

SEGUROS, PAGO POR CAPITACIÓN NO CONLLEVA EJERCICIO DE ACTIVIDAD ASEGURADORA

Concepto 2014097500-004 del 14 de enero de 2015

Síntesis: *El legislador estructuró un Sistema de Seguridad Social en Salud que facilita a las EPS y demás entidades responsables del pago de servicios de salud, cancelar a las instituciones prestadoras de tales servicios mediante mecanismos como el de la capitación, sin que por tal motivo se atribuya a estas el ejercicio de la actividad aseguradora.*

«(...) comunicación mediante la cual solicita se conceptúe si la celebración de contratos de prestación servicios de salud bajo la modalidad de pago por capitación se puede considerar como un ejercicio de la actividad aseguradora. Sobre el particular resulta procedente formular los siguientes comentarios:

1. En primer término corresponde precisar que el artículo 179 de la Ley 100 de 1993, establece que la capitación, dentro del Sistema General de Seguridad Social en Salud, es una modalidad de pago de la contratación por parte de las Entidades Promotoras de Salud de los servicios médicos de salud con las Instituciones Prestadoras de tales servicios, IPS. Es así como la norma señala:

“Para garantizar el plan de salud obligatorio a sus afiliados, las entidades promotoras de salud prestarán directamente o contratarán los servicios de salud con las instituciones prestadoras y los profesionales. Para racionalizar la demanda por servicios, las entidades promotoras de salud podrán adoptar modalidades de contratación y pago tales como capitación, protocolos o presupuestos globales fijos, de tal manera que incentiven las actividades de promoción y prevención y el control de costos. Cada entidad promotora deberá ofrecer a sus afiliados varias alternativas de instituciones prestadoras de salud, salvo cuando la restricción de oferta lo impida, de conformidad con el reglamento que para el efecto expida el consejo nacional de seguridad social en salud.

“PARAGRAFO.-*Las entidades promotoras de salud buscarán mecanismos de agrupamiento de riesgo entre sus afiliados, entre empresas, agremiaciones o asociaciones, o por asentamientos geográficos, de acuerdo con la reglamentación que expida el Gobierno Nacional”.*

En el mismo sentido el artículo 13 de la Ley 1122 de 2007 señala en su literal d):

“Flujo y protección de los recursos. Los actores responsables de la administración, flujo y protección de los recursos deberán acogerse a las siguientes normas:

“(...)

“d) 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.(...)”

Por su parte, el Decreto 4747 de 2007 cuyo objeto según su artículo 1º es “...regular algunos aspectos de la relación entre los prestadores de servicios de salud y las entidades responsables del pago de los servicios de salud de la población responsable a su cargo”, define en su artículo 3 a unos y otros en los siguientes términos:

*“a). **Prestadores de servicios de salud.** Se consideran como tales las instituciones prestadoras de servicios de salud y los grupos de práctica profesional que cuentan con infraestructura física para prestar servicios de salud y que se encuentran habilitados. Para efectos del presente decreto, se incluyen los profesionales independientes de salud y los servicios de transporte especial de pacientes que se encuentren habilitados;*

*“b). **Entidades responsables del pago de servicios de salud.** Se consideran como tales las direcciones departamentales, distritales y municipales de salud, las entidades promotoras de salud de los regímenes contributivo y subsidiado, las entidades adaptadas y las administradoras de riesgos profesionales.”*

A su vez el mencionado decreto 4747 establece en su artículo 4 a la capitación dentro de los principales mecanismos de pago aplicables a la compra de servicios de salud y los define en los siguientes términos:

*“a). **Pago por capitación.** Pago anticipado de una suma fija que se hace por persona que tendrá derecho a ser atendida durante un periodo de tiempo, a partir de un grupo de servicios preestablecido. La unidad de pago está constituida por una tarifa pactada previamente, en función del número de personas que tendrían derecho a ser atendidas.”*

