientes por ejemplo, para la definición de cláusulas, que busquen asegurar que el costo de los servicios facturados sea real y transparente y provean mecanismos para verificar de manera práctica que ello sea así. Luego, el núcleo de la libertad económica es

---

<sup>5</sup> Criterios establecidos en Sentencia C-616 de 2002, Magistrado Ponente Doctor Rodrigo Escobar Gil, reiterado en las sentencias C-955 de 2007, Magistrado Ponente Doctor Marco Gerardo Monroy Cabra, C-277 de 2006, Magistrado Ponente Doctor Humberto Antonio Sierra Porto y C-234 de 2006 Magistrada Ponente Doctora Clara Inés Vargas Hernández.

preservado y los particulares pueden acordar cláusulas para regular sus relaciones; la norma fue proferida en el marco de una reforma al sector salud iii) dirigida a mejorar la prestación de los servicios a los usuarios del sistema de salud, según artículo 1° de la Ley 1122 de 2007, lo cual es un fin del Estado y una obligación en el ámbito de la salud, de conformidad con la Constitución Política; que iv) garantiza el flujo de recursos hacia las Instituciones Prestadoras de Servicios, promueve el mejoramiento de la prestación de los servicios de salud, lo cual redundará en la protección de los usuarios y en la posibilidad de brindar atención adecuada a las personas, con lo que se desarrollan principios específicos del ámbito de la salud, como la solidaridad y la eficiencia, al permitir una mejor utilización de los recursos financieros disponibles y el beneficio de los usuarios del sistema; que la finalidad primordial es asegurar el goce efectivo del derecho a la salud por parte de los usuarios, ya que el flujo de los recursos hacia las IPS es necesario para que éstas puedan atender adecuadamente a sus pacientes; y, vi) que la medida es proporcional, según los parámetros definidos por la Corte Constitucional, ya que se trata de proteger los derechos de los usuarios, al garantizar un flujo continuo de recursos para los prestadores del servicio de salud, sin afectar excesivamente la libertad económica de las EPS, ya que éstas pueden en todo caso, elegir las IPS con las que contratan, escoger la modalidad de contratación, fijar cláusulas que busquen asegurar que el costo de los servicios facturados sea real y objetar y glosar las facturas que presenten las IPS, entre otros, y que además el pago del saldo está sujeto al flujo de recursos desde las entidades territoriales hacia las EPS, en el régimen subsidiado.

Anota que para el pago de las operaciones regulares, se prevén las reservas técnicas, las que son constituidas con cargo a los resultados del ejercicio como cuentas del pasivo, que se constituyen a través del gasto para cubrir la obligación que puede emerger por un contrato suscrito, por una autorización emitida, una



factura presentada o eventos ocurridos no avisados; que al ser gasto y de acuerdo con el Decreto núm. 2649 de 1993, sobre normas contables, la constitución de estas reservas disminuye las utilidades del ejercicio y, por tanto, afectan el valor del patrimonio en sentido negativo. Que en consecuencia, los Decretos núm. 574 y 1698 de 2007, no incurren en doble contabilización, como lo afirma la parte actora.

Que en caso de existir alguna duda sobre el carácter de operación del aseguramiento en salud, donde son propios los criterios de incertidumbre y riesgo, debe tenerse en cuenta lo que al respecto dispone la Ley 1122 de 2007, en su artículo 14, sobre la organización del aseguramiento; que la parte actora desconoce que de la incertidumbre y el riesgo que enfrentan las EPS y de la presencia de incentivos y controles adecuados, dependen los derechos fundamentales a la vida y a la salud, y que la garantía del derecho que tienen los afiliados es inseparable de su idoneidad y solvencia financiera.

Anota que el carácter y naturaleza del Sistema, conduce a admitir la interrelación existente y a exigir de cada uno de los actores la solidez necesaria para garantizar el acceso a la salud de los ciudadanos.

- Frente a la supuesta violación de normas superiores en relación con el patrimonio de las entidades, señala que los actos demandados simplemente pretenden garantizar la disponibilidad de recursos del aseguramiento en salud, evitando que con estos mismos recursos se apalanquen otros negocios, cada uno con su propio nivel de riesgos, los cuales deben gozar de su respaldo individual, por lo que una vez cubierto este requerimiento y con base en su propio patrimonio, las entidades pueden realizar las inversiones que estimen pertinentes.

Que no se contraría lo establecido en la Ley 1122 de 2007, artículo 15, respecto de las inversiones de capital, ya que lo que limita la norma es la “contratación” con prestadores propios o subordinados preservando la competencia y la eficiencia.

Considera que tampoco se viola la Ley 1122, artículo 13, porque los Decretos al ordenar una reserva técnica proporcional al monto de los contratos de capitación, cumplen la Ley en cuanto ordenan su pago anticipado en un 100%, y precisamente, cubren la posibilidad de que el pago no se realice, pero se garantice la disponibilidad de los recursos necesarios para hacerlo.

- Sobre la supuesta falta de competencia, asevera que el Gobierno Nacional sí la tiene para establecer un régimen de habilitación financiera de las EPS y EOC, de conformidad con el artículo 42 de la Ley 715 de 2001, que dispone que corresponde a la Nación la dirección del sector salud y del SGSSS y el ejercicio de competencias, entre ellas la señalada en el numeral 10°, esto es, definir en el primer año de vigencia de dicha Ley el Sistema Único de Habilitación de las EPS, IPS y de otras instituciones que manejen recursos del Sistema, mandato que se cumplió mediante la expedición del Decreto 2309 de 2002, derogado por el Decreto 1011 de 2006, artículo 6°, el cual define en qué consiste el Sistema Único de Habilitación, cuyo objeto es dar seguridad a los usuarios frente a los potenciales riesgos asociados a la prestación de servicios y es de obligatorio cumplimiento.

Que por su parte, el artículo 180 de la Ley 100 de 1993, establece entre los requisitos para que la Superintendencia Nacional de Salud autorice como EPS, que ésta disponga de una organización administrativa y “financiera” que permita “acreditar la capacidad técnica y científica necesaria para el correcto desempeño de sus funciones” y “acreditar periódicamente el margen de solvencia que asegure

la liquidez y solvencia de la entidad promotora de salud, que será fijado por el Gobierno Nacional"; que lo anterior demuestra que es relevante que el Sistema Único de Habilitación es la protección de los usuarios.

