

Bogotá, 16 de febrero de 2009

**Honorables Magistrados
Corte Constitucional
Magistrado Ponente Jorge Iván Palácio Palacio
E. S. D.**

Ref: Intervención ciudadana en el proceso RE-152

Norma revisada: Decreto 4975 de 2009 *“por el cual se declara el Estado de Emergencia Social”*.

Honorables Magistrados:

Nosotros, Rodrigo Uprimny Yepes, identificado con cédula de ciudadanía No. 79.146.539 de Usaquén; Miguel Emilio La Rota, identificado con cédula de ciudadanía No. 79.782.713 de Bogotá; y Luz María Sánchez Duque, identificada con la cédula de ciudadanía identificada con C.C. No. 30.233.501 de Manizales, miembros del Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad DeJuSticia y obrando en calidad de ciudadanos colombianos respetuosamente nos permitimos intervenir en el proceso de constitucionalidad de la referencia.

Resumen de los argumentos

El Centro de Estudios de Derecho Justicia y Sociedad DeJuSticia no analiza si el Decreto 4975 de 2009 ha de ser declarado inexecutable en su totalidad. Del material probatorio revisado, considera que no es enteramente descartable que el Sistema General de Seguridad Social en Salud SGSSS presente problemas financieros graves y urgentes que de no ser confrontados inmediatamente puedan atentar contra un aceptable funcionamiento del sistema de salud.

DeJuSticia se atiene a lo que decida la Corte Constitucional al evaluar si el Gobierno cumplió con la carga argumentativa de probar que los problemas financieros actuales son de tal magnitud y características que resulten en un riesgo inminente de incumplir los pagos necesarios para el funcionamiento del sistema.

Ahora bien, de ninguna manera este escrito constituye un aval de DeJuSticia a la constitucionalidad total de la declaración de la emergencia social. Más bien, DeJuSticia ha considerado más pertinente concentrarse en aquellos asuntos incluidos en el Decreto 4975 que de manera evidente son de tipo estructural, y que pueden y deben ser debatidos a través de los instrumentos democráticos ordinarios, así la Corte considere que la grave urgencia financiera de corto plazo está suficientemente probada.¹

Es necesario diferenciar entre aquellas medidas tendientes a solucionar los problemas financieros de corto plazo y confrontar los problemas estructurales del sistema. Mientras que una crisis financiera inminente y grave puede llevar a que lo primero sea necesario realizarlo por medio de mecanismos excepcionales, ello no es así para lo segundo. Los problemas estructurales, así hayan contribuido a la desfinanciación del sistema, sólo pueden confrontarse mediante por medio de la discusión democrática de las medidas a tomar, en el seno del Congreso de la República. A su vez, la crisis financiera puede ser controlada a corto plazo a través de paliativos que no atañen la estructura a largo plazo del sistema.

Por ello, DeJuSticia solicita a la Corte declarar inexecutable todos aquellos motivos y considerandos contenidos en el Decreto 4975 de 2009 que constituyen un sustento inconstitucional de la emergencia, al pretender realizar una reforma estructural al SGSSS por medio de una vía excepcional sin estar relacionados con las aparentes dificultades financieras inmediatas del Sistema.

En esta breve intervención (i) resumimos la jurisprudencia de la Corte Constitucional respecto de la posibilidad de declarar parcialmente inexecutable los decretos declarativos de emergencias, (ii) hacemos una corta alusión a la ilegitimidad de reformar estructuralmente el sistema de salud por medio de mecanismos de emergencia, (iii) analizamos el caso concreto con el fin de discernir qué argumentos del decreto declarativo son inexecutables y sugerimos las expresiones del Decreto 4975 de 2009 que habrían de ser declaradas inexecutables en caso de que la Corte encuentre probadas las inminentes necesidades financieras del SGSSS.

¹ Sin embargo, existe evidencia informal sobre la ausencia de inminencia y gravedad de los problemas financieros que sufre el sistema. (i) el Presidente anunció el 19 de noviembre que iba a declarar la emergencia, pero sólo la decretó más de un mes después. (ii) El Ministro de la Protección Social afirmó ante los medios de comunicación que el gobierno tiene un plan B en caso de que la Corte declare inexecutable los decretos de emergencia social, consistente en la presentación de un proyecto de ley con mensaje de urgencia. Además, de estas pruebas informales, constatamos que el mismo decreto sugiere que la crisis de corto plazo puede ser manejada a través de los mecanismos ordinarios. En efecto, el Gobierno señala que “[...] *con el ánimo de ayudar a enfrentar esta situación, el Gobierno Nacional y el Congreso de la República acordaron incorporar en el presupuesto del año 2010 cerca de \$300.000 millones y para el año 2009, se desplazaron \$53.000 millones. Estos recursos, de acuerdo con lo expresado por los Gobernadores, ayudan a aliviar la situación en el corto plazo, pero no son suficientes para resolver la situación;*” (subraya fuera de texto). De acuerdo con el mismo texto del Gobierno, la crisis que no puede ser lidiada con mecanismos ordinarios es la correspondiente a la regulación estructural del sistema. Este es un contrasentido evidente.