Así mismo en su artículo 7 el Decreto 4747 señala las condiciones mínimas que se deben incluir en los acuerdos de voluntades para la prestación de servicios de salud celebren las entidades responsables de su pago con prestadores de servicios de salud establecidos en su red para la atención de la población a su cargo, mediante el mecanismo de pago por capitación y en tal sentido establece:

“Los acuerdos de voluntades para la prestación de servicios que celebren las entidades responsables del pago de servicios de salud con prestadores de servicios de salud establecidos en su red para la atención de la población a su cargo, mediante el mecanismo de pago por capitación, deberán contemplar, además de las condiciones mínimas establecidas en el artículo 6º del presente decreto, las siguientes:

“1. Base de datos con la identificación de los usuarios cubiertos con el acuerdo de voluntades.

“2. Perfil epidemiológico de la población objeto del acuerdo de voluntades.

“3. Monto que debe ser pagado por el responsable del pago por cada persona con derecho a ser atendida, en un período determinado, en el marco de los servicios convenidos o pactados con el prestador de servicios.

“4. Identificación de las actividades, procedimientos, intervenciones, insumos y medicamentos incluidos en la capitación, de acuerdo con la codificación que establezca el Ministerio de la Protección Social.

“5. Metas de cobertura, resolutivez y oportunitad en la atención, que tengan en cuenta la normatividad vigente.

“6. Condiciones de ajuste en el precio asociadas a las novedades de ingreso o retiro que se presenten en la población a cargo de la entidad responsable del pago.

“7. Condiciones para el reemplazo de personas cubiertas por el acuerdo de voluntades, asociadas a las novedades de ingreso o retiro que se presenten en la población a cargo de la entidad responsable del pago.

“PARÁGRAFO 1°. *Las actividades, procedimientos, intervenciones, insumos y medicamentos incluidos en la capitación deben ser prestados o suministrados directamente por el prestador de servicios de salud contratado. Si las actividades, procedimientos, intervenciones, insumos y medicamentos, contratados por capitación son prestados o suministrados por otro prestador, por remisión de la institución prestadora o en caso de urgencias, la entidad responsable del pago cancelará su importe a quien haya prestado el servicio, y podrá previa información descontar el valor de la atención.*

“PARÁGRAFO 2°. *Este mecanismo de pago no genera en ningún caso la transferencia de las obligaciones propias del aseguramiento a cargo exclusivo de las entidades responsables de cubrir el riesgo en salud”.*

Finalmente en este aparte corresponde subrayar que el artículo 52 de la Ley 1438 señaló las siguientes reglas en la suscripción de contratos de pago por capitación de las Entidades Promotoras de Salud con los prestadores de servicios de salud:

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

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

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

2. Ahora bien en lo que hace relación a la actividad aseguradora corresponde señalar que el constituyente de 1991, en el artículo 335 de la Constitución Política de Colombia consideró que la actividad aseguradora es de interés público y dispuso, en consecuencia, que ésta sólo puede llevarse a cabo previa autorización estatal.

El requisito antes señalado fue desarrollado en el artículo 35 de la Ley 45 de 1990, incorporado en el numeral 3 del artículo 108 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, modificado por el artículo 64 de la Ley 1328 de 2009, según el cual:

*“Salvo lo previsto en el párrafo 1o del artículo 39 del presente Estatuto¹ y en normas especiales, sólo las personas previamente autorizadas por la Superintendencia Financiera de Colombia se encuentran debidamente facultadas para ocuparse de negocios de seguros en Colombia. En consecuencia se prohíbe a toda persona natural o jurídica distinta de ellas el ejercicio de la **actividad aseguradora**”* (negrillas ajenas al texto).

