

LA EMERGENCIA SOCIAL: CONCLUSIONES DE UN DEBATE

El pasado 23 de enero el Gobierno expidió 12 decretos dentro del marco de la Emergencia Social con los cuales se intenta superar el grave problema de desfinanciamiento del sistema de salud en el corto plazo. Los decretos han generado gran polémica, no sólo por su contenido, sino por no haber consultado a las partes interesadas ni utilizado el conducto regular del Congreso. Se alega que la propia declaratoria de emergencia puede ser inconstitucional, como sostiene el concepto del Procurador General.

Fedesarrollo, el Instituto de Ciencia Política y la Fundación Konrad Adenauer convocaron a un debate para tratar estos temas, en el cual participaron como panelistas el Ministro de Protección Social, el Viceministro Técnico, Roberto Esguerra, Diana Pinto, Humberto de la Calle, María Teresa Forero de Saade, Marcela Prieto y los autores de esta nota. A continuación se discuten las principales conclusiones que extrajimos de este evento¹.

1. ¿Los hechos justifican la expedición de los decretos de emergencia social o estos últimos se orientan a resolver problemas estructurales del sector?

La Constitución establece que los hechos que motiven la declaración de un estado de emergencia deben ser de

carácter sobreviniente, perturbar el orden económico, social o ecológico en forma grave e inminente, o constituir grave calamidad. Además, las medidas adoptadas deben tener relación directa con los hechos que motivan la emergencia². Hay, por tanto, que distinguir entre la declaratoria (que se mira según circunstancias que justifican el estado de excepción) y las medidas (que deben ser estudiadas una a una).

Como señaló Humberto de la Calle, la jurisprudencia de la Corte Constitucional, en su sentencia C-122 de 1999 sobre el sector financiero, ha aceptado que el agravamiento acelerado de situaciones crónicas da lugar al estado de excepción: “Bajo las anteriores circunstancias, si bien eran lógicas y predecibles las dificultades crecientes por las que actualmente atraviesan muchos deudores (...) y (...) el deterioro gradual pero constante de los activos del sector financiero, es claro que, dada su agudización, los instrumentos ordinarios con los que contaba el Gobierno Nacional, eran insuficientes y en algunos casos inidóneos para controlarlas” (nuestro énfasis). Así mismo, en la sentencia C-447 de 1992 sobre el sector eléctrico la Corte sostuvo que “constituye hecho sobreviniente la aguda y grave escasez y el consiguiente racionamiento de un bien público esencial (...). La escasez sobrevino en razón de fallas vinculadas a la estructura, gestión y operación del

¹ Algunos panelistas expresaron opiniones diferentes a las acá consignadas sobre algunos temas específicos, como se indica en el texto.

² Artículo 215 de las Constitución Política.

sistema responsable de suministrar la energía eléctrica, así como en virtud de eventos incontrolables”.

