Boletín No 2: Serie sobre los derechos económicos, sociales y culturales

Un año después de su publicación aún es incierto el cumplimiento de la sentencia de la Corte Constitucional sobre respeto, protección y garantía del derecho a la salud

El 31 de julio de 2008 la Corte Constitucional profirió la sentencia más ambiciosa en términos de respeto, protección y garantía del derecho a la salud en Colombia, ordenando la reformulación de la política pública de salud. No obstante, un año después este pronunciamiento no ha tenido pleno y efectivo cumplimiento por parte del Gobierno nacional; en particular aún no se han cumplido las órdenes impartidas por el Tribunal sobre la actualización, unificación y oportuna prestación de los servicios médicos incluidos en el Plan Obligatorio de Salud (POS).

1. Órdenes de la sentencia T-760 de 2008

Ante el alto volumen de acciones de tutela presentadas para la protección del derecho a la salud, la Corte Constitucional se propuso hace dos años hacerle seguimiento a la clase de reclamos que presentan los usuarios a través de este mecanismo judicial[1]. La decisión de hacer tal seguimiento surgió del caso de un enfermo renal, al que años atrás un juez le negó una tutela que interpuso para recibir el tratamiento médico que requería. Cuando la revisión llegó a la Corte y esta decidió conceder la tutela ya era tarde, pues el enfermo murió esperando que lo atendieran: "Eso nos llevó a mirar globalmente las tutelas que llegan por salud y encontramos un patrón que se repetía", afirmó el magistrado ponente Manuel José

[1] Al respecto la Corte señala, con base en un informe de la Defensoría del Pueblo, que el 56,4% de las acciones de tutela presentadas en el período 2003-2005 corresponden a la demanda de servicios de salud a los que los pacientes tienen derecho legal y reglamentariamente, pero que no son prestados por las entidades responsables. Corte Constitucional, sentencia T-760 de 2008, M.P.: Manuel José Cepeda Espinosa.

Personería jurídica: resolución 1060, Agosto de 1988, Alcaldía Mayor de Bogotá
Calle 72 No. 12- 65 Piso 7 Tel: (571) 3768200 - 3434710 Fax: (571) 3768230
E-mail: ccj@col.net.co Apartado Aéreo 58533 Bogotá, Colombia

Cepeda Espinosa, al referirse al proceso de reflexión que llevó a la sentencia T-760 de 2008.

Mediante esta sentencia la Corte resolvió veintidós acciones de tutela presentadas para exigir el respeto, la protección y la garantía del derecho a la salud, identificando siete barreras administrativas que son el resultado de "fallas" estatales en la regulación y vigilancia del sistema de salud:

> *"¿Las fallas de regulación constatadas en la presente sentencia a partir de los casos acumulados y de las pruebas practicadas por esta Sala, representan una violación de las obligaciones constitucionales que tienen las autoridades competentes de respetar, proteger y garantizar el derecho a la salud para asegurar su goce efectivo? A esta pregunta se responde afirmativamente y se imparten las órdenes necesarias para que se superen las fallas de regulación detectadas. Las órdenes que se impartirán se enmarcan dentro del sistema concebido por la Constitución y desarrollado por la Ley 100 de 1993 y normas posteriores, puesto que excedería la competencia de la Corte ordenar el diseño de un sistema distinto, puesto que dicha decisión compete al legislador. Las órdenes se impartirán a los órganos legalmente competentes para adoptar las determinaciones que podrían superar las fallas de la regulación que se han traducido en una desprotección del derecho a la salud evidente en las acciones de tutela que se han presentado cada vez con mayor frecuencia desde hace varios años, como se analizará posteriormente".*

Conforme a lo anterior, la Corte emitió tres tipos de órdenes relacionadas con: (1) los planes de servicios del POS en los regímenes contributivo y subsidiado; (2) el flujo de recursos al interior del sistema; y (3) las medidas complementarias para asegurar el goce efectivo del derecho a la salud, como son la protección del derecho a la información y la cobertura universal del sistema de salud antes de enero de 2010.

2. Perspectivas de cumplimiento de las órdenes de la Corte Constitucional relacionadas con los planes de servicios

A continuación se hace un breve examen de las perspectivas de cumplimiento del primer tipo de órdenes, relacionadas con los planes de servicios, en cuanto a (1) la actualización del POS; (2) la unificación del POS; (3) la adopción de medidas para evitar que se rechace o demore la prestación de servicios médicos incluidos en el POS.

a) Actualización del POS.