Por su parte, el artículo 1037 del Código de Comercio señala como parte del contrato de seguro al asegurador, *“...persona jurídica que asume los riesgos, debidamente autorizada para ello con arreglo a las leyes y reglamentos.”*

En el mismo sentido el numeral 2 del artículo 38 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero indica que la actividad aseguradora es la realizada por las empresas o cooperativas de seguros. Señala la mencionada disposición:

“Se encuentran sometidas a las disposiciones de este Estatuto, las empresas que se organicen y funcionen como compañías o cooperativas de seguros. Cada vez que se aluda en este estatuto a la actividad aseguradora, a operaciones o a negocios de seguros, se entenderán por tales las realizadas por este tipo de entidades...”

En el numeral 3 del mismo artículo se anota:

“El objeto social de las compañías y cooperativas de seguros será la realización de operaciones de seguros...”

Las normas transcritas establecen como presupuesto legal que el negocio de seguros es una actividad exclusiva de las compañías de seguros debidamente autorizadas. Sin embargo, aunque tales disposiciones no definen expresamente el concepto de *“actividad aseguradora”* de su texto se puede colegir que independientemente de quién la desarrolle, es de interés público y no puede desplegarse en nuestro país sin la aquiescencia de las autoridades.

Similar situación se presenta en relación con el concepto *“operaciones o negocios de seguros”*. Así, la delimitación de este concepto partiría del supuesto de que los rasgos fundamentales de una operación, para que pueda ser considerada como actividad aseguradora, deberían corresponder, en principio, a todas y cada una de las características del contrato de seguro. En este sentido, el artículo 1501 del Código Civil señala que en cada contrato se distinguen *“... las cosas que son de su esencia, las que son de su naturaleza y las puramente accidentales”*. Las primeras, las esenciales, corresponden a aquellas sin las cuales el negocio *“...o no produce efecto alguno, o degenera en otro contrato diferente”*.

El anterior presupuesto legal permite colegir que *si respecto de un determinado negocio jurídico concurren los elementos esenciales previstos en el artículo 1045 del Código de Comercio, tales operaciones corresponden a negocios de seguros.*

¹ El artículo 39 en su párrafo primero se refiere a los seguros que las compañías de seguros del exterior pueden ofrecer en territorio colombiano o a sus residentes.

Sobre este particular, la Corte Constitucional en sentencia C-940 de octubre 15 de 2003, con ponencia del honorable magistrado Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra, para la definición de la actividad aseguradora señala:

*“Para definir el concepto de actividad aseguradora, el legislador puede acudir a diversos criterios. **Uno de ellos es el criterio material**, que mira a la naturaleza misma de la actividad; desde este punto de vista, por ejemplo, podría decir que actividad aseguradora es la que implica la asunción de un riesgo, cualquiera que sea la forma jurídica que revista. Otro criterio que podría ser utilizado **sería el formal**, que atendería principalmente a la forma jurídica utilizada para el desarrollo de la actividad; aquí podría el legislador indicar que la actividad aseguradora es la que se desarrolla bajo la forma jurídica del contrato de seguros, entrando a definir este último en todos sus elementos. Podría también utilizar elementos definitorios positivos o negativos, es decir podría señalar operaciones jurídicas que considera que constituyen actividad aseguradora, y otras que no considera como tales. **Otro de los criterios a que podría acudir el legislador para definir la actividad aseguradora**, sería uno de naturaleza orgánica, a partir del cual podría considerar como aseguradora la actividad de ciertos entes jurídicos previamente definidos legalmente”.*

3. Reseñado ya entonces el mecanismo de la capitación, como un medio para el pago de los servicios de salud contratados dentro del régimen del sistema de seguridad social en salud y hechos los anteriores comentarios respecto del concepto de la actividad aseguradora, para fines de la consulta formulada resulta necesario en este aparte retomar el concepto radicado bajo el número 2001009714-3 del 6 de abril de 2001, en el cual esta entidad realizó consideraciones sobre el tipo de actividades realizadas por las EPS, que permiten concluir que su actividad no se enmarca dentro de la actividad aseguradora señalada en el numeral precedente. En efecto en dicha oportunidad este organismo de control señaló:

“...La Constitución Política de Colombia reconoce la participación de entidades públicas y privadas en la prestación del servicio, cuyo esfuerzo mancomunado debe encauzarse a alcanzar mejores niveles de cobertura, bajo la rectoría y tutoría estatal. Esta directriz constitucional excluye por principio la privatización a ultranza o la total estatización, para ubicarnos en un “modelo de administración mixto”, de participación de los sectores público y privado, bajo las orientaciones que determine el Estado, en el marco de la regulación que establece la ley y en función de las necesidades reales de la población.