Que las EPS manejan riesgos de mediano y largo plazo, porque la afiliación al Sistema es obligatoria y en el caso de los empleados corresponde al empleador; que si bien la prima que se paga tiene carácter anual, los beneficios de la afiliación no se extinguen al cumplirse este período, tanto así que el artículo 14, numeral h) de la Ley 1122 de 2007, dispone que no habrá períodos mínimos de cotización o periodos de carencia superiores a 26 semanas en el régimen contributivo y que a los afiliados se les contabilizará el tiempo de afiliación en el Régimen Subsidiado o en cualquier EPS del Régimen Contributivo, para efectos de los cálculos de los períodos de carencia; que entonces, de darse la esperada permanencia de los usuarios en las entidades, permitiendo reducir sus costos de comercialización, mejorando el conocimiento de sus riesgos, permitiendo la gestión adecuada de sus riesgos, etc., se ven abocadas a prever el comportamiento de sus riesgos individuales y colectivos con una perspectiva mayor a un año.

- Sobre el supuesto desvío de poder, considera que la medida goza de una sólida sustentación técnica y jurídica y no tiene otro propósito que el de garantizar las condiciones de operación de uno de los principales actores del Sistema General de Seguridad Social en Salud, medida que resulta proporcional frente al valor jurídico que protege.

### **III.- ALEGATOS DE CONCLUSIÓN DEL MINISTERIO PÚBLICO.**

El Procurador Primero Delegado ante el Consejo de Estado, en su vista de fondo se muestra partidario de que se acceda a la pretensión de nulidad de los artículos

4° y 6° a 17 del Decreto 574 de 2007 y los artículos 2° a 7° del Decreto 1698 de 2007 que modificaron o sustituyeron disposiciones de aquel, porque violaron normas superiores y por falta de competencia del Ejecutivo para su expedición, al igual que de la expresión “10%” de la disposición contenida en el artículo 1° del Decreto 1698 de 2007, por falta de motivación.

#### **IV.- CONSIDERACIONES DE LA SALA:**

Las normas acusadas son los Decretos núms. 574 de 2 de marzo de 2007, “por el cual se definen y adoptan las condiciones financieras y de solvencia del Sistema Único de Habilitación de Entidades Promotoras de Salud del Régimen Contributivo y Entidades Adaptadas”, y 1698 de 16 de mayo de 2007, “Por el cual se modifica el Decreto 574 de 2007 que define las condiciones financieras y de solvencia del Sistema Único de habilitación de Entidades Promotoras de Salud del Régimen Contributivo y Entidades Adaptadas”, expedidos por el Gobierno Nacional.

Se plantean los cargos de violación de normas superiores de rango constitucional, porque los actos establecen requisitos adicionales a los señalados por el Legislador, para la autorización de las Empresas Promotoras de Salud, para lo cual el Gobierno no tenía competencia, pues solamente le correspondía fijar el margen de solvencia; porque solamente el legislador puede expedir normas para el ejercicio de las funciones de inspección y vigilancia de conformidad con el artículo 150 numeral 8° de la Constitución Política; por limitar la libertad económica de las EPS, lo que solo era competencia del Legislador; por transgredir el principio de confianza legítima, vulnerando situaciones consolidadas de EPS que efectuaron inversiones legítimas y creando condiciones y requisitos adicionales para el desarrollo de la actividad de aseguramiento en salud.

También se plantean cargos por violación de normas legales, porque de conformidad con el artículo 180 de la Ley 100 de 1993, el Gobierno Nacional solo tenía facultad para fijar el margen de solvencia que deben acreditar periódicamente las EPS y para determinar un capital social o Fondo Social mínimo que garantice la viabilidad económica y financiera de la Entidad,; por desvío de poder y por falsa motivación por ausencia de antecedentes que soporten el 10% determinado como factor de riesgo aplicable al margen de solvencia que deben cumplir las EPS.

Así pues, los cargos pueden resumirse en que el Gobierno Nacional, excedió la potestad reglamentaria, porque mediante los actos acusados estableció requisitos adicionales a los establecidos en la Ley, para que la Superintendencia Nacional de Salud autorice el servicio a las Entidades Promotoras de Salud y éstas puedan permanecer.

Los Decretos acusados, en su parte resolutive, disponen:

- Decreto núm. 574 de 2 de marzo de 2007:

*“EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA,  
en ejercicio de sus facultades constitucionales y legales, en especial las  
contenidas en el numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Política, el  
**artículo 180 de la Ley 100 de 1993 y el artículo 42 numeral 10 de la Ley  
715 de 2001,***

.....

**ARTÍCULO 1°. DEFINICIONES.** *Para efectos del presente decreto los siguientes términos tendrán los significados aquí consignados:*

**Patrimonio Técnico:** *Sumatoria de los valores patrimoniales definidos en el presente decreto. Está constituido por el patrimonio técnico primario y el patrimonio técnico secundario. Este último computa hasta por el valor determinado para el primero.*

**Margen de Solvencia:** *Diferencia positiva que como mínimo debe haber entre el nivel de activos y las obligaciones de una entidad, tendiente a*

garantizar el cumplimiento de las obligaciones asumidas por esta, aun en condiciones adversas de la actividad económica.

**Reservas Técnicas:** Monto registrado en el pasivo que refleja las obligaciones presentes, y las que razonablemente pueden preverse en el futuro, dentro de los contratos y compromisos del Régimen Contributivo de Salud.

**ARTÍCULO 2º. HABILITACIÓN FINANCIERA.** La habilitación financiera necesaria para la entrada y permanencia de las Entidades Promotoras de Salud del Régimen Contributivo y las Entidades Adaptadas al Sistema General de Seguridad Social en Salud, exige acreditar y mantener permanentemente el capital mínimo que se establezca y cumplir el régimen de solvencia que se señala en el presente decreto.

**La aplicación de lo establecido en este decreto se entiende dentro de los límites y obligaciones que regulan la actividad previstos en la Ley 100 de 1993, la Ley 1122 de 2007 y demás normas que la modifiquen, adicionen o reglamenten.**

PARÁGRAFO. El presente decreto también se aplica a las EPS indígenas en aquellos aspectos no regulados expresamente por la Ley 691 de 2001.

ARTÍCULO 3o. CAPITAL MÍNIMO. Para la habilitación financiera una Entidad Promotora de Salud del Régimen Contributivo o Entidad Adaptada deberá acreditar y mantener un capital mínimo de 10.000 Salarios Mínimos Legales Mensuales Vigentes. Este capital mínimo corresponderá al capital suscrito y pagado al inicio de las operaciones o a las partidas equivalentes, de conformidad con su naturaleza jurídica, en el caso de las Entidades Públicas, Cooperativas, Entidades del Sector Solidario y Cajas de Compensación Familiar,

PARÁGRAFO PRIMERO. La Superintendencia Nacional de Salud instruirá a sus entidades vigiladas respecto a las partidas contables equivalentes al capital suscrito y pagado aplicables para el cumplimiento del presente artículo, según su naturaleza jurídica.