En la sentencia T-760 de 2008, la Corte Constitucional ordenó "adoptar medidas para eliminar la incertidumbre acerca del contenido de los planes de beneficios y lograr la actualización periódica de los mismos", para lo cual fijó como plazo el 1 de febrero de 2009.

Al respecto, la actualización de los planes de servicios aún no se ha verificado, no obstante que el Gobierno nacional habría prometido realizarla a finales del mes de julio de 2009, luego de incumplir el plazo inicial previsto por la Corte. Hasta el momento sólo se ha conocido que *"de los actuales 6.300 procedimientos que contiene el POS actual saldrían por lo menos 100 que ya no son utilizados por los profesionales de la Salud y se incluirían 1.000"*[2]. No obstante, apenas el pasado 23 de julio el Ministerio de la Protección Social abrió un proceso de consulta que irá hasta el 23 de agosto, para conocer la opinión de los usuarios del sistema de salud acerca de los servicios médicos que deben ser incluidos en la actualización del POS.

De esta manera, lo que se ha hecho hasta ahora es definir la "metodología" del proceso de actualización del POS, para luego sí proceder a efectuarla mediante

[2] "Minprotección señalará quién se va del régimen subsidiado", Diario *El Tiempo*, 25 de julio de 2009, versión electrónica.

resolución que debe ser aprobada por la Comisión de Regulación en Salud, conformada por los Ministros de Hacienda y Protección Social, y cinco miembros elegidos por el Presidente de la República[3].

b) Unificación del POS

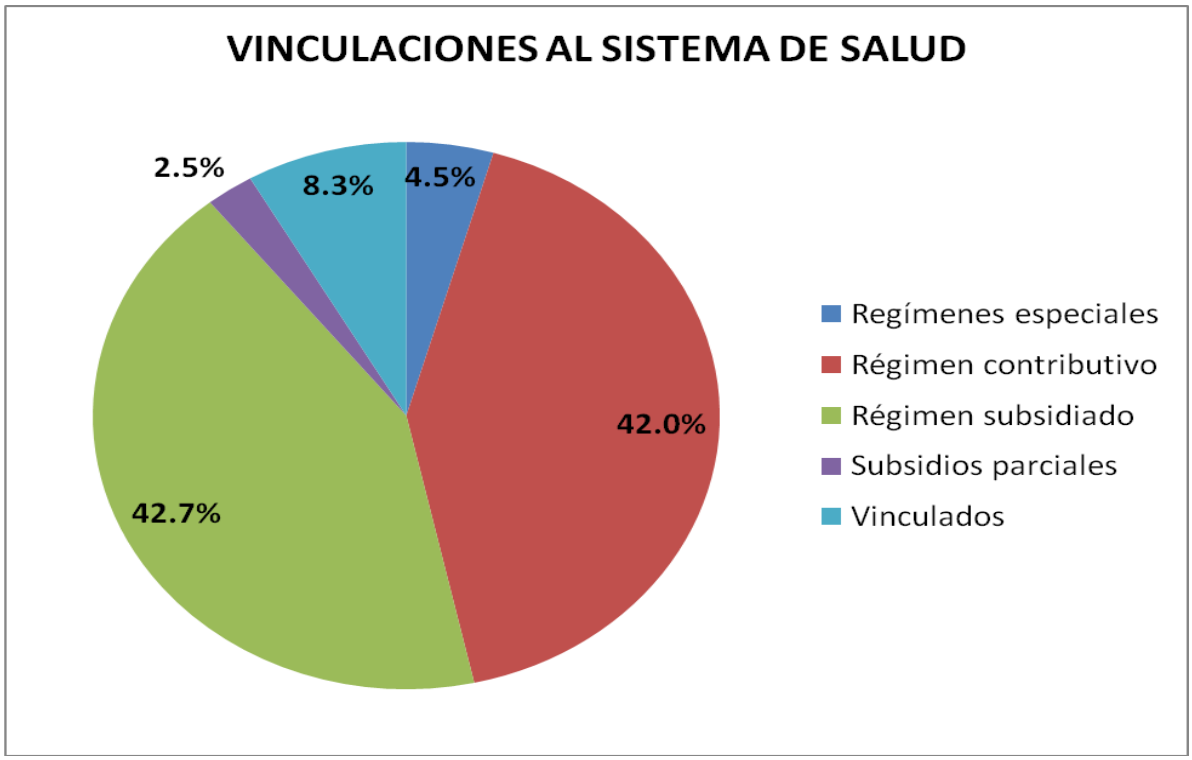
Actualmente, la prestación de los servicios de salud en Colombia está organizada en función de la capacidad de pago de las personas, y los servicios médicos a los que tienen derecho los pacientes dependen del tipo de afiliación.