1. La jurisprudencia de la Corte Constitucional ha decidido en diversas ocasiones declarar inexecutable apartes y motivaciones de decretos declarativos de emergencia.

En virtud del control material y formal que le corresponde realizar a la Corte sobre los decretos que declaran el estado de excepción en cualquiera de sus tres modalidades, el examen de la parte motiva es un presupuesto ineludible para determinar la exequibilidad de tales decretos, en tanto es ahí en donde se expone la evidencia fáctica que constituye el fundamento jurídico de la declaratoria del estado de excepción. En este sentido, es preciso que la Corte no sólo efectúe un análisis global de la parte motiva en aras de determinar si se advierten en ella los presupuestos constitucionales que justifiquen la declaración del estado de excepción, sino que es necesario que efectúe un análisis independiente de cada uno de los considerandos del decreto con el objeto de establecer cuáles de ellos constituyen fundamentos jurídicos válidos y, si es del caso, declarar la inexecutableidad de aquellos que no lo sean. Así lo hizo la Corte en la sentencia C-027 de 1996 en la cual, pese a que resolvió que la declaratoria de estado de conmoción interior efectuada mediante el Decreto Legislativo No. 1900 de 1995, tras el magnicidio de Álvaro Gómez Hurtado, era executable, hizo una salvedad en relación con uno de los considerandos del Decreto por no encontrarlo ajustado a la Constitución. Dijo la Corte al respecto:

“[...] no son de recibo [...] los hechos consignados en el segundo aparte de los considerandos justificativos del decreto materia de revisión, según el cual ‘con posterioridad al 16 de agosto de 1995, se han producido hechos de violencia en diferentes regiones del país, atribuidos a organizaciones criminales y terroristas, que perturban en forma grave y ostensible el orden público’, cuyas pruebas se encuentran aportadas al proceso, ya que ellos son constitutivos de las mismas situaciones que vienen ocurriendo desde hace años, y por tanto no tienen el carácter de coyunturales, transitorios ni excepcionales que deban y puedan ser conjurados mediante medidas de excepción [...]. En consecuencia, desde esta perspectiva, las razones esgrimidas por el Gobierno Nacional en el considerando mencionado, no sirven de fundamento jurídico para una declaratoria de executableidad por [...] contrariar los preceptos consignados en las normas superiores y en especial en el artículo 213 de la Constitución Política, que exige la presencia de hechos [...] transitorios y de contenido excepcional.”²

Igualmente, en la sentencia C-802 de 2002 que evaluó la constitucionalidad del Decreto Legislativo 1837 de 2002 por el cual el Presidente Álvaro Uribe Vélez declaró el estado de conmoción interior recién posesionado, la Corte resolvió declarar la executableidad del artículo 1º *“en los términos expuestos en el considerando final de este pronunciamiento”*³. En dicho considerando la Corte determinó la exclusión de ciertas consideraciones efectuadas en la parte motiva del decreto en cuestión, al estimar que no podían ser aducidas como fundamento de la declaratoria de la conmoción interior. Así, señaló que el Decreto contenía una afirmación que no fue probada por el gobierno y concluyó: *“Ante tal situación, como se trata de un hecho que*

2 Corte Constitucional, sentencia C-027 de 1996

3 Corte Constitucional, sentencia C-802 de 2002

no ha sido probado, la Corte lo excluye como causa de perturbación del orden público”. Señaló además que los considerandos 2º y 6º del Decreto contenían “afirmaciones de contenido retórico o político que por no orientarse al cumplimiento de los presupuestos materiales de la declaratoria de conmoción interior, no habilitan al gobierno para legislar”⁴. De este modo la Corte, pese a declarar la exequibilidad de la declaratoria de conmoción interior, especificó cuáles de los considerandos no podían ser tenidos en cuenta como fundamento jurídico de los poderes excepcionales de los cuales fue investido el Presidente en virtud de tal declaratoria.

Según la jurisprudencia constitucional, el control de cada uno de los fundamentos de la declaratoria de emergencia reviste particular importancia para las medidas que se adopten durante el estado de excepción, pues estas sólo podrán estar fundamentadas en los considerandos del decreto de declaratoria que fueron admitidos por la Corte. En este sentido, aquellas medidas que se adopten con base en considerandos que fueron excluidos por la Corte, resultan inconstitucionales.

2. El estado de emergencia y el sistema de seguridad social en salud

Como bien lo sabe la Corte, los estados de excepción permiten que los gobiernos tomen medidas temporales para enfrentar crisis gravísimas e inminentes para los cuales las democracias admiten un incremento transitorio del poder del presidente y una limitación fugaz de las libertades.