“En esencia, el Constituyente definió que el modelo de la seguridad social, con sus principios y sus mecanismos, era la vía de la transformación e integración del viejo esquema en un “sistema de seguridad social integral”, organizado con criterios de universalidad, solidaridad y eficiencia (artículo 48), que el legislador plasmó en la Ley 100 de 1993 mediante la creación de tres subsistemas básicos, el de pensiones, el de salud y el de riesgos profesionales.

“Es así como, tratándose de la prestación de los servicios de salud a los habitantes y de saneamiento ambiental, con la Ley 100 de 1993 se salta entonces, por una parte,

del esquema de seguros sociales, dirigido solamente a los trabajadores y con énfasis en los dependientes, y, por otra, de los esquemas de gasto privado directo, seguros privados o medicina prepagada, restringido a grupos de altos ingresos y con prestaciones limitadas por preexistencias, a un "sistema único" denominado en el artículo 152 de la citada ley como "Sistema General de Seguridad Social en Salud" que busca en forma progresiva el acceso de todos los habitantes del territorio nacional a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud, mediante la instauración de dos regímenes, el contributivo y el subsidiado.

"Este 'sistema', según el artículo 153 de la Ley 100 de 1993, se rige por los principios consagrados en la Constitución (eficiencia, universalidad y solidaridad) y por unas reglas específicas definidas para la prestación del servicio público de salud (equidad, obligatoriedad, protección integral, libre escogencia, autonomía de instituciones, descentralización administrativa, participación social, concertación y calidad). Y como todo "sistema" cuenta con unas características propias que lo distinguen de los demás (artículo 156 L. 100/93).

"Es esta la razón, por la cual para la operación del Sistema General de Seguridad Social en Salud, el legislador dispuso una estructura propia, integrada por los organismos y entidades de los sectores público y privado, que participan en su dirección, vigilancia, control, administración y financiación, por las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud, empleadores, trabajadores y comités de participación comunitaria, según la categorización reseñada en los artículos 155 y demás concordantes de la Ley 100 de 1993.

"(...)

"En el marco de esta organización, las Entidades Promotoras de Salud han sido definidas como 'organismos de administración' del Sistema General de Seguridad Social en Salud (art. 155 L. 100/93), a cuyo cargo se encuentran entre otras funciones definidas en el artículo 178, el proceso de afiliación y registro de los afiliados, el recaudo de las cotizaciones, así como la de organizar y garantizar, directa o indirectamente, la prestación del Plan Obligatorio de Salud.

"Ahora bien, aun cuando en primera instancia podría afirmarse que en una de las múltiples funciones que desarrollan las EPS y ARS **se alcanza a materializar una operación de seguro, por cuanto asumen el riesgo de garantizar a sus afiliados la prestación del Plan Obligatorio de Salud, con cargo a los recursos que recibe del Estado como UPC; dicho supuesto, en opinión de esta Entidad, se desnaturaliza cuando para la prestación de los servicios de salud se utiliza la modalidad de 'pago por capitación' (contrato mediante el cual la EPS se compromete a pagarle a la IPS un monto fijo por cada persona afiliada, sin importar el número de veces que ésta acuda al médico o a cualquier institución contratada), forma de contratación aplicada por las administradoras en virtud de la facultad prevista en el artículo 179 de la Ley 100 de 1993.**

"Con todo, si en la ley no estuviere prevista entre otras la modalidad de pago por capitación, esta similitud en la gestión de las Entidades Promotoras de Salud y de las Administradoras del Régimen Subsidiado con el negocio de seguros, no

permitiría suponer en el ámbito mercantil la existencia de un 'contrato de seguro' en donde la empresa aseguradora operaría con prescindencia de las reglas definidas en el Libro Cuarto, Título V del Código de Comercio y de los requisitos exigidos en el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y demás normas complementarias (resaltado ajeno al texto).