PARÁGRAFO SEGUNDO. Para efectos de este decreto, si una entidad participa de la administración de los regímenes contributivo y subsidiado simultáneamente, deberá acreditar el capital suscrito y pagado o las partidas equivalentes de conformidad con su naturaleza jurídica, correspondiente al Régimen Contributivo en forma independiente.

PARÁGRAFO TERCERO. Las Cajas de Compensación Familiar que tengan programa de Entidad Promotora de Salud y/o de Administradora de Régimen Subsidiado deberán separar contablemente un patrimonio asignado con el fin de cumplir con lo señalado en el presente artículo, con recursos destinados exclusivamente a respaldar la operación de Aseguramiento en Salud del Régimen Contributivo, en desarrollo de las instrucciones contables que para el efecto expidan las Superintendencias correspondientes.

PARÁGRAFO CUARTO. El cumplimiento del requisito de capital mínimo de 10.000 SMLMV se aplica en forma concordante con el mantenimiento de un patrimonio técnico mínimo definido según el margen de solvencia. Lo anterior significa que si de la aplicación del correspondiente margen de

solvencia previsto en el artículo 5o del presente decreto resulta una exigencia patrimonial más alta que la de aplicar el criterio de capital mínimo, primará el requerimiento de margen de solvencia.

**ARTÍCULO 4°. RÉGIMEN DE SOLVENCIA.** El régimen de solvencia es el conjunto de disposiciones que propenden por un prudente manejo de los recursos financieros y de los riesgos inherentes a la actividad de las Entidades Promotoras de Salud del Régimen Contributivo y Entidades Adaptadas, de conformidad con lo señalado en el presente decreto. Dicho régimen comprende: **el cumplimiento del monto mínimo establecido para el margen de solvencia; la constitución y mantenimiento de las reservas técnicas, según la metodología que se señala más adelante;** y la inversión de estas reservas en los instrumentos que se determinan en el presente decreto que garantizan la diversificación del riesgo de las inversiones, cuya contrapartida en el pasivo son las reservas técnicas.

También dicho **régimen incluye los controles de solvencia**, que corresponde a las acciones que tomará la Superintendencia Nacional de Salud, de conformidad con las normas que regulan la materia, frente a situaciones que incrementen la exposición de las entidades a los riesgos inherentes a su actividad, y cuyo propósito será el de evitar que las entidades entren en situación de insolvencia o quebranto patrimonial, o que se agraven estas circunstancias.

**ARTÍCULO 5°. MONTO DEL MARGEN DE SOLVENCIA.** Las Entidades Promotoras de Salud del Régimen Contributivo y las Entidades Adaptadas deben mantener en todo momento y acreditar ante la Superintendencia Nacional de Salud, **un monto de patrimonio técnico** superior al monto de margen de solvencia, calculado de acuerdo con la siguiente metodología:

Los ingresos operacionales anualizados del Régimen Contributivo derivados de la UPC, como resultado de multiplicar los numerales 1 y 2 siguientes:

1. Número de afiliados promedio de los últimos 12 meses, activos y suspendidos, como consta en la Base de Datos única de Afiliados correspondientes a la respectiva entidad.
2. UPC anual promedio de la respectiva entidad, resultado de multiplicar la UPC mensual promedio para los últimos doce periodos compensados por 12.

Los ingresos operacionales anualizados del Régimen Contributivo se multiplicarán por un factor de riesgo de 12%.

La suma anterior se multiplicará por el valor resultante de la relación existente para el período entre los gastos operativos totales anualizados menos el monto correspondiente a los siniestros reconocidos por un tercero asegurador a la entidad por enfermedades de alto costo, y los gastos operativos totales del periodo, para así obtener el monto del margen de solvencia.

El valor obtenido en el inciso anterior nunca podrá ser inferior a 0,9 (90%). La deducción por concepto de siniestros reconocidos solamente será aplicable en casos en que se demuestre una transferencia real del riesgo de

la entidad a un tercero asegurador legalmente autorizado para operar en el país.

**PARÁGRAFO.** Las entidades que a la entrada en vigencia del presente decreto presenten defectos en el margen de solvencia, podrán alcanzar el monto determinado en el presente artículo, ajustando el valor del factor de riesgo definido en el 12%, de manera gradual, comenzando con un 7% para el primer año contado a partir de la entrada en vigencia del presente decreto, con un 8% para el segundo año, con un 9% para el tercer año, con un 10% para el cuarto año, con un 11% para el quinto año y con el 12% para el año sexto y siguientes.

**ARTÍCULO 6°. CÁLCULO DEL PATRIMONIO TÉCNICO.** El patrimonio técnico de las Entidades Promotoras de Salud del Régimen Contributivo y Entidades Adaptadas será el resultante de la suma del patrimonio técnico primario y secundario en los términos señalados a continuación:

1. El patrimonio técnico primario incluye:

- a) El capital pagado;
- b) La reserva legal;
- c) La prima en colocación de acciones;
- d) Utilidades no distribuidas netas de pérdidas acumuladas;
- e) El valor total de los dividendos decretados en acciones por la última asamblea ordinaria de accionistas;
- f) En el caso de entidades de carácter público se incluirán en este rubro las garantías y las apropiaciones del Presupuesto General de la Nación, que expidan el Gobierno Nacional y que tengan como efecto final ser fuente de pago para la atención de sus obligaciones.

2. Deducciones del patrimonio técnico primario. Para establecer el valor final del patrimonio técnico primario se deducen los siguientes valores:

- a) Las pérdidas de ejercicios anteriores y las del ejercicio en curso, netas de utilidades.
- b) El valor de las inversiones de capital realizadas en entidades cuyo objeto sea diferente al aseguramiento o a la prestación de servicios de salud;
- c) Las inversiones en infraestructura destinadas o usadas para la prestación de servicios de salud de forma directa o indirecta, según la siguiente gradualidad: un 15% de las inversiones para el primer año de vigencia, 28% para el segundo, 41% para el tercero, 54% para el cuarto, 67% para el quinto, 80% para el sexto, 93% para el séptimo y 100% para séptimo y siguientes.