Es ya de común conocimiento que la Constitución de 1991, en especial gracias a la labor de la Corte Constitucional, controló el uso de los estados de excepción. Ello como respuesta a la tradición impuesta durante el régimen constitucional anterior, de acuerdo a la cual los gobiernos recurrían a los poderes de excepción por motivos menores, y de esa manera legislaban en forma permanente sobre todos los asuntos. Por ejemplo, en mayo de 1965 el gobierno declaró el estado de sitio para reprimir una protesta estudiantil en Medellín. La manifestación fue controlada rápidamente pero el estado de sitio se mantuvo por tres años más.

El impacto de la jurisprudencia constitucional posterior a 1991 ha sido notable y positivo, pues el tiempo que los colombianos vivimos en anormalidad jurídica, que era de más de 80% entre 1970 y 1991, bajó a menos del 18% desde 1991.⁵

⁴ Subrayas fuera de texto.

⁵ Ver García Villegas Mauricio y Uprimny Rodrigo, “El control judicial de los estados de excepción en Colombia”, en Uprimny Rodrigo, Rodríguez César y García Villegas Mauricio *¿Justicia para todos? Sistema judicial derechos sociales y democracia en Colombia*. Bogotá: Editorial Norma. 2006. Es importante tener en cuenta que estas proporciones no incluyen los años posteriores a 2006.

En vista del carácter excepcional del mencionado recurso, la Corte ha establecido que el Gobierno no debe usarlo para eludir la discusión democrática y tomar medidas que corresponden realmente al Congreso. La Corte ha evitado así la costumbre de que los gobiernos legislaran por decreto y sin debate democrático.

Los puntos esenciales del análisis sobre la validez constitucional de un estado de excepción son tres. En la sentencia C-135 de 2009 la Corte sintetizó la jurisprudencia acerca del control de los decretos declaratorios del estado de emergencia económica, social y ecológica. En lo que respecta al control material, recordó que corresponde a la Corte determinar si se satisfacen los presupuestos para la declaratoria que son, a saber, *“(1) el supuesto fáctico que da lugar a la declaratoria, el cual debe consistir en hechos sobrevinientes que perturben o amenacen con perturbar el orden económico, social o ecológico o que constituyan grave calamidad pública; (2) el supuesto valorativo en cuanto la perturbación o la amenaza de perturbación al orden económico, social o ecológico ha de ser grave e inminente o debe tratarse de una grave calamidad pública y, finalmente, (3) un juicio sobre la suficiencia de los medios en cuanto que la grave perturbación del orden económico, social o ecológico o la grave calamidad pública que origina la declaratoria no pueda ser conjurada mediante el uso de las atribuciones ordinarias de las autoridades estatales”*.

En relación con el primer requisito ha señalado que un hecho puede ser calificado como sobreviniente en tanto sea un hecho anormal y excepcional, y no simplemente la expresión de un problema estructural. En cuanto al supuesto valorativo, corresponde a la Corte realizar *“un juicio objetivo de ponderación con el objeto de determinar si la valoración realizada por el Presidente de la República de la gravedad de los hechos es o no arbitraria y si en ella incurrió o no en un error manifiesto de apreciación”*.

Finalmente, el último presupuesto se circunscribe *“a establecer si dentro de la normalidad, existe un marco de competencias y de poderes ordinarios suficientes con vistas a prevenir o corregir las distorsiones, daños y efectos negativos que provengan de hechos extraordinarios”* (Sentencia C-122 de 1997).

Ahora bien, resulta contrario a estos presupuestos pretender reformar estructuralmente el sistema de salud por medio de medidas de excepción. Las políticas dirigidas a la protección del derecho a la salud son complejas y controversiales. Su definición depende en muchas ocasiones de una complicada asignación de recursos escasos dirigidos a la provisión de ciertos servicios, y en contrapartida, a la inevitable exclusión de otros. Así, el diseño de dicho sistema necesita de un juicioso y sosegado debate democrático que ha de ser realizado de forma abierta y transparente en el seno del Congreso de la República. Las dificultades éticas, constitucionales y políticas que necesariamente hacen parte de la configuración de un sistema de salud deben ser razonadas públicamente, y han de poder ser evaluadas y criticadas por las distintas fuerzas políticas que representan a la población.

Como se observa en el apartado siguiente, al aplicar estos criterios a la reciente emergencia decretada por el Gobierno, la conclusión es que al menos una parte de dicha medida es inconstitucional.

3. La inexecutable de los argumentos relacionados con la estructura del SGSSS

Aunque puede ser cierto que el sistema de salud enfrente una grave situación financiera, no existen razones por las que sus problemas estructurales no pueden ser manejados con medidas legislativas ordinarias. Estas causas no son hechos sobrevinientes que necesiten ser confrontados a través de medidas de emergencia, como sí lo pueden ser los problemas financieros y de caja que de manera inminente comprometen el funcionamiento del sistema a corto plazo.