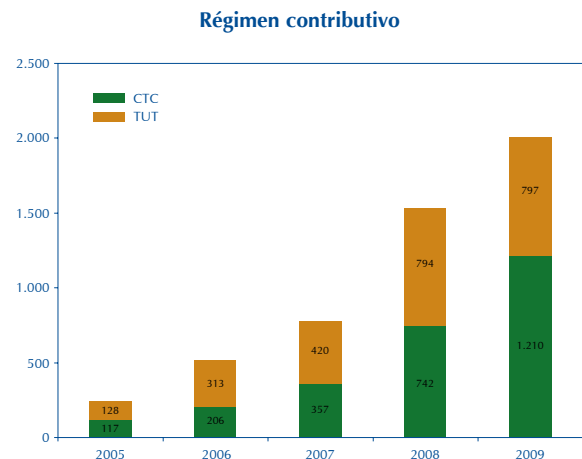
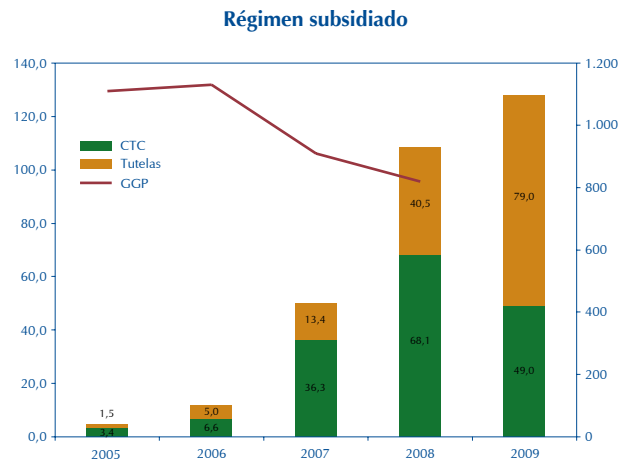
Con respecto a la declaratoria de la emergencia social, se aduce una mezcla de situaciones sobrevinientes, agravamiento súbito de problemas antiguos y cuestiones estructurales. El Gobierno motivó la reforma en un aumento extraordinario de solicitudes de medicamentos y servicios no contemplados en el Plan Obligatorio de Salud (prestaciones no POS, en adelante), en un creciente déficit de los Departamentos, un aumento en la cartera de las EPS y las IPS que ponía en riesgo su liquidez, problemas de corrupción, un monto inexplicable de recobros por medicamentos, un lento flujo de recursos dentro del sistema e insuficiencia en la vigilancia. Los recobros por prestaciones no POS al Fosyga en el régimen contributivo en el 2007 equivalían a \$626 mil millones mientras que en el 2009 ascendieron a \$1,85 billones, lo que supone un aumento de 280% en precios constantes. Los departamentos certifican que el déficit proveniente del Régimen Subsidiado pasó de \$409.187 mm en 2008 a \$885.237 mm en 2009. La cartera de las EPS ante entidades territoriales en régimen subsidiado por prestaciones no POS pasó de \$3.726 mm en marzo 2009 a \$37.226MM en septiembre. La cartera de las IPS con entidades territoriales en una muestra de 115 instituciones asciende a \$529.000 MM, y el 59% de la cartera supera los 90 días.

Los decretos de emergencia social, ateniéndose a esta motivación, se enfocan en solucionar aspectos emergentes que se agravaron en los últimos tres años, a saber, el aumento exponencial en la exigencia de pagos que no estaban contemplados ni calculados en el sistema, como son los servicios y tratamientos no POS. Este aumento ha puesto en inminente riesgo de agotarse la cuenta de compensación del régimen contributivo y, por tanto, la atención de los afiliados a este régimen. Cabe anotar que esa cuenta es la columna vertebral de sistema y, en caso de que entre en problemas de insuficiencia, todo el sistema se verá abocado a presentar fallas crecientes en el servicio.

En adición, los departamentos no tienen los recursos financieros para responder por los gastos no POS del régimen subsidiado, ya que las transferencias del Sistema

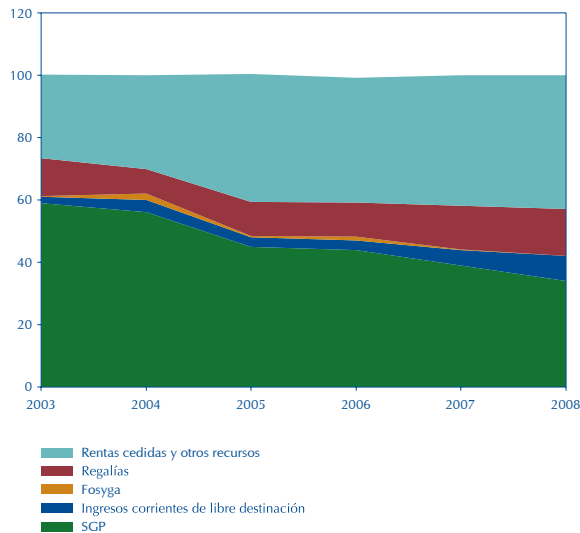
General de Participaciones (SGP), destinadas al pago de los servicios de oferta a cargo de los departamentos, han venido cayendo, mientras que sus responsabilidades han ido en aumento (Gráfico 1). El Gráfico 2 muestra como los gastos departamentales en salud han tenido que ser financiados cada vez en mayor medida con recursos propios, necesariamente desplazando la atención de otros frentes y poniendo en riesgo su sostenibilidad fiscal. También es importante anotar que el pago de los servicios no POS se le asignó a los departamentos simplemente por el hecho que la ley les asigna la responsabilidad de atender lo no cubierto por subsidios a la demanda, y los servicios no POS se asemejan a este concepto.