Vinculación al sistema	Descripción	Número de personas
1. Regímenes especiales	Quienes tienen un plan de servicios diferenciado por la calidad de las labores que desempeñan, como es el caso del magisterio y los miembros de la fuerza pública.	2 millones
2. Régimen contributivo	Quienes tienen vinculación laboral formal y cotizan al sistema de salud (contribución equivalente al 12.5% del ingreso o salario base, un 8.5% a cargo del empleador y un 4% correspondiente al trabajador).	18.7 millones
3. Régimen subsidiado	Quienes se encuentran en los niveles 1 y 2 del Sistema de Identificación de Potenciales Beneficiarios de Programas Sociales (SISBEN) y no tienen capacidad de pago para cotizar por su cuenta al régimen contributivo.	19 millones
4. Subsidios parciales	Quienes se encuentran en el nivel 3 del SISBEN y cuentan con una contribución estatal parcial para	1.1. millones

[3] Conforme a la ley 1122 de 2007, la nueva Comisión de Regulación en Salud (CRES), de conformación estrictamente gubernamental, asumirá la mayoría de las funciones que correspondían al Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, que está conformado por los representantes de las entidades territoriales, de los empleadores, de los trabajadores, del Instituto de los Seguros Sociales, de los profesionales de la salud y de los usuarios. En adelante, el Consejo pasa a ser un órgano asesor.

	ser atendidos en el régimen subsidiado (tienen derecho a un plan de servicios por debajo del que se ofrece a quienes están vinculados "plenamente" al régimen subsidiado).	
5."Vinculados"	Por último, quienes no se encuentran en ninguno de los regímenes descritos previamente y ante una situación que afecte su salud recurren a la red pública hospitalaria. Paradójicamente estas personas han sido denominadas en los informes oficiales y en la literatura sobre el sistema de salud como "vinculados".	3.7 millones

Fuente: CCJ con base en datos del Ministerio de la Protección Social[4]



Fuente: CCJ con base en datos del Ministerio de la Protección Social

De esta manera, el actual sistema de salud organizado por la ley 100 de 1993 en función de la capacidad de pago de los pacientes es altamente segmentado,

[4] "Minprotección señalará quién se va del régimen subsidiado", Diario *El Tiempo*, 25 de julio de 2009, versión electrónica.

inequitativo y discriminatorio. En efecto, en Colombia existen en la práctica cinco planes de servicios médicos diferentes. Conforme a lo anterior, cerca de un 5% de la población en Colombia tiene acceso a un paquete de servicios en salud por encima del previsto en el régimen contributivo (regímenes especiales), un 42% tiene acceso al régimen contributivo, mientras que un 53.4% de la población tiene acceso a un plan de servicios inferior al POS del régimen contributivo (régimen subsidiado, subsidios parciales y población "vinculada").

Esta distinción entre los regímenes de salud también se advierte en la UPC (Unidad de Pago por Capitación), que es la suma que el Sistema General de Seguridad Social en Salud reconoce a las Empresas Prestadoras de Salud (EPS) por cada cotizante o beneficiario cubierto, para la organización y garantía de la prestación de los servicios incluidos en el POS[5]. Este dinero varía de acuerdo al régimen al que se encuentre vinculado el usuario, y constituye un reconocimiento económico por planes de servicios diferentes. Actualmente, el monto de la UPC para el régimen contributivo es de $467.078, mientras que en el régimen subsidiado es de $267.678 pesos*, "lo que equivale a una diferencia de 42,7 por ciento"*[6]*.* Así, la diferencia en el contenido de los planes de servicios ofrecidos en los diferentes regímenes se ve reflejada en el propio marco institucional para la distribución de los recursos del sistema de salud.

Pues bien, la Corte Constitucional ordenó adoptar las medidas necesarias para que los planes de beneficios *"sean unificados para los regímenes contributivo y subsidiado"*, solicitando en particular a la Comisión de Regulación en Salud *"que adopte un programa y un cronograma para la unificación gradual y sostenible de los planes de beneficios del régimen contributivo y del régimen subsidiado"*[7]. Con esta orden, la Corte simplemente está exigiendo el cumplimiento de un mandato

[5] La UPC era determinada por el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, para períodos anuales, por grupos etáreos, géneros y zonas geográficas. A partir de la Ley 1122 de 2007 la UPC será determinada por la Comisión de Regulación en Salud (CRES).
[6] "Pos único después del 2014", Diario *El Tiempo*, 21 de julio de 2009, versión electrónica.
[7] Corte Constitucional, sentencia T-760 de 2008, puntos décimo sexto, vigésimo primero y vigésimo segundo de la parte resolutiva.

legal, pues la unificación ya se había contemplado en los artículos 157 y 162 de la ley 100 de 1993 y debía verificarse antes de 2001[8].