Es importante diferenciar dos tipos de justificaciones que han sido enunciadas en la motivaciones del Decreto 4975 de 2009. De una parte, la tesis esencial con la cual el Gobierno intenta justificar la emergencia es que en este momento existe una falla en el flujo de recursos lo que originaría el cierre de hospitales públicos, la quiebra de Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud y Entidades Promotoras de Salud, la inviabilidad financiera de entidades territoriales, y la cesación de pagos al talento humano en salud y demás proveedores del SGSSS, así como la consecuente parálisis de la prestación de los servicios de salud. En caso de probarse la inminencia y gravedad de estos problemas en el flujo de recursos, la declaratoria de emergencia sería consistente con las limitaciones constitucionales.

El segundo tipo de justificaciones es el que se dirige a describir los problemas del SGSSS que son de tipo estructural y que la declaratoria de emergencia también pretende confrontar. Estas justificaciones incluyen referencias a la demanda o la oferta de servicios y medicamentos, aquello que está o no incluido en los POS, los mecanismos de control, vigilancia y prevención del sistema, los cálculos económicos para el equilibrio económico a largo plazo del SGSSS, los instrumentos de recobro, los incentivos y estímulos provocados por la regulación actual, los aportes de las entidades territoriales, los trámites para el reconocimiento y el destino de los recursos, y los niveles de cobertura, la equidad y calidad del servicio.

Es posible que consideraciones relativas a la estructura y funcionamiento del sistema (segundo tipo) sean relevantes para explicar algunas de las causas por las que se configuró, con el paso del tiempo, la crisis financiera del sistema (primer tipo). Pero ellas, en tanto elementos estructurales del sistema, no forman parte de la emergencia misma; no es necesaria su modificación para paliar las dificultades financieras a corto plazo.

En otras palabras, a la cimentación de la presunta emergencia pueden haber contribuido un sinnúmero de factores que hacen parte de la configuración de los programas, proyectos e instrumentos del sistema de salud. Sin que ello quiera decir que para confrontar la

emergencia se necesite confrontar todos estos factores y por ende modificar la estructura del sistema.

Para una mayor ilustración es pertinente dividir las medidas para hacer frente a la crisis en dos momentos: en el primero, se ha de lidiar con la presunta emergencia, creando una estrategia financiera para paliar las necesidades de caja de los diferentes actores del sistema, y de esta forma evitar su quiebra y garantizar su funcionamiento normal a corto plazo. Esto puede lograrse, por ejemplo, con la inyección temporal de recursos al SGSSS, o con el desbloqueo temporal de algunos de los canales por medio de los cuales se realizan los pagos del sistema.

En un segundo momento, es necesario hacer frente a los problemas estructurales del SGSSS que generan los desequilibrios financieros a largo plazo e impiden la provisión de un servicio de salud eficiente, equitativo y prudente desde el punto de vista económico. Luego de adoptar medidas para conjurar la crisis, es posible modificar lo estructural del sistema por medio de los mecanismos ordinarios previstos en la Constitución y la Ley.

En nuestro entender, el Decreto 4975 de 2009 confunde los dos momentos descritos anteriormente. No se limita a confrontar una crisis financiera, sino que pretende reestructurar el contenido del sistema y redefinir el alcance del derecho a la salud. Puede que a través de medidas de emergencia se haya de hacer lo primero; pero no existen razones por las que también sea necesario realizar lo segundo. Los paliativos puntuales para evitar el quiebre no implican reformas a nivel básico, cuyo trámite y debate corresponde al Congreso de la República (y en algunos asuntos como el contenido del derecho a la salud, al legislador estatutario).

Un ejemplo de esta confusión se observa en el siguiente párrafo de los considerandos del Decreto 4975:

“Que para conjurar la situación antes descrita así como la extensión de sus efectos se hace urgente adoptar medidas legales, extraordinarias e integrales, en el Sistema General de Seguridad Social en Salud para contrarrestar las causas que generan esta situación de crisis, así como de los factores que lo agudizan;”

Para confrontar la crisis puede ser necesario contar con medidas legales extraordinarias. Pero no es necesario realizar una reforma “integral” o contrarrestar las causas estructurales. Como se dijo anteriormente, estas medidas de nivel básico han de pasar por el debate democrático.

Por lo anterior, en caso de que la Corte encuentre constitucionales las medidas exclusivamente destinadas a evitar el riesgo inminente de quiebra del sistema, solicitamos que declare inexecutable aquellas expresiones de la parte motiva del Decreto que se refieran a la necesidad

de regular la estructura del SGSSS, las cuales deben ser debatidas democráticamente antes de ser adoptadas.