Gráfico 1
RECURSOS DEL SGP DE OFERTA Y RECUBROS DEL RC Y RS (millones de pesos constantes)



Fuente: MPS, NDP.

Gráfico 2
PORCENTAJE DE LOS GASTOS DEPARTAMENTALES EN SALUD SEGÚN FUENTE DE FINANCIACIÓN



Fuente: DNP y ACEMI.

La declaratoria de emergencia resulta adecuada frente a estos dos problemas puesto que las soluciones no se pueden posponer en razón al riesgo inminente de colapso financiero del sistema, que conllevaría a una interrupción o a fallas graves en la prestación del servicio que pueden afectar, finalmente, el derecho a la vida de los pacientes. La lentitud y complejidad de la toma de decisiones en el Congreso podría haber impedido la solución oportuna del problema, ante su urgencia manifiesta.

En cuanto a las medidas, hay unas orientadas a arbitrar recursos adicionales y otras a racionalizar el gasto y destrabar recursos del sistema para mejorar su liquidez y controlar el crecimiento de los gastos no POS. Permitir que los gastos no POS continúen aumentando más allá de las capacidades de financiación pondría en peligro la atención básica de la población asegurada³.

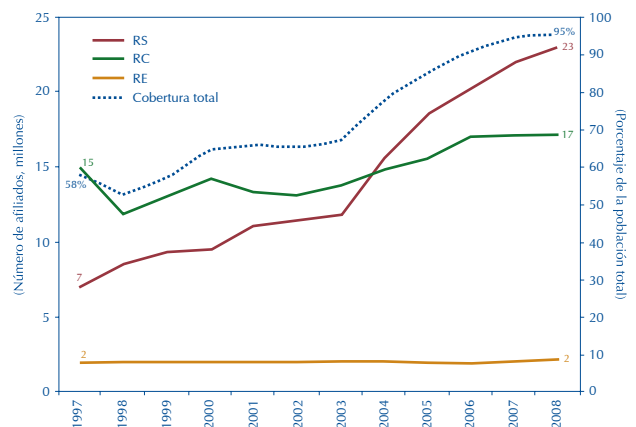
Debe advertirse que si se considera inexecutable la declaratoria del Estado de emergencia, el Gobierno deberá

³ Marcela Prieto estuvo de acuerdo con la declaratoria de Emergencia para arbitrar nuevos recursos, pero no para adoptar medidas orientadas a controlar los gastos no POS.

buscar recursos nuevos a través del Congreso, como también formulas para controlar la dinámica del crecimiento desmesurado de las prestaciones no contempladas en el Plan Obligatorio de Salud, que de no modificarse llevará a que la situación de crisis se replique en poco tiempo.