"En efecto, la Ley 100 de 1993 no sólo definió la naturaleza jurídica de estos organismos de administración (EPS) y sus funciones, dentro de las cuales se prevé la participación de las compañías de seguros que ofrezcan seguros de salud (literal d. artículo 181), entidades que para actuar como administradoras deben someterse al régimen especial del Sistema General de Seguridad Social en Salud y acreditar ante la Superintendencia Nacional de Salud, ente encargado de la vigilancia y control de las EPS, los requisitos que establece el artículo 180, entre otros, el tener no sólo '...una razón social que la identifique y que exprese su naturaleza de ser Entidad Promotora de Salud...' sino también '... como objetivos la afiliación y registro de la población al Sistema..., el recaudo de las cotizaciones y la promoción, gestión, coordinación y control de los servicios de salud de las Instituciones Prestadoras de Servicios...'

"Luego de observar el marco normativo que regula el Sistema General de Seguridad Social en Salud, así como la naturaleza y funciones de las Entidades Promotoras de Salud, nos enfocaremos en el análisis de la '...viabilidad de un sistema de seguros regido y administrado por las entidades promotoras de salud...'. Para ello es necesario discernir qué se entiende como un sistema de seguros y la intervención del Estado en la actividad aseguradora dado su carácter profesional.

"Un sistema de seguros lo constituye el conjunto de entidades, normas y procedimientos cuya integración permite alcanzar un objetivo común, en este caso, sería el adecuado aseguramiento contra los riesgos que pudieran afectar la salud de todos los residentes en el territorio nacional, bajo el entendido que el seguro según nuestro ordenamiento mercantil (artículo 1037) corresponde a un acuerdo mediante el cual una persona natural o jurídica, decide trasladar a otra persona jurídica debidamente autorizada para ello con arreglo a las leyes y reglamentos, los riesgos que pudieran afectar su patrimonio o su integridad física.

"La actividad aseguradora reviste caracteres peculiares que la hacen digna de un control estatal específico, su desarrollo no se circunscribe a la asunción de los riesgos que traslada el tomador y al cumplimiento de la obligación del asegurador de pagar la indemnización. En su contexto, implica la ejecución de una serie de operaciones derivadas del negocio mismo, cuya efectividad depende de la solvencia futura de la empresa de seguros y por ende, de la responsabilidad técnica, legal, comercial y financiera con que administre su actividad.

"En efecto, el seguro '...Esconde, pues,...un equilibrio teórico (la prima equivalente a la promesa) y un desequilibrio práctico (el pago de aquella es inmediato, el cumplimiento de ésta diferido...)'², técnica en la cual el cálculo de

² OSSA G. J. Efrén, *Teoría General del Seguro - La Institución*, pág 280" (Nota del concepto).

las probabilidades, con la ley de los grandes números que da origen a su aplicación práctica, está llamado a cumplir una función fundamental en la operación empresarial del seguro, en la viabilidad técnico-comercial de la institución, en su proyección jurídica como instrumento de protección de los intereses económicos de la comunidad asegurada.

"De ahí que para el ejercicio de la gestión aseguradora, nuestra legislación consagre el concepto de margen de solvencia, con previsiones sobre su determinación, las sanciones en caso de incumplimiento, la manera de enervar sus defectos y de regular el fondo de garantía como mecanismo complementario, la constitución de unas reservas especiales (técnicas) del negocio que responden a una necesidad ineludible de la empresa de seguros, las cuales permiten evaluar la capacidad del asegurador para hacer frente a sus obligaciones actuales o eventuales, características que profesionalizan aún más la actividad aseguradora.