Desde el momento en que se hizo pública la sentencia, el Gobierno nacional se ha quejado del costo que supone la unificación del POS: entre 5 y 7 billones de pesos anuales. Incluso recientemente el Departamento Nacional de Planeación admitió que aún no sabe de dónde "saldrán" los recursos para acatar este punto del pronunciamiento de la Corte[9], el cual no deja de ser un anuncio insólito tratándose del cumplimiento de un mandato legal de 1993 y de una orden del tribunal constitucional emitida hace un año.

Hasta el momento, las fórmulas gubernamentales para cumplir la sentencia T-760 de 2008 en relación con la unificación de los planes de servicios resultan preocupantes[10]. En efecto, lo que hasta el momento se ha conocido es que el Gobierno nacional cumpliría con la unificación de los planes de beneficios entre el régimen contributivo y el régimen subsidiado, reduciendo el contenido del primero para igualarlo (*"por lo bajo"*) al segundo, en razón de las aducidas limitaciones de recursos:

---

[8] El artículo 157 b) de la ley 100 de 1993 señala: "A partir del año 2000, todo colombiano deberá estar vinculado al Sistema a través de los regímenes contributivo o subsidiado, en donde progresivamente se unificarán los planes de salud para que todos los habitantes del territorio nacional reciban el Plan Obligatorio de Salud de que habla el artículo 162". Por su parte el artículo 162 dispone al respecto: "Para los afiliados según las normas del régimen subsidiado, el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud diseñará un programa para que sus beneficiarios alcancen el Plan Obligatorio del Sistema Contributivo, en forma progresiva antes del año 2001".

[9] "Cálculos a mano alzada indican que si el POS subsidiado se iguala con el POS contributivo se requieren 4,76 billones de pesos anuales adicionales para cerrar la brecha. La cifra será mayor cuando se logre la cobertura universal, prevista para este año. Las cuentas del Departamento Nacional de Planeación (DNP), que hoy están siendo revisadas, señalan que una cobertura universal de la población con un paquete de beneficios por lo menos igual al POSs implica un esfuerzo financiero de 7,4 billones de pesos cada año a partir del 2010 (…) La igualación de los dos POS, según la presentación que hizo el director de Desarrollo Social del DNP, José Fernando Arias, en el foro farmacéutico realizado en Cartagena, vale cinco billones de pesos, cuya financiación, hasta ahora, no se vislumbra por ningún lado". "Pos único después del 2014", Diario *El Tiempo*, 21 de julio de 2009, versión electrónica.

[10] "Lentamente se cumple sentencia de la Corte Constitucional sobre salud", Revista *Semana*, 11 de marzo de 2009. Disponible en: http://www.semana.com/noticias-salud/lentamente-cumple-sentencia-corte-constitucional-sobre-salud/121599.aspx

"Como la Corte Constitucional ordena que debe ser igual para los sistemas subsidiado y contributivo, en el Gobierno ronda la idea de un 'POS chiquito'. Esto, para ajustarse a la plata que haya. Habría unos servicios adicionales para quienes aportan al sistema"[11].

La fórmula de ofrecer de manera universal un *"POS chiquito"* representaría un retroceso en la garantía del derecho a la salud para los 18.7% millones de personas que cotizan al sistema, que verían reducidos los servicios médicos a los que tienen derecho.

De otro lado, si la idea es *"igualar"* el POS de manera que sea *"pagable"* pero ofrecer algunos servicios adicionales a quienes cotizan, con esto se mantiene finalmente el actual *statu quo* en el sistema de seguridad social en salud, pues se conservaría en todo caso una diferencia en los servicios de salud, mientras en apariencia se cumple el pronunciamiento de la Corte Constitucional.

De esta manera, el Gobierno estaría cumpliendo formalmente con la sentencia, pero a través de este tipo de medidas desconocería el verdadero sentido del fallo, que es avanzar (como lo impone el principio de progresividad y el artículo 162 de la ley 100 de 1993) hacia la unificación de los regímenes de tal manera que se aumente y mejore el plan de beneficios del régimen subsidiado a partir de lo que se incluye en el régimen contributivo. Como lo ha señalado Mauricio Santamaría, Director Adjunto de Fedesarrollo, unificar el POS *"de tal forma que su costo no supere al costo total actual"* es una alternativa *"tramposa"* frente al fallo de la Corte Constitucional[12].