Aparte de estos problemas emergentes, el sistema que se estableció con la Ley 100 de 1993 no resulta financieramente viable. Al pretender que todos los colombianos lleguen a tener un mismo seguro de salud con sólo los empleados formales contribuyendo por todos, se grava el empleo formal y se subsidia la informalidad. Este hecho contribuye, en conjunto con los parafiscales y un salario mínimo alto como proporción del salario medio, a mantener un nivel muy alto de informalidad y desempleo y, por tanto, a una base cada vez más estrecha de contribuyentes (ver Gráfico 3). Este problema financiero estructural del sistema no fue y no debía ser resuelto por los decretos de emergencia, dado que su solución requiere de aprobación por parte del Congreso. Fedesarrollo ha propuesto una reforma estructural del sistema de salud, que permitiría resolver este problema⁴. Esta reforma es uno de los retos más importantes que habrá de afrontar el próximo gobierno.

Gráfico 3
AFILIACIÓN AL SGSSS



Fuente: elaboración con base en DNP y ACEMI.

³ Santa María (2009).

2. Definición y actualización del POS y el modelo de aseguramiento

Como lo prevé la Ley 100 y lo ha señalado la Corte⁵, es necesaria una actualización periódica del POS, respondiendo a las características epidemiológicas cambiantes de la población. Esta tarea debe empezar, y así lo ha señalado Fedesarrollo en diversas oportunidades, por definir un POS lo más rápido posible, que cumpla las características que se acaban de mencionar, como pre-requisito indispensable para el funcionamiento adecuado del esquema de aseguramiento propuesto por la Ley 100. La inexistencia de un POS actualizado y el activismo judicial obligando al seguro a pagar prestaciones no previstas en el POS han llevado a una situación en la que el contrato de aseguramiento no es transparente ni exigible, ni para las empresas aseguradoras ni para los usuarios, característica indispensable de un mercado de aseguramiento que funcione de manera apropiada.

Se ha argumentado que la falta de actualización del POS condujo a las sentencias judiciales obligando a la prestación de servicios o al suministro de medicamentos que están fuera del mismo, y que por tanto no son la negación del modelo de aseguramiento que configuró la Ley 100, sino la respuesta frente a la omisión por parte del Ministerio de Protección Social y del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud en su actualización. No obstante, el crecimiento desmesurado de los pagos no POS indica que el activismo judicial ha desbordado por mucho cualquier omisión gubernamental al respecto. No existe ninguna otra explicación plausible para ese fenómeno.

Tampoco hay duda de que el Gobierno y el Congreso pecaron por omisión en la expedición de una Ley Estatutaria que le pusiera límites efectivos al aseguramiento en salud. Sin embargo, la Corte ha emitido sentencias contradictorias; al tiempo que consideró exequible la Ley 100 de 1993 que plantea un sistema de aseguramiento, ha definido el derecho a la salud como un derecho fun-

damental autónomo, cuya conexidad con el derecho a la vida no es necesaria según la jurisprudencia de la corte resumida en la sentencia T-760 de 2008⁶. Esta sentencia deja abierta la puerta para que cualquier definición que se haga del POS sea susceptible a vulneraciones mediante acciones de tutela, contrario a la sostenibilidad financiera, y a los principios rectores, de un sistema de aseguramiento, sin importar si este es público o privado.

La finitud de los recursos del Estado (es decir, del contribuyente) debe ser un principio rector de la estructuración de cualquier sistema de salud, y por ello resulta necesario delimitar el plan de beneficios del POS. Debe haber un reconocimiento explícito de la mencionada finitud a través de la definición urgente del plan de beneficios y su posterior actualización periódica y de la limitación precisa del derecho exigible de salud a través de una Ley Estatutaria⁷.

El sistema de salud hace parte de una restricción presupuestal más amplia del Gobierno que implica que la transferencia de recursos adicionales al sistema de salud debe hacerse a costa de otros gastos, o de mayores ingresos. Por lo tanto, resulta crucial hacer claridad sobre el nivel al cual se unificarán los planes de beneficios y de donde provendrán los recursos. El IVA adicional que se recaudará

⁶ La sentencia T-859 de 2003, reiterada entre otras en las sentencias T-060 de 2007 y T-148 de 2007 la jurisprudencia ya había aplicado la tesis de la naturaleza fundamental autónoma del derecho a la salud.

