SOBRE LOS DECRETOS QUE REFORMAN EL SGSSS BAJO LA DECLARATORIA DE EMERGENCIA SOCIAL

Introducción

Pasaron exactamente 16 años desde la expedición de la Ley 100 de 1993 para que, en la misma fecha (23 de diciembre), fuera declarada la Emergencia Social por quien fuera su ponente en el Congreso y hoy es presidente de Colombia. Durante esos más de tres lustros, la misma ley ha sido sometida a innumerables exámenes por diversos estamentos sociales, estatales y gubernamentales ante las evidencias que demostraban su incapacidad para resolver los problemas de salud del país.

Desde las declaraciones de organizaciones sociales, sindicales, políticas, académicas, médicas y de los demás profesionales de la salud, enunciadas antes de la aprobación del nuevo modelo e inmediatamente después de ser sancionado, y hasta el momento actual, pasando por las conclusiones de la Comisión Accidental del Congreso de la República en 2005, los informes de la Defensoría del Pueblo en 2006 y de la Procuraduría General de la Nación en mayo de 2008, se documentó y advirtió al gobierno y al país sobre la gravedad de la situación y la tragedia que se veía venir, a pesar de la reforma de 2007 hecha al SGSSS mediante la Ley 1164, que no hizo otra cosa que afianzar el modelo. Esta ley, impuesta por la bancada parlamentaria del gobierno, reconoce su fracaso cuando dice que "si bien la Ley 1122 de 2007 contiene una serie de avances en la organización del Sistema General de Seguridad Social en Salud (...), las medidas que se han desarrollado en virtud de la misma han resultado insuficientes", a pesar de que dicha reforma buscaba reordenar el sistema, ampliar la cobertura de aseguramiento, garantizar su financiamiento y sostenibilidad, procurar disciplina en el sector y propiciar el equilibrio en las relaciones contractuales entre los actores del sistema.

En 2008, como conclusión de su informe, la Procuraduría recomendó que se declarara un estado de inconstitucionalidad en materia de salud en Colombia, lo que condujo a la sentencia T-760 de la Corte Constitucional en julio del mismo año. Con ella se obtuvo un importantísimo logro pues, entre otras cosas, declaró a la salud Derecho Fundamental y ordenó su salvaguarda. En 2009 la Contraloría General de la Nación se pronunció reafirmando la existencia de inequidades en el sistema y advirtiendo que las tutelas sólo evidencian un aspecto de su crisis estructural y que no habrá dinero que alcance para financiar la prestación de servicios médicos mientras el SGSSS siga basado en producir lucro al negocio del aseguramiento privado.

Orígenes y trasfondo

La siguiente cita da cuenta del establecimiento de un propósito político trasnacional sobre el diseño de los modelos de salud para América Latina:

"En la década del ochenta, las aplicaciones de la teoría económica empiezan a ejercer una marcada influencia en la concepción de los servicios de salud y en la atención de salud. El análisis económico de los servicios de salud se fue convirtiendo entonces en la base fundamental de la formulación de políticas de salud, dándose así una tendencia a valorar la superioridad de los mecanismos del mercado, lo que conllevaba una redefinición del papel del Estado en su capacidad de intervención. Se

¹ Considerandos del Decreto 4975

optó entonces por sustituir, sobre todo en el área de los servicios públicos o semipúblicos, las normas, instituciones y mecanismos como la planificación, por mecanismos como la competencia, los precios y los incentivos financieros."²

Es por ello necesario hacer una aproximación contemporánea al concepto de salud, partiendo de la Constitución misma de la Organización Mundial de la Salud (OMS) que la define como un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades. Son sus prerrequisitos: la paz, la educación, la vivienda, la alimentación, la renta, un ecosistema estable, la justicia social y la equidad.³

Desde el advenimiento del mundo unipolar se ha promovido como nunca la economía de mercado y ella se ha apoderado de toda actividad social, incluido el sector de la salud con todas sus estructuras, acciones y disciplinas relacionadas, para lo cual se requerían reformas jurídicas que minimizaran la capacidad de intervención del Estado en materia económica y permitieran el establecimiento de mercados en gran escala.⁴

Colombia inició esta actividad con la reforma de Descentralización Administrativa durante el gobierno de Virgilio Barco se discutió el proyecto de descentralización administrativa que fue aprobado mediante acto legislativo #01 del 1 de enero de1986 (descentralización política, fiscal y administrativa del municipio colombiano) del en el gobierno de Belisario Betancur y debutó con la Apertura Económica en el cuatrienio de César Gaviria. La Constitución Política de Colombia de 1991 transformó el carácter intervencionista estatal por el de un Estado regulador⁵.