3. El patrimonio técnico secundario incluye:

- a) Las reservas estatutarias;
- b) Las reservas ocasionales;
- c) Las valorizaciones de activos fijos utilizados en el giro ordinario de los negocios y el cincuenta por ciento (50%) de las valorizaciones de los demás activos contabilizados. No se computarán las valorizaciones generadas en inversiones realizadas en entidades del sector salud u otros sectores;
- d) La valorización de inversiones cuyo objeto sea diferente al aseguramiento o a la prestación de servicios de salud;



e) Las utilidades no distribuidas de ejercicios anteriores, y las del ejercicio en curso, en el monto no computable en el capital primario.

4. Valor computable del patrimonio técnico secundario. El valor máximo computable del patrimonio técnico secundario es la cuantía total del patrimonio técnico primario de la respectiva entidad.

**PARÁGRAFO 1°.** La Superintendencia Nacional de Salud instruirá a las entidades sometidas a su vigilancia y control respecto de las partidas contables equivalentes a las señaladas en el presente artículo, en el caso de las entidades públicas, cooperativas, entidades del sector solidario o cajas de compensación familiar.

**PARÁGRAFO 2°.** A partir de la fecha de vigencia del presente decreto solo podrán realizarse nuevas inversiones en aquellos activos señalados en el literal c) del numeral 2o del presente artículo, una vez satisfecho el monto del margen de solvencia previsto como máximo exigido, una vez concluido el período de transición establecido en el parágrafo del artículo 5o del presente Decreto.

**ARTÍCULO 7°. CONSTITUCIÓN DE RESERVAS TÉCNICAS.** Las Entidades Promotoras de Salud del Régimen Contributivo y Entidades Adaptadas, tienen la obligación de calcular, constituir y mantener reservas técnicas, de conformidad con las reglas establecidas en el presente decreto.

Las reservas técnicas son cuentas del pasivo, se constituyen a través del gasto, de acuerdo con las normas contables y disminuyen las utilidades del ejercicio.

**ARTÍCULO 8°. RESERVAS POR CONSTITUIR.** Las Entidades Promotoras de Salud del Régimen Contributivo y Entidades Adaptadas deberán constituir, como mínimo, las siguientes reservas:

1. Reserva técnica para autorizaciones de servicio: Reserva equivalente al 100% de todos los servicios de salud autorizados y no cobrados, hasta por un plazo de 12 meses o hasta que, transcurridos mínimo cuatro meses de la emisión de la autorización, obre en su poder constancia de que no se causó el servicio. Cumplido el plazo, se liberará la reserva en caso de no existir la respectiva factura o cuenta de cobro. Esta se constituirá teniendo en cuenta la totalidad de componentes que integran el servicio de salud autorizado, considerando el promedio histórico del último año del monto pagado por el o los servicios incluidos en la autorización emitida.

En el caso de contratos por capitación, se deberá constituir esta reserva, dentro de los primeros cinco días de cada mes, por un monto equivalente a un mes de vigencia del contrato. Los pagos se harán con cargo a la reserva constituida.

2. Reserva técnica para servicios cobrados: En el momento que se presenten facturas al cobro, las entidades deberán constituir una reserva por el 100% del monto cobrado. Una vez constituida esta reserva, se liberará la correspondiente a servicios autorizados, si esta se ha constituido respecto del servicio facturado. En el caso de que la factura presentada sea mayor que el valor reservado en el momento de la autorización del servicio,

*el valor de la reserva para servicios cobrados será el correspondiente a la cuenta de cobro o factura. En caso de que no hubiese correspondido constituir la reserva para autorización de un servicio a la que se refiere el numeral anterior, y se presente una factura de cobro, la reserva se constituirá por el valor de la cuenta de cobro o factura. Esta reserva se liberará una vez se extinga la obligación correspondiente a la factura.*

*3. Reserva para eventos ocurridos no avisados: Corresponde al total estimado de recursos necesarios para cubrir el monto de los eventos que habiendo ocurrido, no han sido avisados a la entidad.*

*Esta deberá ser constituida al fin de cada ejercicio anual, con base en el promedio simple del valor de los servicios prestados que habiendo ocurrido en otro ejercicio contable, fueron avisados en cada uno de los tres años anteriores, como eventos ocurridos no avisados.*

*4. Otras Reservas: Cuando de los análisis y mediciones realizados se determinen pérdidas probables y cuantificables, se reflejarán en los estados financieros mediante la constitución de la reserva correspondiente.*

*PARÁGRAFO 1°. La dinámica de constitución y liberación de las reservas señaladas en los numerales 1, 2 y 3 será determinada en lo pertinente por la Superintendencia Nacional de Salud.*

*PARÁGRAFO 2°. La reserva para eventos ocurridos no avisados de que trata el numeral 3o del presente artículo, durante los tres (3) primeros años siguientes al inicio de la vigencia del presente decreto se constituirá al fin de cada ejercicio anual, con base en el monto del valor de los servicios prestados que habiendo ocurrido en otro ejercicio contable, fueron pagados en el año inmediatamente anterior.*

*PARÁGRAFO 3°. La constitución de las reservas de que trata el presente artículo tendrá un plazo de ajuste de un (1) año contado a partir de la vigencia del presente Decreto en forma lineal mensual.*

**ARTÍCULO 9°. RÉGIMEN DE INVERSIONES.** *La totalidad de las reservas técnicas deberán estar invertidas permanentemente y denominadas en moneda nacional, en los siguientes instrumentos:*

- 1. Títulos de deuda pública interna; emitidos o garantizados por la Nación.*
- 2. Títulos emitidos o garantizados por el Banco de la República.*
- 3. Títulos emitidos o garantizados por el Fondo de Garantías de Instituciones Financieras, Fogafín.*
- 4. Títulos de renta fija emitidos, aceptados, garantizados o avalados por entidades vigiladas por la Superintendencia Financiera de Colombia, incluyendo bonos obligatoria u opcionalmente convertibles en acciones.*
- 5. Bonos y títulos hipotecarios emitidos en desarrollo de la Ley 546 de 1999 y otros títulos de contenido crediticio derivados de procesos de titularización de cartera hipotecaria.*
- 6. Derechos o participaciones en fondos comunes ordinarios administrados por sociedades fiduciarias.*
- 7. Depósitos en cuentas corrientes y cuentas de ahorro. Para este propósito se deducirán los descubiertos en cuenta corriente.*
- 8. Saldos disponibles en caja.*

Las calificaciones de riesgo de las emisiones de los títulos y de los fondos de las inversiones de que trata el presente artículo deben ser al menos DP1 o AA, según sea el caso y cuando tal calificación sea aplicable al rubro.