A continuación sugerimos aquellas expresiones de la parte motiva que, en aplicación de los fundamentos anteriores, son inexecutable. Sólo deberían sobrevivir el control constitucional aquellos aspectos del Decreto declarativo relacionados directamente con la inminente y grave crisis en el flujo de caja de los distintos actores del sistema. Se han de excluir, a su vez, todas las referencias a la estructura o la regulación del sistema general en salud, aún si éstas ayudan a explicar las causas de la crisis. Lo relevante es que el Gobierno pruebe la existencia de la crisis, y no que haga una disquisición acerca de sus causas estructurales de ésta, que habrán de ser confrontadas ante el legislador. Lo anterior, en caso de que la Corte encuentre probada la mencionada crisis.

En los párrafos que sigue se tachan todas las expresiones que deberían ser declaradas inexecutable. En corchetes se incluyen las expresiones que es necesario insertar con el fin de dar sentido a las disposiciones.

“Que en los términos del artículo 215 de la Constitución Política, el Presidente de la República con la firma de todos los ministros, en caso de que sobrevengan hechos distintos de los previstos en los artículos 212 y 213 de la Constitución Política, que perturben o amenacen perturbar en forma grave e inminente el orden económico, social y ecológico del país, o que constituyan grave calamidad pública, podrá declarar el estado de emergencia por términos hasta de treinta días, que sumados no pueden exceder de noventa días en el año calendario;

Que los artículos 48 y 49 de la Constitución Política consagran los servicios públicos de la seguridad social y la atención en salud;

Que la jurisprudencia constitucional ha reconocido que la salud es un derecho fundamental autónomo, que requiere por parte del Estado la garantía de su goce efectivo para todos los habitantes del territorio nacional y que es susceptible de limitaciones, con sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, dentro del marco de la dignidad humana, el reconocimiento de las realidades socioeconómicas de las personas y la capacidad financiera del Estado;

Que para garantizar la prestación del servicio de salud, el Legislador creó, entre otros, el Sistema General de Seguridad Social en Salud mediante la Ley 100 de 1993, modificada parcialmente por la Ley 1122 de 2007, el cual se compone de dos regímenes, Contributivo y Subsidiado, mediante los cuales se accede a los beneficios contenidos en los respectivos Planes Obligatorios de Salud que deben ser definidos por la Comisión de Regulación en Salud, CRES;

Que el Sistema debe suministrar, por fuera del aseguramiento obligatorio, medicamentos y servicios no incluidos en los Planes de beneficios, lo cual actualmente es financiado a través del mecanismo de recobro por parte de las Entidades Promotoras de Salud, en el Régimen Contributivo ante el Fondo de Solidaridad y Garantía, FOSYGA, y en el Régimen Subsidiado ante las Entidades Territoriales, sin que el Estado cuente con los mecanismos para identificar adecuadamente situaciones de abuso en la demanda de estos servicios;

Que los servicios no incluidos en el Plan Obligatorio de Salud no estaban previstos en la Ley 100 de 1993 ni fueron incorporados en los cálculos económicos realizados para la aprobación de la misma, sin embargo, la prestación de estos medicamentos y servicios se ha venido generalizando, de manera sobreviniente e inusitada lo cual pone en riesgo el equilibrio del Sistema;

Que el crecimiento abrupto y acelerado de la demanda de servicios y medicamentos no incluidos en los Planes Obligatorios de Salud [se encuentran comprometidos] de manera significativa los recursos destinados al aseguramiento generando un grave deterioro de la liquidez de numerosas Entidades Promotoras de Salud e Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud y de la sostenibilidad del Sistema General de Seguridad Social en Salud y, por ende, amenaza su viabilidad, poniendo en riesgo la continuidad en la prestación del servicio público de salud y el goce efectivo del derecho a la salud y a la vida;

Que en efecto, tanto en el Régimen Contributivo como en el Régimen Subsidiado se ha observado que algunos reguladores y agentes del Sistema de Seguridad Social en Salud incentivan la demanda o la oferta de servicios de salud por fuera de los incluidos en los planes de beneficios, sin consideración a criterios de efectividad, sostenibilidad, costo eficiencia, racionalidad en el uso de los servicios y recursos, como tampoco a la propia capacidad socioeconómica de los pacientes, con el consecuente aumento acelerado en la demanda de servicios y medicamentos no incluidos en los Planes Obligatorios de Salud y el incremento ostensible de los costos del sistema;

Que como prueba de ello se tiene que, en el Régimen Contributivo, el número de recobros presentados al FOSYGA por eventos No POS se incrementó de un número de 835.000 en 2007 que implicaron un valor pagado de \$626 mil millones a precios de 2007 a un número de recobros presentados del orden de 2.000.000 por un valor pagado de \$1.85 billones con corte a 2009. El crecimiento que reflejan estas cifras alcanza un 239% en el caso del número de recobros radicados mientras que el valor presenta un crecimiento del 280%;

Que la situación antes descrita atenta contra la equidad que debe caracterizar al Sistema General de Seguridad Social en Salud. En efecto, en lo corrido del año 2009, 376.000 personas afiliadas al Régimen Contributivo, han obtenido beneficios no incluidos en el Plan Obligatorio de Salud, por un valor aproximado con cargo al FOSYGA de \$1.8 billones, mientras que el aseguramiento para los cerca de 18 millones de afiliados en este

régimen se proyecta que ascienda para el año 2009 a un monto del orden de los 10 billones de pesos;