⁷ En la Sentencia T-760 la corte sostiene “el derecho a la salud es un derecho fundamental, ‘de manera autónoma’, cuando se puede concretar en una garantía subjetiva derivada de las normas que rigen el derecho a la salud (...)”, no obstante es limitable como se enuncia en la misma sentencia “Como el derecho fundamental a la salud es limitable y, por lo tanto, el plan de beneficios no tiene que ser infinito sino que puede circunscribirse a cubrir las necesidades y a las prioridades de salud determinadas por los órganos competentes para asignar de manera eficiente los recursos escasos disponibles”. La sentencia C-756 de 2008 afirma que “Los elementos estructurales esenciales del derecho fundamental deben regularse mediante ley estatutaria”, pero la sentencia T-760 vulnera al plan de beneficios y contradice el aseguramiento que considera limitable más arriba cuando en referencia a los niños afirma que “ (...) El ámbito de protección, por tanto, no está delimitado por el plan obligatorio de salud. Puede existir un servicio de salud no incluido en el plan, que se requiera con necesidad y comprometa en forma grave la vida dignidad de la persona o su integridad personal”.

⁵ Sentencia C-130 de 2002.

de la cerveza y de los juegos de azar como resultado de los decretos de emergencia es a todas luces insuficiente para igualar “por lo alto” el POS como ha ofrecido el Gobierno, que ha dicho que se financiará el mayor costo que esta decisión implica mediante ganancias de eficiencia que podrían no conseguirse oportunamente. Además, preocupa la responsabilidad de la CRES en la actualización del POS, en virtud a su limitada capacidad institucional.

Resulta indispensable poder negar procedimientos o tratamientos que estén por fuera del contrato de aseguramiento, o crear mecanismos para racionalizar el uso de recursos en estos casos, como ocurre, por ejemplo, en algunos países de Europa, Australia e Israel. En estos países se permiten estas prestaciones siempre y cuando los pacientes aporten copagos (con subsidios para los grupos de menores ingresos) y se controlen los costos a través del manejo exclusivo de las enfermedades de alto costo a través de centros de excelencia en salud⁸.

3. ¿Van los decretos de Emergencia Social por el camino correcto?

Dentro de este contexto, Fedesarrollo comparte de manera general los lineamientos de la reforma y su espíritu, ya que se establecen por primera vez mecanismos explícitos y límites reales a la prestación del servicio de salud, a través del régimen de prestaciones excepcionales y la definición, en un plazo máximo de 6 meses, de un POS que consulte los perfiles epidemiológicos y características importantes de la población.

Sin embargo, el Comité de prestaciones excepcionales, que se crea como un mecanismo para la racionalización de las prestaciones no POS parece no ser la medida adecuada, ya que puede generar más burocracia y los retrasos en la implementación pueden generar consecuencias nefastas en la prestación del servicio de salud. En esta misma línea, los mecanismos de que dispondrá al Comité para determinar la capacidad de pago del solicitante de tratamientos excepcionales no parecen claros ni via-

bles. Nos preguntamos por qué no se utilizan para este propósito herramientas existentes, tales como el SISBEN. La forma prevista para asignar los recursos del FONPRES tampoco parece adecuada, ya que la priorización estará determinada por el momento en el que se demanden los servicios y no por su urgencia.

Por otro lado, pensamos que las medidas tributarias generarán más recursos para aliviar la situación financiera del sector y que van, en general, en la dirección correcta, si bien hubiesen podido tener un mejor diseño. Así por ejemplo, era conveniente unificar el impuesto específico a los cigarrillos, ya que el daño a la salud no depende del costo del producto. Sin embargo, resulta incomprensible, dada la necesidad de arbitrar más recursos, que se reduzcan los gravámenes a los cigarrillos importados en lugar de unificarlos a la tasa más alta, así ello ocurriera de forma gradual⁹.