En el caso de inversiones en certificados de depósito a término u otros instrumentos representativos de captaciones de intermediarios financieros la calificación de riesgo bancario de la entidad debe ser superior a A o su calificación de deuda de largo y corto plazo, al menos A/DP-1.

Las inversiones no podrán estar representadas en títulos, derechos o participaciones en su casa matriz, subsidiarias de ésta, y en general en entidades o empresas vinculadas por propiedad o control.

**ARTÍCULO 10°. LIMITES GLOBALES.** Los porcentajes máximos de inversión para cada numeral mencionado en el artículo anterior serán:

1. Para cada uno de los numerales 1, 2 y 3 hasta un 70% del total de inversiones.
2. Para cada uno de los numerales 4, 5 Y 6, hasta un 40% del total.
3. Para cada uno de los numeral 7 y 8, hasta el 30% del total.

**ARTÍCULO 11°. LIMITES INDIVIDUALES.** Con excepción de los títulos emitidos o garantizados por la República de Colombia, la exposición respecto de cualquier emisor individual o grupo de empresas vinculadas no podrá superar el 5% del total de las inversiones.

**ARTÍCULO 12°. CONDICIONES DE MADURACIÓN.** Las inversiones de las reservas deberán cumplir con las siguientes condiciones de maduración:

1. La maduración promedio del portafolio de las inversiones de las reservas deberá ser como máximo de ocho meses.
2. En los dos primeros años de aplicación del presente decreto, al menos el 30% del portafolio deberá tener una maduración promedio de máximo 1 mes.
3. Para los dos siguientes años, al menos el 20% del portafolio deberá tener una maduración promedio de máximo 1 mes.
4. A partir del quinto año, al menos el 10% del portafolio deberá tener una maduración promedio de máximo 1 mes.

Artículo 13°, Sistema de Indicadores de Alerta Temprana. La Superintendencia Nacional de Salud realizará los estudios técnicos necesarios para determinar los indicadores financieros y de desempeño técnico y administrativo, que mejor anticipen la posible falla en el manejo del riesgo o de cumplimiento de sus obligaciones por parte de las entidades vigiladas.

**ARTÍCULO 14. CATEGORÍAS DE RIESGO.** La Superintendencia Nacional de Salud establecerá categorías de riesgo para Entidades Promotoras de Salud, del Régimen Contributivo y Entidades Adaptadas con base en el nivel de solvencia de cada entidad y el sistema de indicadores de alerta temprana desarrollado por ella, considerando los aspectos cualitativos que miden el desempeño administrativo y la capacidad técnico-científica de estas entidades.

**ARTÍCULO 15. ACCIONES CORRECTIVAS Tempranas.** Para cada una de las categorías definidas de acuerdo con lo establecido en el artículo anterior, la Superintendencia Nacional de Salud definirá las acciones y medidas de carácter legal que deberán desarrollarse frente a los riesgos y debilidades detectados en cada entidad, de acuerdo con las atribuciones y funciones que la ley le ha asignado.

**ARTÍCULO 16. INSTRUMENTOS DE CONTROL.** La Superintendencia Nacional de Salud definirá los instrumentos mediante los cuales realizará el proceso de verificación del cumplimiento de lo dispuesto en el presente decreto y los informará a las entidades vigiladas.

**ARTÍCULO 17. PERIODICIDAD DEL CONTROL.** La Superintendencia Nacional de Salud constatará el cumplimiento de los estándares de permanencia en el área financiera de las entidades vigiladas en forma trimestral y aplicará cuando haya lugar las sanciones previstas en la ley y en el Sistema Único de Habilitación.

**ARTÍCULO 18., VIGENCIA: ... .”**

- Decreto núm. 1698 de 16 de mayo de 2007, por el cual se modifica el Decreto 574 de 2007 que define las condiciones financieras y de solvencia del Sistema Único de Habilitación de Entidades Promotoras de Salud del Régimen Contributivo y Entidades Adaptadas:

*“EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA,  
En ejercicio de sus facultades constitucionales y legales, en especial las contenidas en el numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Política, y el artículo 42 numeral 10 de la Ley 715 de 001 y en desarrollo del artículo 180 de la Ley 100 de 1993.*

DECRETA

**Artículo 1°.** Se sustituye el Artículo 5°, el cual quedará así:

**"ARTÍCULO 5°. MONTO DEL MARGEN DE SOLVENCIA.** Las Entidades Promotoras de Salud del Régimen Contributivo y Entidades Adaptadas deben mantener en todo momento y acreditar ante la Superintendencia Nacional de Salud, un monto de patrimonio técnico superior al monto de margen de solvencia, calculado de acuerdo con la siguiente metodología:  
Los ingresos operacionales anualizados del Régimen Contributivo derivados de la UPC, como resultado de multiplicar los numerales 1 y 2 siguientes:

1. Número de afiliados promedio de los últimos 12 meses, activos y suspendidos, como constan en la Base de Datos Única de Afiliados correspondientes a la respectiva entidad.

2. UPC anual promedio de la respectiva entidad, resultado de multiplicar la UPC mensual promedio para los últimos doce periodos compensados por 12.

Los ingresos operacionales anualizados de cada régimen se multiplicarán por un factor de riesgo de **10%**. (resalta la Sala)

La suma anterior se multiplicará por el valor resultante de la relación existente para el período entre los gastos operativos totales anualizados menos el monto correspondiente a los siniestros reconocidos por un tercero asegurador a la entidad por enfermedades de alto costo o derivados de la implementación de mecanismos de transferencia de riesgo de carácter sectorial para dichas enfermedades de alto costo, sobre los gastos operativos totales del periodo, para así obtener el monto del margen de solvencia. El valor obtenido en el inciso anterior nunca podrá ser inferior a 0,9 (90%). Este segundo instrumento será aplicable siempre que se constituya dentro de los 18 meses siguientes a la entrada en vigencia del presente Decreto.

La deducción por concepto de siniestros reconocidos solamente será aplicable en casos en que se demuestre una transferencia real del riesgo de la entidad a un tercero legalmente autorizado para operar en el país.

**Parágrafo Primero:** Las entidades que a la entrada en vigencia del presente decreto registren un margen de solvencia insuficiente, podrán alcanzar el monto determinado en este artículo ajustando el valor del factor de riesgo definido en el 10%, de manera gradual, comenzando con un 5% para el fin del primer año, es decir para el treinta (30) de junio de 2008, con un 6% para el fin del segundo año a partir de esta fecha, con un 7% para el fin del tercer año, con un 8% para el fin del cuarto año, con un 9% para el fin del quinto año y con un 10% para el fin del sexto año y siguientes.