La salud como derecho

El 12 de septiembre de 1978 la Conferencia Internacional sobre Atención Primaria en Salud, reunida en Alma Ata, estableció en el artículo segundo que la salud "es un derecho humano fundamental". La Constitución Política de Colombia establece en su Título II los derechos, las garantías y los deberes, y en el Capítulo 1 de dicho Título define cada uno de los Derechos Fundamentales de los ciudadanos, pero no contempla entre ellos el DERECHO A LA SALUD. De esta manera la Constitución solamente considera a la salud como un derecho conexo con la vida, que sí es un derecho fundamental, cuando esta se vea amenazada. Esta situación fue aclarada con la Sentencia T-760/2008 de la Corte Constitucional.

Sin embargo, antes de la Sentencia, en Colombia sí existe el derecho fundamental a la salud pero solamente para los niños, plasmado en el Capítulo 2 (De los Derechos sociales, económicos y culturales, artículo 44)⁸.

² Enthoven, A. (1988). Managed competition of alternative delivery systems. *Journal of Health Politics, Policy and Law.* Citado en *Cuentas de Salud en Colombia 1993-2003. El gasto nacional de salud y su financiamiento*. (marzo 2007). Ministerio de la Protección Social. Programa de Apoyo a la Reforma de Salud-PARS, Departamento Nacional de Planeación

³ (sin fecha) acceso el 26 abril 2007, en http://www.who.int/

⁴ Sundaram, J., secretario general adjunto de la ONU para el Desarrollo Económico; Baudot, J., economista especializado en temas de globalización. (9 febrero 2007). Flat World, Big Gaps (Mundo plano, grandes disparidades); ONU

⁵ Constitución Política de Colombia. (1991). Art. 365 (10^a edicion) marzo 1997 Colombia: Panamericana

⁶ Alma A. (1978). Atención Primaria en Salud. Serie Salud para todos. OMS

⁷ Op. Cit.

⁸ Op. Cit.

Como parte del desarrollo jurídico de los artículos 48 y 49 de la Constitución, que sentó las bases sobre las que se construyó el Sistema General de Seguridad Social en Salud (SGSSS), se promulgó la Ley 100 de 1993 que establece el derecho a recibir servicios de salud y la posibilidad de competencia entre el aseguramiento estatal (regulador del sistema) y el privado con ánimo de lucro, mediante el SGSSS. En ese contexto, la ley 100/93 no es otra cosa que el cumplimiento de lo que ordena ese mandato constitucional que, a su vez, abrió las puertas al negocio financiero de la industria y comercio de la enfermedad y el dolor ajeno, mal llamada de la salud, a través del aseguramiento privado con ánimo de lucro. De esta manera se convirtió a la salud en una mercancía que se compra y se vende con oferta de servicios diferenciales según la capacidad de pago de cada quien.

En estos precedentes se encuentran las causas generadoras de contradicciones y tensiones existentes en la prestación de los servicios de salud que, a su vez, confunden el concepto con la prestación de servicios médicos ambulatorios y hospitalarios deformándolo y, con ello, restringiéndolo a una visión medicalizada del mismo.⁹

Por otra parte, en el Artículo 1° de nuestra Constitución Política, Colombia se declara como un **Estado Social de Derecho**, y una de sus responsabilidades es velar por todo lo que afecte el medio ambiente y el entorno de cada individuo y grupo social, puesto que su alteración afecta la salud.

Las causas de la crisis y la perspectiva de un sistema de salud diferente

Estamos, pues, ante la controversia SALUD COMO MERCANCIA VS. SALUD COMO DERECHO FUNDAMENTAL. Cada parte de la ecuación tiene una dinámica diferente por cuanto la primera debe honrar la razón de ser de cualquier mercancía, que no es otra que la acumulación y ampliación del capital, mientras que la segunda debe diseñarse en la perspectiva de garantizar un derecho humano con el cual nace cada persona.

El modelo mercantil se estructura como un sistema en función del fortalecimiento de las finanzas privadas en tanto que, acorde con el carácter de Estado Social de Derecho, el modelo humanista se construye como un sistema en función del bienestar individual y social, así como del avance científico y tecnológico, para garantizar el desarrollo económico de todo el país.