La reforma ideal en cuanto a las bebidas alcohólicas habría sido la de una tarifa de \$250 por grado alcohólico, incluyendo la cerveza, y un IVA del 16% para todos los licores. El Gobierno en la emergencia social impuso el IVA de 16% a la cerveza para el 2011, pero la mantuvo con un régimen diferente al resto de las bebidas alcohólicas. Someter los juegos de azar al IVA del 16% y hacer más estrictos los controles sobre ellos va también en la dirección correcta.

De otra parte, el supuesto monopolio rentístico de los licores y juegos de azar a nivel departamental es un reducto de la colonia que en la Constituyente del 91 no logró eliminar en razón al fuerte cabildeo de los departamentos. Salvo algunas excepciones, ni las loterías ni las licorerías departamentales constituyen en la práctica arbitrios rentísticos, ya que en el agregado generan pérdidas¹⁰. Eliminar estos monopolios, que generan pérdidas, e integrar las loterías departamentales en una con cubri-

⁸ National Institute for Health and Clinical Excellence (NICE).

⁹ Como lo había recomendado la Misión de Fortalecimiento Departamental el año pasado (Informe Final, Antonio Hernández, María Teresa Forero de Saade y Guillermo Perry).

¹⁰ Véase Misión de Fortalecimiento de los Departamentos.

miento nacional, constituye otra reforma estructural que queda pendiente y que no se podía abocar por decretos de Emergencia.

Las modificaciones tributarias contenidas en la emergencia social aportarán recursos adicionales al sector salud por \$514.000 millones. No obstante, de haberse adoptado todas las propuestas de la Misión de Fortalecimiento de los Departamentos (que proponía gravar también las bebidas azucaradas y gaseosas, dado que el consumo de estos productos genera cargas adicionales al sistema de salud), los recaudos adicionales habrían sido tres veces más importantes (alrededor de \$1'562.675 millones.).

De otra parte, la regulación de la contratación por capitación propuesta en los decretos de emergencia social disminuirá el riesgo de las IPS, ya que a través de este sistema las EPS les están transfiriendo su obligación de manejar los riesgos. En adición, la obligación de revisar las competencias de los entes territoriales permitirá poner de presente la inconveniencia de que la administración del Régimen Subsidiado recaiga en los municipios. En efecto, el hecho que hoy esas entidades administren el régimen subsidiado parece estar generando problemas de, al menos, dos tipos. Primero, no se aprovechan las economías de escala que, sin duda, abaratarían el costo del seguro y, segundo, la falta de seguimiento y lo complicado del tránsito de los recursos ha propiciado la

corrupción. Poder evaluar cual nivel de gobierno es el más apropiado para cumplir esta función será, sin duda, un beneficio de la reforma. En cuanto a las responsabilidades de los médicos como ordenadores de gasto, hay una clara divergencia entre la opinión del Gobierno, quien los reconoce como tales, y la opinión del gremio médico, que en gran medida compartimos, en el sentido de que hay una confusión entre autonomía y autorregulación en el Decreto 131. Para los médicos, ellos no son agentes económicos ni financieros, ni generadores de gastos; por consiguiente, el Gobierno no les debe traspasar la responsabilidad de contener los costos del sistema. Los médicos deben cumplir éticamente con su profesión y hacer uso autónomo y responsable de su conocimiento y es función del Gobierno controlar, regular los costos y delimitar los servicios.

4. Síntesis

En resumen, encontramos justificada la declaratoria de emergencia social y la orientación general de las medidas adoptadas, si bien algunas dejan mucho que desear en su diseño específico. El Congreso y el próximo Gobierno le harían un gran servicio al país si se abocaran a corregir lo que quedó mal en estos decretos y a solucionar los problemas estructurales del sistema de salud que quedan pendientes y que no podían ser resueltos mediante el instrumento jurídico de la emergencia social.