**Parágrafo Segundo:** Las EPS y entidades adaptadas también podrán garantizar su solvencia mediante la implementación de un sistema de administración de riesgos, debidamente auditado y con concepto favorable por una entidad independiente, en las condiciones que para el efecto establezca el Ministerio de la Protección Social. En caso tal, el factor de riesgo aplicable será: 5,0% para el fin del primer año, 5,6% para el fin del segundo año, 6,2% para el fin del tercer año, 6,8% para el fin del cuarto año, 7,4% para el fin del quinto año y 8,0% para el fin del sexto año y siguientes.

El incumplimiento de las obligaciones derivadas de la implementación del sistema de administración de riesgo, debidamente auditado y con concepto favorable por una entidad independiente, supone la exigencia que el margen de solvencia se cumpla de acuerdo con lo previsto en el parágrafo primero del presente artículo. La forma en que las EPS y entidades adaptadas puedan retomar la senda definida en el inciso anterior también será regulada por el Ministerio de la Protección Social.

**Parágrafo Tercero:** Aquellas entidades que obtengan autorización para el funcionamiento con posterioridad a la expedición del presente Decreto, deberán cumplir con el umbral mínimo establecido en el parágrafo 1° precedente para el año correspondiente al de inicio de operaciones y continuar cumpliendo la senda de ajuste prevista, sin perjuicio de lo

dispuesto en el Artículo 3° del presente Decreto, respecto al capital mínimo requerido.

Igualmente podrán aplicar lo previsto en el párrafo precedente, incorporando desde el momento de su creación, el sistema de administración de riesgos."

**Artículo 2°.** Se modifica el literal c) del numeral 2 del artículo 6° del Decreto 574 de 2007, en cual quedará así:

"c) Las inversiones en infraestructura destinadas o usadas para la prestación de servicios de salud de forma directa o indirecta, según la siguiente gradualidad: un 7% de las inversiones para el primer año de vigencia, 14% para el segundo, 21% para el tercero, 28% para el cuarto, 35% para el quinto, 42% para sexto, 50% para el séptimo y siguientes."

**Artículo 3°.** Se modifica el párrafo 2° del Artículo 8° del Decreto 574 de 2007, el cual quedará así:

**"Párrafo Segundo:** La reserva para eventos ocurridos no avisados de que trata el numeral 3° del presente artículo, se constituirá al fin de cada ejercicio anual durante los tres (3) primeros años siguientes al inicio de la vigencia del presente Decreto, con base en el monto de los servicios prestados que, habiendo ocurrido en el ejercicio contable anterior, fueran avisados en el año en que se hace la reserva.

En el caso de entidades cuya operación inicie con posterioridad a la entrada en vigencia del presente Decreto, durante los tres primeros años de operación, el monto de esta reserva se determinará aplicando a los ingresos operacionales de la nueva EPS, el porcentaje que resulte del promedio ponderado por el número de afiliados de la reserva de siniestros ocurridos no avisados del sector, dividida por los ingresos operacionales del mismo, durante el año anterior. El citado porcentaje será publicado por la Superintendencia Nacional de Salud.

A partir del año cuarto, la entidad aplicará el método general previsto en este Artículo."

**Artículo 4°.** Se modifica el párrafo 3° del Artículo 8° del Decreto 574 de 2007, el cual quedará así:

**"Párrafo Tercero:** La constitución de las reservas de que trata el presente artículo tendrá un plazo de ajuste de dieciocho (18) meses contados a partir de la entrada en vigencia de este Decreto de forma lineal mensual."

**Artículo 5°.** Se modifica el artículo 9° del Decreto 574 de 2007, el cual quedará así:

**"ARTÍCULO 9°. RÉGIMEN DE INVERSIONES:** La totalidad de las reservas técnicas deberán estar invertidas permanentemente y denominadas en moneda nacional, en los siguientes instrumentos:

1. Títulos de deuda pública interna, emitidos o garantizados por la Nación.
2. El valor de las cuentas por cobrar correspondiente a cobros

*debidamente radicados por la entidad ante el administrador fiduciario del Fondo de Solidaridad y Garantía - FOSYGA por concepto de fallos de tutelas y comités técnico científicos.*

*3. Títulos emitidos o garantizados por el Fondo de Garantías de Instituciones Financieras, FOGAFÍN.*

*4. Títulos de renta fija emitidos, aceptados, garantizados o avalados por entidades vigiladas por la Superintendencia Financiera de Colombia, incluyendo bonos obligatoria u opcionalmente convertibles en acciones.*

*5. Bonos y títulos hipotecarios emitidos en desarrollo de la Ley 546 de 1999 y otros títulos de contenido crediticio derivados de procesos de titularización de cartera hipotecaria.*

*6. Inversiones en derechos o participaciones en fondos comunes ordinarios administrados por sociedades fiduciarias.*

*7. Saldos disponibles en caja, depósitos en cuentas corrientes y cuentas de ahorro. Para este propósito se deducirán los descubiertos en cuenta corriente.*

*8. Inversiones en fondos de valores y en fondos de inversión, correspondientes a participaciones en fondos comunes especiales administrados por sociedades fiduciarias y en fondos de valores y de inversión administrados por entidades vigiladas por la Superintendencia Financiera de Colombia, que inviertan exclusivamente en títulos inscritos en el Registro Nacional de Valores e Intermediarios de la Superintendencia Financiera de Colombia y de aquellos destinados a realizar inversiones en activos del exterior, diferentes en este último caso a inversiones en títulos de renta variable.*

*9. Los pagos en efectivo que en forma anticipada hayan realizado por concepto de compra de servicios de salud a IPS no vinculadas directa ni indicadamente con aquellas, sustentadas en contratos vigentes.*

*Las calificaciones de riesgo de las emisiones de los títulos y de los fondos de las inversiones de que trata el presente artículo deben ser al menos DP1 o AA, según sea el caso y cuando tal calificación sea aplicable al rubro.*

*En el caso de inversiones en certificados de depósito a término u otros instrumentos representativos de captaciones de intermediarios financieros la calificación de riesgo bancario de la entidad debe ser superior a A o su calificación de deuda de largo y corto plazo, al menos A1DP-1.*

*Las inversiones no deberán estar representadas en títulos, derechos o participaciones en su casa matriz, subsidiarias de ésta, y en general en entidades o empresas vinculadas por propiedad o control.*

*Parágrafo Primero: Para efectos de determinar el monto que será posible computar como inversión según lo definido en el numeral 2. del presente artículo, se seguirá la siguiente metodología:*