El modelo mercantil es esencialmente asistencialista, pues en lo fundamental estimula a las personas a que demanden venta de servicios de atención médica para tratar enfermedades adquiridas, dejando de lado los demás aspectos de la salud, mientras que el modelo humanista se fundamenta fuerte y firmemente en la promoción de la salud, la atención primaria y la prevención de la enfermedad, para disminuir al máximo su ocurrencia y tener suficientes fondos para sanar a las personas que enfermen.

Puesto que la farmacología y la biotecnología avanzan vertiginosamente, los costos en atención médica tienden a incrementarse de manera casi exponencial mientras los fondos para solventarlos, en el mejor de los casos, aumentan aritméticamente, lo que determina un creciente déficit financiero para tal efecto en un país que tiene la mayoría de su población pobre y con un elevado índice de desempleo. Como contra parte, la inversión en políticas sanitarias integrales que garanticen la salud y la prevención de aparición de enfermedad es

⁹ Gilson, L., Doherty, J., Loewenson, R. & Francis, V. (5 febrero 2007) *Knowledge Network on Health Systems. Final Report*. Commission on The Social Determinants of Health.

económicamente rentable para el desarrollo nacional. Es por eso que el estado de salud y bienestar de un país es el principal indicativo de su desarrollo económico.

Según el informe "Cuentas de la salud en Colombia" en el actual SGSSS los rubros de atención médica representan el 65% y la inversión en salud el 5% del gasto, lo cual supone que el 30% restante corresponde al costo de intermediación de las EPS, cuyo impacto financiero ha sido ampliamente debatido por académicos e investigadores del sector. Al respecto, el profesor Thomas Bossert, de la Universidad de Harvard, asesor del Ministerio de la Protección Social, declaró que la decisión del Gobierno de acabar con la regulación ejercida por los entes estatales al eliminar el ISS y las Cajas de Previsión para entregar los recursos y operación del SGSSS a los operadores privados, resultó muy costoso para el país, pues eliminó la presumible competencia entre los agentes y, en consecuencia, no mejoró la eficiencia sino que disparó los costos, contradiciendo los argumentos que se usaron para aprobar la Ley 100. Otro profesor de Harvard, William Hsiao, conceptúa que las EPS se convirtieron en verdaderos poderes políticos que frenaron los escuálidos intentos regulatorios de las autoridades.

El actual SGSSS, que funciona bajo los principios mercantiles de oferta y demanda, es una fuente pródiga para el establecimiento de negocios oligopólicos a partir de la integración vertical de las EPS mediante diversas empresas creadas por ellas para la venta de servicios médicos (IPS privadas), importación, distribución y venta de insumos y medicamentos, fundación de escuelas de disciplinas de la salud para generar un amplísimo número de profesionales y técnicos que atiendan el sector (o sea, abundante mano de obra barata en el mercado laboral, que garantiza baja remuneración económica a la gran mayoría empleada) y la incursión en el negocio de los deportes. Es decir, que las EPS reciben del Estado el capital financiero -creado con dineros públicos- y lo manejan con criterio privado, con lo cual se apropian de los excedentes del ejercicio y garantizan la acumulación, reproducción y ampliación de ese capital. Tal es la razón por la cual varias de las EPS privadas aparecen anualmente entre las 100 empresas más exitosas y rentables del país y han permanecido mudas en el presente debate.

Haciendo historia y llegando a hoy

Ante las crisis económicas ocurridas en los últimos 20 años, las políticas gubernamentales han privilegiado decididamente al sector financiero nacional y extranjero en el país descargando los costos sobre la población por la vía impositiva fiscal. Recordemos que cuando el sistema bancario amenazó quiebra se creó la norma –supuestamente transitoria- del 1x1000, para quedarse definitivamente luego de ascender paulatinamente hasta el vigente 4x1000.

Hoy, alegando iliquidez financiera del sistema que amenaza colapso, se dictan decretos leyes de dudosa constitucionalidad amparados en la declaración de Emergencia Social, de también sospechosa inconstitucionalidad, mediante los cuales se espera recoger cerca de 1,6 billones de pesos.