"Como en toda actividad, al igual que prevalecen para el Sistema General de Seguridad Social en Salud, en la aseguradora existen unos principios que la orientan, definidos en el numeral 1 del artículo 38 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, según el cual '...se encuentra sujeta a supervisión estatal, ejercida por la Superintendencia Bancaria; procura tutelar los derechos de los tomadores, de los asegurados y crear condiciones apropiadas para el desarrollo del mercado asegurador, así como una competencia sana de las instituciones que participan en él.' (Resaltado ajeno al texto).

*"Es así como, por virtud de lo dispuesto en el artículo 335 de la Constitución Política de Colombia y en la Ley (numerales 3, artículos 38 y 108, Estatuto Orgánico del Sistema Financiero), la actividad aseguradora **solamente puede ejercerse por personas autorizadas por el Estado** y desarrollarse bajo su control, en razón de su interés en preservar la seguridad y confianza en el sector asegurador y en proteger los intereses de los tomadores y asegurados, considerados como la parte más débil dentro del contrato de seguro.*

"Como podemos ver, el ejercicio de la actividad aseguradora difiere sustancialmente de la forma en que opera el 'sistema' organizado por la Ley para la prestación de los servicios de salud de los habitantes del territorio nacional y de saneamiento ambiental, actividades entre las cuales existe una independencia que se confirma con el sólo hecho de tener en cuenta de una parte, la exclusividad del objeto social de las EPS y ARS que no les permite ofrecer servicios distintos del Plan Obligatorio de Salud y Planes Adicionales de Salud y, de otra, la competencia para ejercer el control y vigilancia de esta actividad, que radica en la Superintendencia Nacional de Salud, en razón de la naturaleza de estos servicios.

"De tal manera que resulta inapropiado referirse a un 'sistema de seguros' en el contexto del 'Sistema de Seguridad Social Integral' y, por ende, categorizar y denominar 'aseguradoras' a las Entidades Promotoras de Salud y a las Administradoras del Régimen Subsidiado, expresión reservada de manera

exclusiva a las entidades que desarrollan la actividad aseguradora (numeral 4, artículo 38 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero). (Resaltado ajeno al texto)

"En síntesis, la Ley consagró el Sistema General de Seguridad Social en Salud como un esquema especial de protección social integral con características propias. Los presupuestos legales que definen el régimen a que se encuentra sometido este Sistema, sus objetivos, principios, fundamentos y características especiales permiten concluir que no resulta legalmente viable enmarcarlo como un sistema de seguros".

En este orden de ideas es claro que el legislador estructuró un Sistema de Seguridad Social en Salud que facilita a las EPS y demás entidades responsables del pago de servicios de salud, cancelar a las instituciones prestadoras de tales servicios mediante mecanismos como el de la capitación, sin que por tal motivo se atribuya a estas el ejercicio de la actividad aseguradora.

En esta medida, son las normas contenidas en la Ley 100, en las demás disposiciones legales y reglamentarias las que regulan la prestación y pago de dichos servicios de salud dentro de referido sistema del Régimen de Seguridad Social Integral creado por dicha ley, sin que les resulten aplicables las normas que rigen la actividad aseguradora (artículo 335 de la Constitución Política de Colombia, Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y Código de Comercio).

4. Por otra parte, en relación con la misma inquietud planteada en su consulta, respecto de la celebración de un contrato de prestación de servicios médicos entre un centro médico de primer nivel y un particular, bajo la modalidad de pago por capitación, de resultar legalmente posible tal hipótesis, dicho contrato podría en gracia de discusión y salvo mejor concepto asimilarse a un contrato de medicina prepagada, teniendo en cuenta la definición de este mecanismo de capitación contenida en el artículo 4 del Decreto 4747 de 2007.

En este sentido, adjuntamos con el presente concepto 2006026484-001 de agosto 4 de 2006, en el cual se concluye que el contrato de medicina prepagada no es un seguro.

(...).»