*1. Cuando el número de recobros debidamente radicados por las EPS o entidades adaptadas ante el administrador fiduciario del Fondo de Solidaridad y Garantía - FOSYGA, de acuerdo con la reglamentación expedida para el efecto, aumente en más de 10% entre un trimestre y el inmediatamente anterior, para efectos de lo establecido en el presente Decreto, se tendrá en cuenta el promedio de los recobros radicados durante los últimos seis (6) trimestres.*

2. Cuando en los recobros radicados durante el trimestre se demuestre que la glosa es superior al 10% del valor presentado e inferior al 30% del mismo, sólo será posible considerar el 50% del valor no glosado, durante los tres trimestres siguientes a su detección. En caso de alcanzar o superar el 30% de glosa, a la entidad no le será permitido computar el rubro al que se refiere el numeral 2. de este artículo para efectos de acreditar la inversión de las reservas, por el lapso de seis (6) trimestres siguientes a la detección del incumplimiento.

3. Para el trimestre correspondiente se computará como inversión el menor valor de los obtenidos en los numerales 1 y 2 anteriores.

El administrador fiduciario del FOSYGA deberá, al cierre de cada trimestre calendario, emitir un informe por cada EPS o entidad adaptada que contenga el número de recobros presentados durante el período, el valor total recobrado durante el período y el valor total de la glosa por cualquier concepto. Dicho informe deberá ser remitido tanto al Ministerio de la Protección Social como a la Superintendencia Nacional de Salud, la cual, con base en éste, deberá exigir a las entidades sobre las cuales se establezca cualquier incumplimiento, el encaje de las inversiones de las reservas descontando el rubro al que se refiere el numeral 2. del presente artículo, dentro del trimestre o trimestres siguientes al incumplimiento.

Parágrafo Segundo: Las EPS y entidades adaptadas garantizarán que, por lo menos el 70% de las inversiones de las reservas, excluidos los recobros por fallos de tutela y comités técnico científicos, podrán hacerse líquidas en menos de 30 días. La Superintendencia Nacional de Salud evaluará como mínimo cada seis (6) meses la transabilidad del portafolio de cada entidad con relación al mercado. En caso de resultado desfavorable, exigirá suplir el defecto de forma inmediata.

Parágrafo Tercero: Independientemente del plazo para la constitución de las reservas, las EPS y entidades adaptadas dispondrán de un plazo de 60 meses para que la totalidad de éstas se encuentre invertida conforme lo dispuesto en este Artículo. Para el efecto, el ajuste será lineal mensual iniciando con 1,67% de la reserva requerida para el primer mes, un 3,33% para el segundo mes y así sucesivamente."

**Artículo 6°:** Se sustituye el Artículo 10° del Decreto 574 de 2007, el cual quedará así:

**"ARTÍCULO 10°: LÍMITES GLOBALES.** Los porcentajes máximos de inversión para cada numeral mencionado en el artículo anterior serán:

1. Para los numerales 1, 2 o 3 hasta un 70% del total de inversiones.
2. Para los numerales 4, 5 o 6, hasta un 40% del total.
3. Para los numerales 7 u 8, hasta el 30% del total.
4. Para el numeral 9, hasta un 10% del total."

**Artículo 7°.** Se sustituye el Artículo 12 del Decreto 574 de 2007, el cual quedará así:

**"ARTÍCULO 12°. SISTEMA DE ADMINISTRACIÓN DE RIESGOS.** El sistema de administración de riesgos estará constituido por lo menos por los subsistemas de identificación, medición, evaluación, cuantificación y



*control de aquellos riesgos particulares a la actividad de aseguramiento en salud, que les permita a las entidades realizar una adecuada gestión de riesgos y garantizar su solvencia.*

*El desarrollo e implementación de este sistema será por fases, basado en un modelo simple, para la primera fase, construido a partir de las prácticas actuales de gestión de riesgo de salud, debidamente documentadas y llevadas a manuales de proceso, para que, en fases sucesivas, se llegue a un sistema integral en el que se incluyan, por lo menos la gestión de todos los riesgos inherentes al aseguramiento en salud, el riesgo operativo y el riesgo de mercado de las inversiones.*

*El Ministerio de la Protección Social dispondrá de cuatro (4) meses a partir de la vigencia del presente Decreto para establecer la gradualidad, los contenidos y los mecanismos de control de cumplimiento de este requerimiento, haciendo concordar los puntos de control del sistema de administración de riesgos, con los plazos previstos para el cumplimiento del margen de solvencia, en el término de cuatro (4) años contados a partir de la entrada en vigencia del presente Decreto."*

**Artículo 8°**, *El presente Decreto rige ....".*

El Decreto núm. 574 de 2007, se fundamentó en la potestad reglamentaria para la ejecución de las Leyes y en los artículos 180 de la Ley 100 de 1993 y 42, numeral 10, de la Ley 715 de 2001, que son del siguiente tenor:

El Artículo 180 de la Ley 100 de 1993, reza:

**"ARTÍCULO 180. REQUISITOS DE LAS ENTIDADES PROMOTORAS DE SALUD.** *La Superintendencia Nacional de Salud autorizará como Entidades Promotoras de Salud a entidades de naturaleza pública, privada o mixta, que cumplan con los siguientes requisitos:*

- 1. Tener una razón social que la identifique y que exprese su naturaleza de ser Entidad Promotora de Salud.*
- 2. Tener personería jurídica reconocida por el Estado.*
- 3. Tener como objetivos la afiliación y registro de la población al Sistema General de Seguridad Social en Salud, el recaudo de las cotizaciones y la promoción, gestión, coordinación, y control de los servicios de salud de las Instituciones Prestadoras de Servicios con las cuales atienda los afiliados y su familia, sin perjuicio de los controles consagrados sobre el particular en la Constitución y la Ley.*
- 4. Disponer de una organización administrativa y financiera que permita:**

- a) *Tener una base de datos que permita mantener información sobre las características socioeconómicas y del estado de salud de sus afiliados y sus familias;*
- b) *Acreditar la capacidad técnica y científica necesaria para el correcto desempeño de sus funciones, y verificar la de las Instituciones y Profesionales prestadores de los servicios;*
- c) *Evaluar sistemáticamente la calidad de los servicios ofrecidos.*

*5. Acreditar periódicamente un número mínimo y máximo de afiliados tal que se obtengan escalas viables de operación y se logre la afiliación de personas de todos los estratos sociales y de los diferentes grupos de riesgo. Tales parámetros serán fijados por el gobierno nacional en función de la búsqueda de la equidad y de los recursos técnicos y financieros de que dispongan las Entidades Promotoras de Salud.*