Entre tanto, de los 21 billones de pesos destinados a salud, el SGSSS cuenta con recursos suficientes para aliviar la crisis, pues 5 billones están invertidos en TES, lo cual quiere decir que con dineros de la salud el gobierno solventa parte de su deuda

¹⁰ Cuentas de Salud en Colombia 1993-2003. El gasto nacional de salud y su financiamiento. (marzo 2007). Ministerio de la Protección Social. Programa de Apoyo a la Reforma de Salud-PARS, Departamento Nacional de Planeación

pública; bajo la modalidad de inversión en CDT, 1,6 billones se encuentran en la subcuenta de compensación y 4,4 billones en las otras subcuentas del FOSYGA, cuya gran mayoría está en la banca privada mientras la inmensa minoría se encuentra en entidades públicas, lo cual significa que con dineros de la salud se financia al sistema bancario privado. Estos datos se pueden ver en la página web del FOSYGA. En medio de la tormenta no hemos escuchado del gobierno que estos dineros serán tocados, pese a que la Federación Médica Colombiana lo ha propuesto.

La Emergencia Social

Bajo la Emergencia Social declarada mediante el **Decreto 4975/2009**, el presidente Uribe y sus ministros dictaron once decretos para "hacer frente a la crisis en el sector de la salud", para "generar recursos a la salud y agilizar su flujo", para "que el SOAT tenga mayor cobertura" y para "facilitar los procesos de conciliación en los que hay diferencias entre los diferentes actores del sector de la salud".

Una de estas medidas financieras incrementa la prima de cobertura del Seguro Obligatorio de Accidentes de tránsito –SOAT- de 800 a 1.100 salarios mínimos; otra acelera los procesos de conciliación para facilitar acuerdos entre los actores del sector salud y poner a circular los dineros con mas agilidad y una tercera libera los saldos de aportes patronales por 600 mil millones de pesos. Lo que está por verse es si los resultados permitirán cubrir el pasivo existente a la fecha y si serán suficientes para asegurar la viabilidad financiera del sistema. La revisión de los datos muestra que el estimado por recobros al FOSYGA durante el 2009 sobrepasa los 1,5 billones de pesos y que el acumulado de los años 2006 a 2009 sobrepasa los 4,2 billones. Es de anotar que estos cálculos no contemplan importantes gastos de los entes territoriales, que también deben ser cubiertos con los recursos generados por los Decretos de la Emergencia Social, con lo que podemos concluir que los nuevos recursos generados serán insuficientes para garantizar la viabilidad financiera del sistema de salud, a menos que se le hagan cambios estructurales.¹¹

El Decreto 126, trata el tema de regulación de precios de medicamentos en medio de un conjunto de medidas "anticorrupción". Sorprendentemente, uno de sus considerandos dice "...según la información recientemente aportada por la 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 Fondo de Solidaridad y Garantía - 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". El considerando evidencia sesgo y obliga a preguntar:

- ¿Por qué una norma de derecho público como el Decreto 126, cambia la reglamentación vigente basándose en un estudio no divulgado de las multinacionales farmacéuticas, en lugar de hacerlo en evidencias públicas como las expuestas en la Circular 02 de 2009 de la Comisión Nacional de Precios de Medicamentos (CNPM), que demuestra la existencia de medicamentos monopólicos de alto costo que se venden en Colombia al triple del precio que tienen en Brasil, Ecuador y Perú?
- ¿Por qué resulta relevante para este Decreto el desfase reportado por las multinacionales de AFIDRO entre las ventas y los recobros, y no lo son los reportes de los mismos laboratorios publicados en Internet, por el propio SISPRO-SISMED de

¹¹ FMC, Observatorio del Medicamento-Boletín Informática y Salud, Boletín del Consumidor de Medicamentos (BIS-BCM) #32/2009.

MinProtección Social¹², que muestran productos biotecnológicos de alto costo y monopólicos con ventas multimillonarias que coinciden con la explosión de recobros al FOSYGA?

Y, finalmente, una interrogante que toca lo fundamental: si el rubro más importante en la generación de esta crisis son los sobrecostos de recobros al FOSYGA con los medicamentos No-POS ¿Por qué los Decretos de Emergencia Social no controlan a los laboratorios farmacéuticos que venden en Colombia medicamentos con sobreprecios del doble o el triple de su precio internacional en países vecinos y sólo le dan peso a castigar las diferencias entre los precios de los laboratorios y los valores recobrados?

Finalmente, el Decreto 126 establece un proceso sancionatorio abreviado y 15 conductas sancionables, y define el valor, graduación y destino de las multas, con lo cual modifica y adiciona el Código Penal. Por otro lado, al fijar responsabilidades a los integrantes de los Comités Técnico Científicos y de los Comités Técnicos de Prestaciones Excepcionales en Salud, modifica la ley 100/93.