Por último, más preocupante que las vacilaciones del Gobierno en cuanto a la forma y los recursos para cumplir con la unificación del POS, es que el ejecutivo

---

[11] *"No todas las enfermedades cabrán en el nuevo plan obligatorio de salud",* Diario El Tiempo, 10 de marzo de 2009, versión electrónica.
[12] Mauricio Santamaría, "*El fallo de la Corte sobre salud ¿Cuánto y qué nos falta para cumplirlo?"*, Diario El Espectador, noviembre 9 de 2008, versión electrónica.

estaría considerando hacerlo efectivamente sólo desde 2014, seis años después de la publicación de la sentencia T-760 de 2008[13].

c) Medidas para evitar la negación o demora en servicios de salud

Por último, la Corte ordenó también adoptar las medidas para evitar que se rechace o se demore la prestación de los servicios médicos que sí se encuentran en el POS o que se requieren con necesidad, identificando a las EPS e Instituciones Prestadoras de Salud (IPS) que con mayor frecuencia incurren en este tipo de conducta.

Sobre este punto, un informe de la Defensoría del Pueblo señaló que las EPS siguen negando servicios a los pacientes, razón por la cual las acciones de tutela para exigir la garantía del derecho a la salud no descendieron en 2008. Según el informe, sólo durante el último trimestre del año pasado las EPS de los regímenes subsidiado y contributivo negaron a los pacientes 129.124 servicios, de los cuales 118.785 (el 92 por ciento) correspondieron a EPS del Subsidiado. Así mismo el informe de la Defensoría concluyó que las acciones de tutela en materia de salud no disminuyeron en 2008, pues en total se presentaron 142.947 recursos de amparo (33 por ciento más que en el 2007)[14].

Por todo lo anterior, la Comisión Colombiana de Juristas insta al Gobierno nacional, a la Comisión de Regulación en Salud y al Consejo Nacional de

[13] En el caso de las niñas y niños, la Corte Constitucional ordenó la unificación de los planes de beneficios para el 1 de octubre de 2009, lo cual conforme a lo anunciado por el Gobierno se cumpliría en el plazo fijado por la Corte a partir del POS del régimen contributivo.

[14] Aunque no todas las EPS enviaron a la Superintendencia de Salud sus informes acerca de la negación de servicios, como les ordenó la Corte Constitucional en la sentencia T-760 de 2008: "Coomeva EPS, Salud Total y Compensar concentran el 48,2 por ciento de las negaciones de servicios a los usuarios del régimen contributivo, seguidas por la Nueva EPS, que negó 1.017 servicios durante el último trimestre del año pasado. Comfamiliar Huila, Comfamiliar Cartagena y Comparta, por su parte, concentran el 53,4 por ciento de las negaciones a afiliados del régimen Subsidiado". "EPS siguen negando servicios a los pacientes", Diario *El Tiempo*, 26 de junio de 2009, versión electrónica.

Seguridad Social en Salud, a dar efectivo cumplimiento a la sentencia T-760 de 2008 de la Corte Constitucional, no sólo en cuanto a las órdenes estudiadas en este documento (relacionadas con la actualización, unificación y adecuada prestación de los servicios de salud), sino también frente a aquellas referidas al flujo de recursos dentro del sistema de salud y a las medidas complementarias que deben adoptarse para asegurar el goce efectivo del derecho a la salud (derecho a la información y cobertura universal).

La inobservancia estatal de las órdenes impartidas por el tribunal constitucional en la sentencia T-760 de 2008, además de constituir desacato conforme a la legislación interna, implicaría un grave incumplimiento de las obligaciones internacionales de ejecución inmediata que le competen al Estado colombiano en relación con el derecho a la salud. En efecto, de incumplirse el fallo de la Corte se mantendría el actual estado de cosas en materia de salud, con un sistema que, entre otras deficiencias, desconoce la obligación estatal de asegurar el disfrute del derecho a la salud sin ningún tipo de discriminaciones, el deber de satisfacer niveles esenciales de esta garantía, así como el cumplimiento de algunos de sus elementos componentes como son la accesibilidad, la aceptabilidad y la calidad de los servicios médicos.

De otro lado, la CCJ hace un llamado para que los organismos de control, la Oficina en Colombia de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos y las organizaciones de la sociedad civil, se comprometan en un seguimiento permanente y detallado al cumplimiento gubernamental de las órdenes impartidas por la Corte Constitucional, con el fin de velar por el pleno respeto, protección y garantía del derecho humano a la salud.

Para mayor información, contactar a: *Felipe Galvis Castro, Investigador en derechos económicos, sociales y culturales CCJ (Tel. 376 8200, ext. 129),*

Bogotá, 24 de agosto de 2009.