Que además, recientemente, de acuerdo con la información aportada por Asociación de Laboratorios Farmacéuticos de Investigación y Desarrollo, Afidro, se ha logrado evidenciar por una parte, que para algunos medicamentos el valor del recobro al FOSYGA excede notablemente el precio de venta del laboratorio y, por otra parte, que en algunos casos, el número de medicamentos recobrados es superior al número de unidades oficialmente reportadas como vendidas por los laboratorios;

Que en el Régimen Subsidiado también se evidencia el incremento en la demanda de servicios y medicamentos no incluidos en el Plan Obligatorio de Salud, tal y como lo han reportado los departamentos al Gobierno Nacional, al señalar un incremento significativo del valor estimado del déficit por servicios no incluidos en el Plan Obligatorio de Salud;

Que los Departamentos y el Distrito Capital han informado al Gobierno Nacional sobre un incremento significativo en el número de los medicamentos y servicios no incluidos en el Plan Obligatorio de Salud del Régimen Subsidiado y prevén, o algunos ya padecen, un grave déficit de recursos para la prestación de estos servicios, así como de los servicios de las personas pobres y vulnerables no aseguradas;

Que como prueba de lo anterior, de acuerdo con el reporte de 32 departamentos y 4 Distritos, en el último año, el déficit corriente por prestación de servicios de salud, más que se duplicó frente al año anterior, pasando de \$409.187 millones en 2008 a un valor estimado de \$885,237 millones en 2009, con un crecimiento de 116%; situación que se ha deteriorado en los últimos meses y las estimaciones para el corte del mes de diciembre de 2009, según reporte de los mismos, arroja que el déficit corriente proyectado se incrementará en un 129%;

Que las dificultades expresadas por las entidades territoriales han tenido un efecto directo en las Entidades Promotoras de Salud del Régimen Subsidiado y las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud, públicas y privadas, poniendo en riesgo el acceso a los servicios de salud en el territorio nacional. En efecto, según la información reportada por Gestarsalud, entidad que agremia a las Entidades Promotoras de Salud del Régimen Subsidiado, en marzo de 2009, las cuentas por cobrar de sus entidades asociadas a las entidades territoriales por servicios no incluidos en el Plan Obligatorio de Salud ascendía a \$3.726 millones y en septiembre del mismo año dichas cuentas alcanzaron un monto de \$37.226 millones, lo cual representa un incremento de 899% en los últimos seis meses;

Que, la dinámica y mayor complejidad adquirida por el Sistema General de Seguridad Social en Salud, frente al flujo de recursos también ha evidenciado que los procedimientos y mecanismos para su distribución y giro, establecidos en la ley, resultan insuficientes lo que conlleva a ineficiencias y desvíos, que perjudican a los diferentes agentes del Sistema, y hacen más costosa la financiación del mismo, poniendo aún más

en evidencia la grave situación de iliquidez en las Entidades Promotoras de Salud e Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud, que amenaza al goce efectivo del derecho a la salud de los colombianos;

Que de conformidad con lo expresado por las Entidades Promotoras de Salud y las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud, como consecuencia de todo lo anterior, en los últimos meses, se ha agravado de manera profunda la situación financiera en atención a las limitaciones propias del proceso para el giro de los recursos lo cual amenaza grave e inminentemente la continuidad en la prestación del servicio de salud. Esta situación se corrobora con los resultados del más reciente estudio de la Asociación Colombiana de Hospitales y Clínicas, a junio de 2009, según el cual las cuentas por cobrar de una muestra de 115 instituciones a las entidades territoriales asciende a \$529.000 millones, del cual el 59% tiene un atraso mayor a 90 días;

Que, como evidencia de lo anterior, se observa un incremento ostensible de la cartera hospitalaria en todo el país, tal y como se puso de manifiesto por algunos departamentos durante el Consejo de Ministros ampliado con los Gobernadores llevado a cabo en la ciudad de Manizales el día 19 de noviembre de 2009;

Que, asimismo, según lo manifestado por las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud, el estado de la cartera con las Entidades Promotoras de Salud del Régimen Contributivo ha venido aumentando significativamente como consecuencia de la prestación de los servicios incluidos y no incluidos en los planes de beneficios, reflejándose en un cambio súbito en la tendencia a la disminución que traía dicha cartera en los últimos años. En efecto, según el estudio de la Asociación Colombiana de Hospitales y Clínicas antes mencionado, las cuentas por cobrar alcanzan \$3.57 billones, de los cuales 51.2% corresponde a cartera con más de 90 días de antigüedad. En el Régimen Contributivo el deterioro a junio de 2009 es evidente ya que el porcentaje de cartera con más de 90 días de vencida se incrementa en 15 puntos porcentuales; en el Régimen Subsidiado dicho porcentaje se incrementó en cerca de 8 puntos porcentuales en el mismo periodo;