**6. Acreditar periódicamente el margen de solvencia que asegure la liquidez y solvencia de la Entidad Promotora de Salud, que será fijado por el gobierno nacional.**

**7. Tener un capital social o Fondo Social mínimo que garantice la viabilidad económica y financiera de la Entidad, determinados por el Gobierno Nacional.**

*8. Las demás que establezca la Ley y el reglamento, previa consideración del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud<sup>4</sup>.*

**PARÁGRAFO.** *El gobierno nacional expedirá las normas que se requieran para el fiel cumplimiento de lo dispuesto en el presente artículo.” (Negrillas fuera de texto).*

El artículo 42, numeral 10, de la Ley 715 de 2001, por la cual se dictan normas orgánicas en materia de recursos y competencias de conformidad con los artículos 151, 288, 356 y 357 (Acto Legislativo 01 de 2001) de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones para organizar la prestación de los servicios de educación y salud, entre otros, dispone:

**“ARTÍCULO 42. COMPETENCIAS EN SALUD POR PARTE DE LA NACIÓN.** *Corresponde a la Nación la dirección del sector salud y del Sistema General de Seguridad Social en Salud en el territorio nacional, de acuerdo con la diversidad regional y el ejercicio de las siguientes competencias, sin perjuicio de las asignadas en otras disposiciones:*

....  
**10.** *Definir en el primer año de vigencia de la presente ley el Sistema Unico de Habilitación, el Sistema de Garantía de la Calidad y el Sistema Unico de Acreditación de Instituciones Prestadoras de Salud, Entidades Promotoras de Salud y otras Instituciones que manejan recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud.”*

Por resultar pertinente, la Sala trae a colación el texto del artículo 56, *ibídem*, que reza:

**“Artículo 56.** De la inscripción en el registro especial de las entidades de salud. Todos los prestadores de servicios de salud, cualquiera que sea su naturaleza jurídica o nivel de complejidad deberán demostrar ante el Ministerio de Salud o ante quien éste delegue, la capacidad tecnológica y científica, la suficiencia patrimonial y la capacidad técnico- administrativa, para la prestación del servicio a su cargo”.

De lo que ha quedado reseñado, la Sala colige lo siguiente:

De conformidad con el artículo 180 de la Ley 100 de 1993, la Superintendencia Nacional de Salud tiene la facultad de autorizar como Entidades Promotoras de Salud EPS a entidades de naturaleza pública, privada o mixta, que cumplan, entre otros, con los requisitos de índole financiera, que deben ser fijados por el Gobierno Nacional, a saber: **Acreditar periódicamente el margen de solvencia y tener un capital social o fondo social mínimo.**

**El margen de solvencia**, según se define en el artículo 1° del Decreto acusado núm. 574 de 2007, es la diferencia positiva que como mínimo debe haber entre el nivel de activos y las obligaciones de una entidad y está regulado por el artículo 5° *ídem*.

El artículo 2° del Decreto acusado núm. 574 de 2007, en armonía con las disposiciones legales transcritas, se refiere a la necesidad de **mantener el capital mínimo** y de cumplir el **régimen de solvencia**, esto último deberá entenderse como margen de solvencia, para efectos de la habilitación financiera para la entrada y permanencia de las EPSs del Régimen contributivo y las entidades adaptadas.

El artículo 4° del Decreto núm. 574 de 2 de marzo de 2007, crea un **régimen de solvencia**, que comprende **la constitución y mantenimiento de reservas técnicas, la inversión de estas reservas en los instrumentos que señala el mismo decreto y de administración de los riesgos.**

A juicio de la Sala, los aspectos atinentes a la constitución y mantenimiento de reservas técnicas y la administración de los riesgos no resultan extraños al tema relativo al margen de solvencia ni a la suficiencia patrimonial, requisitos estos que se exigen para que una EPS o entidad adaptada pueda operar o permanecer como tal, dado que todo ello es indispensable para garantizar una viabilidad económica y financiera y, por ende, la prestación eficiente del servicio de salud.

Siendo ello así, mal puede afirmarse que el Gobierno Nacional carezca de la facultad de reglamentación cuando el texto del artículo 180, numerales 4, 6 y 7, propende para que la Superintendencia Nacional de Salud solo autorice el funcionamiento de EPSs que dispongan de una adecuada organización financiera; acrediten liquidez y solvencia y tengan un capital o fondo social mínimo, todo ello fijado o determinado por el Gobierno Nacional.

Tan cierto es que los conceptos de solvencia, reserva y suficiencia patrimonial están íntimamente ligados, que a folios 120 a 139 del expediente, obra el documento denominado "INFORME FINAL CONSOLIDADO SOBRE EL DISEÑO DE UNA REGULACIÓN PRUDENCIAL BASADA en la solvencia (Condiciones de suficiencia Patrimonial y Financiera del Sistema Único de Habilitación) PARA ENTIDADES PROMOTORAS DE SALUD, ADMINISTRADORAS DEL RÉGIMEN SUBSIDIADO, ENTIDADES ADAPTADAS Y EMPRESAS DE MEDICINA PREPAGADA", elaborado por el Consultor Carlos Eduardo Ruiz Villarreal, en el

cual se hace referencia a la crisis financiera y al margen de solvencia en el mercado asegurador.

Este documento también considera que el factor de riesgo para determinar el margen de solvencia debería estar en un rango entre 12% y 19%. Por ello, tampoco puede afirmarse que el artículo 1º, párrafo 1º, del Decreto núm. 1698 de 2007, carezca de motivación.

En cuanto al cargo de desviación de poder que la parte actora endilga a los actos acusados, para la Sala no se probó que la intención del Gobierno Nacional tuviera fines diferentes de los de garantizar la solvencia en todo momento de las Entidades Promotoras de Salud y de las Entidades Adaptadas y propender por una mayor rigurosidad para autorizar el servicio y su permanencia.

Consecuente con lo anterior, deben denegarse las súplicas de la demanda, y así se dispondrá en la parte resolutive de esta providencia.

**En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,**

**F A L L A :**

**DENIEGÁNSE** las súplicas de la demanda.

**CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

Se deja constancia de que la anterior sentencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en la sesión del día 18 de julio de 2012.

MARÍA ELIZABETH GARCÍA GONZÁLEZ  
Presidenta

MARÍA CLAUDIA ROJAS LASSO

MARCO ANTONIO VELLILA MORENO