Que la población del Régimen Subsidiado encuentra en la territorialidad del aseguramiento, una barrera que dificulta el acceso a los servicios de salud;

Que adicionalmente a todo lo anterior, algunos de los recursos disponibles para la financiación del Sistema General de Seguridad Social en Salud, no se han podido incorporar oportunamente al flujo en consideración a que resultan insuficientes los trámites y procedimientos legales previstos para su reconocimiento, y en algunos casos a la inexistencia de mecanismos expeditos para la solución de controversias entre los diferentes actores, agravando el problema de iliquidez de las Entidades Promotoras de Salud e Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud;

Que en el mismo sentido y de acuerdo con los informes de los organismos de control, se

observa, de manera grave, que en algunos casos los recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud y del sector salud se han destinado a fines diferentes a los mismos;

Que los hechos descritos en el presente decreto desbordan la capacidad y los mecanismos preventivos, sancionatorios y de naturaleza jurisdiccional de los que dispone el Sistema de Inspección, Vigilancia y Control del sector salud necesarios para la protección eficaz del goce efectivo del derecho a la salud en todo el territorio nacional, tal como lo ha señalado la Procuraduría General de la Nación en el informe “El Derecho a la Salud”;

Que, finalmente, frente al referido aumento de los gastos, los ingresos del Sistema resultan insuficientes para la atención de la demanda de servicios y medicamentos incluidos y no incluidos en los Planes Obligatorios de Salud, a lo cual se agrega que el Sistema debe, prioritariamente, sostener los niveles de aseguramiento logrados, así como cumplir con la universalización de la cobertura y con el diseño de un plan de beneficios común a ambos regímenes que comprenda las prioridades básicas de salud, según lo ordenado por la Honorable Corte Constitucional;

Que de mantenerse la tendencia observada en el pasado reciente en el crecimiento de la demanda de servicios y medicamentos no incluidos en el Plan Obligatorio de Salud, en el Régimen Contributivo, se estima que en el primer semestre de 2010, los excedentes a los cuales ha tenido que recurrir el FOSYGA para atender dicha demanda, se agotarán;

Que de mantenerse las actuales condiciones, se identifica una elevada probabilidad de que se materialicen algunos de los siguientes riesgos: cierre de hospitales públicos, quiebra de Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud y Entidades Promotoras de Salud, inviabilidad financiera de entidades territoriales, cesación de pagos al talento humano en salud y demás proveedores, así como la consecuente parálisis de la prestación de los servicios de salud, con lo cual se afectaría de manera grave el goce efectivo del derecho a la salud para todos los habitantes del territorio nacional;

Que por ende, el orden social del país se encuentra gravemente amenazado, toda vez que se ha deteriorado de manera rápida e inusitada la sostenibilidad financiera del Sistema General de Seguridad Social en Salud y, por lo tanto, está en riesgo la continuidad en la prestación del servicio público esencial de salud, el goce efectivo del derecho fundamental a la salud y la universalización del aseguramiento, con mayores repercusiones sobre la población pobre y vulnerable;

Que siendo la salud una condición indispensable para la realización del derecho a la vida humana, la parálisis total o parcial en la prestación de los servicios de salud podría llevar a una situación de calamidad y catástrofe social con profundas implicaciones para el bienestar de todos los colombianos;

Que para conjurar la situación antes descrita así como la extensión de sus efectos se hace urgente adoptar medidas legales, extraordinarias e integrales, en el Sistema General de Seguridad Social en Salud para contrarrestar las causas que generan esta situación de crisis, así como de los factores que lo agudizan;

Que si bien la Ley 1122 de 2007 contiene una serie de avances en la organización del Sistema General de Seguridad Social en Salud tanto en la racionalidad de la definición de los planes de beneficios, la financiación, el flujo de recursos, la prestación de los servicios, la protección de los afiliados y la inspección, vigilancia y control, las medidas que se han desarrollado en virtud de la misma, han resultado insuficientes;

Que las medidas de carácter administrativo adoptadas por el Gobierno Nacional y otras autoridades en ejercicio de sus facultades ordinarias, se han revelado insuficientes para conjurar la crisis que atraviesa el sector salud, lo cual amenaza con perturbar grave e inminentemente el orden social;

Que con el ánimo de ayudar a enfrentar esta situación, el Gobierno Nacional y el Congreso de la República acordaron incorporar en el presupuesto del año 2010 cerca de \$300.000 millones y para el año 2009, se desplazaron \$53.000 millones. Estos recursos, de acuerdo con lo expresado por los Gobernadores, ayudan a aliviar la situación en el corto plazo, pero no son suficientes para resolver la situación;

Que para conjurar la situación descrita es indispensable adoptar medidas inmediatas tendientes a regular lo concerniente a la forma de acceso, condiciones, límites, fuentes de financiación y mecanismos para la prestación de servicios de salud y provisión de medicamentos no incluidos en los Planes Obligatorios de Salud de los regímenes Contributivo y Subsidiado del Sistema General de Seguridad Social en Salud;

Que, en medio de las críticas circunstancias descritas, se requiere crear las condiciones institucionales, financieras, fiscales y operativas para la unificación de los Planes Obligatorios de Salud en los regimens Contributivo y Subsidiado, a través de un plan básico, sostenible y progresivo;

Que para garantizar el goce efectivo del derecho a la salud de toda la población, en especial la más pobre y/o vulnerable, se impone adoptar medidas inmediatas tendientes a procurar el acceso oportuno y efectivo a los servicios previstos en los planes de beneficios, las actividades de promoción y prevención, y la universalidad del aseguramiento;

Que se necesita crear instrumentos para lograr que el Sistema tenga mayor equidad y oportunidad en la distribución, asignación y flujo de los recursos tanto en el Régimen Contributivo como en el Subsidiado, así como más transparencia y eficiencia en la gestión de los mismos, de tal manera que se eviten o corrijan las fallas, demoras y

desviaciones injustificadas en el uso de los recursos, además de crear unas reglas de priorización de destinación de los mismos y asegurar que su objetivo sea preservado hasta su utilización final;

Que es necesario adoptar medidas excepcionales para reasignar, redistribuir y racionalizar los recursos y las fuentes de financiación del Sistema o del sector salud, fortalecer los mecanismos de control a la evasión y elusión de las obligaciones parafiscales y demás rentas que financian el sector y crear nuevas fuentes, con el fin de evitar su inminente desfinanciación y garantizar la continuidad en la prestación de los servicios de salud;

Que, de conformidad con lo anterior, es igualmente necesario optimizar los recursos existentes y generar nuevos recursos originados en la explotación de los monopolios de juegos de suerte y azar y licores, vinos y aperitivos, así como los provenientes de los cigarrillos y tabaco elaborado, las cervezas, sifones y refajos y, los de otras fuentes;

Que es imprescindible establecer un marco regulatorio, así como fortalecer la Comisión de Regulación en Salud, para que las decisiones que inciden en los contenidos de los Planes Obligatorios de Salud, y/o en el equilibrio financiero de los Regímenes Contributivo y Subsidiado, se armonicen con los principios constitucionales que regulan el Sistema;

Que para asegurar que los recursos destinados a la salud estén dirigidos efectivamente a atender las prioridades definidas en el plan de beneficios, es necesario establecer criterios que conduzcan a que los médicos tratantes sigan los parámetros aceptados por la comunidad médica con el fin de que los servicios de salud beneficien a los usuarios dentro de criterios de racionalidad, costo-efectividad y evidencia técnico-científica, dentro de las condiciones medias de calidad y tecnología existentes en el país;

Que se necesita implementar medidas que permitan revisar y racionalizar la actuación de los diversos reguladores y agentes del Sistema, entre otros, de los médicos tratantes, los usuarios con y sin capacidad de pago, los empleadores, las Entidades Promotoras de Salud, las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud, los diversos proveedores de bienes servicios asociados a dicha prestación, en materia de ordenación, acceso, suministro y reconocimiento de servicios y medicamentos incluidos o no en los Planes Obligatorios de Salud, así como establecer medidas preventivas, de recuperación de recursos y punitivas para responsabilizar a quienes incurran en conductas fraudulentas, inseguras o ilegales;

Que es imprescindible adoptar medidas para que los recursos del Sistema que, por múltiples razones, no se han incorporado en su flujo, cumplan su finalidad constitucional, y las necesarias para la solución de las controversias presentadas entre los diferentes actores del Sistema;

Que es necesario adoptar las medidas tendientes a fortalecer los mecanismos de protección efectiva del derecho a la salud de las personas, así como robustecer las actividades de Inspección, Vigilancia y Control en la asignación, flujo, administración y gestión de los recursos del Sistema,”

Con fundamento en los argumentos esgrimidos, solicitamos que los apartes subrayados de los considerandos del Decreto 4975 de 2009 sean declarados inexecutable, de tal forma que el Sistema General de Seguridad Social en Salud no pueda ser reformado estructuralmente por medio de una medida de emergencia. En consecuencia, los decretos que establecen medidas para superar la crisis sólo deben ser aceptados como constitucionales cuando guarden una estrecha conexidad con las expresiones del presente Decreto declaradas executable.

De los señores magistrados, respetuosamente

Rodrigo Uprimny Yepes

C.C. No. 79.146.539 de Usaquén

Director DeJuSticia

Miguel Emilio La Rota

C.C. No. 79.782.713

Investigador Principal DeJuSticia

Luz María Sánchez Duque

C.C. No. 30.233.501 de Manizales

Investigadora Asistente DeJuSticia