El Decreto 128 contiene mas medidas financieras que profundizan la política de contención de costos mediante barreras de acceso a los servicios, lo que afecta negativamente el derecho fundamental de los pacientes a recibir atención médica. El concepto "Prestaciones Excepcionales en Salud", creado por dicho decreto, es una nueva barrera de acceso, pues realmente significa que si la enfermedad diagnosticada por el médico requiere insumos que no estén contemplados en el nuevo plan de beneficios, dicho diagnóstico será evaluado por un Comité Técnico de Prestaciones Excepcionales en Salud y será esta entidad quien autorice el tratamiento ordenado, el cual tendrá que seguirse bajo los lineamientos que el Comité determine y, si por algún motivo el médico tratante no cumple lo que el Comité Técnico ha impuesto, éste podrá ser sancionado con multas que oscilan entre 5 y 50 salarios mínimos mensuales legales vigentes. Además el tratamiento autorizado deberá ser pagado por el enfermo teniendo que acudir a su bolsillo, ya sea echando mano a sus ahorros, cesantías o préstamos bancarios. Si la persona enferma no posee dinero para pagar el tratamiento, el Comité investigará entre sus familiares y allegados utilizándolos a estos como financiadores del procedimiento médico. Por último si el Comité verifica que ni el paciente ni sus parientes tienen el dinero para continuar con el tratamiento, en ese momento entraría a financiarlo un fondo especial creado para tal efecto, el FONPRES. El trasfondo de todo esto se basa en la presunción de mala fe e ineptitud del médico, pues sus decisiones clínicas van a ser revisadas, extemporalmente, por un ente burocrático administrativo; por otro lado, crea otro paso burocrático que aleja al paciente en el tiempo, de la posibilidad real de recibir un tratamiento oportuno, y, finalmente, abre el paso a otro negocio bancario: el de los préstamos para salud.

La Declaración de Seúl, votada unánimemente por la Asamblea General de la Asociación Médica Mundial, celebrada en Corea en 2008, señala: "...las restricciones irracionales a la independencia clínica impuestas por los gobiernos y administradores no son apropiadas para el interés superior del paciente, porque pueden afectar la confianza, que es elemento esencial en la relación médico-paciente". Es necesario precisar que en la práctica médica, además de la evidencia, se deben tener en cuenta la experiencia, el entorno en que ejerce el médico, los derechos de cada paciente y sus expectativas, así como las de su familia y la comunidad a que pertenecen.

¹² FMC, Observatorio del Medicamento- BIS-BCM#37/2009

¹³ AMM, Declaración de Seúl, 2008

Por su parte, también el Decreto 131, atenta contra la autonomía profesional de los médicos cuando crea la Comisión de Propuesta para la reforma de la Ley 23 de 1981 (que es la ley que garantiza la autorregulación y sanciona las extralimitaciones del ejercicio médico), apartándose de lo dispuesto por la Ley 67 de 1935 en su artículo 10°, la Ley 23 de 1981 en múltiples artículos, la Ley 100 de 1993 en su artículo 171, parágrafo 3 y la Ley 1164 en su artículo 5°, parágrafo 1, pues todas ellas contemplan el papel de la FMC como asesora y consultora del Gobierno Nacional, particularmente en los temas referidos a la Ética Médica, a la conformación y funcionamiento de los Tribunales de Ética y al ejercicio autónomo de la profesión.

Pero no todo queda allí, la autonomía profesional de los médicos y odontólogos es vulnerada nuevamente cuando, como se dijo anteriormente, define sanciones para el profesional médico y odontológico que se aparte de una recomendación incluida en un estándar adoptado (guías de práctica clínica), violentando nuevamente la Declaración de Seúl, y cuando reconoce a la Academia Nacional de Medicina y a la Asociación Colombiana de Sociedades Científicas como únicas representantes de los médicos, y a la Federación Odontológica Colombiana como representante de los Odontólogos, excluyendo a importantes organizaciones, como la FMC ya mencionada, representativas y partícipes del ordenamiento y autorregulación profesional.

En conclusión, tales decretos: 1. no respetan la jerarquía de las normas, pues reforman leyes estatutarias como el Código Penal y la Ley 23/81; 2. reforma la Ley 100/93 al cambiar el Plan Obligatorio de Salud (POS), al definirle límites y legitimidad a sus componentes y al establecerle mecanismos de actualización y criterios de exclusión, sólo para mencionar lo más notorio. 3. Atentan contra la tutela y contra la autonomía médica y 4. Genera una Reforma Tributaria que toma recursos del Estado y crea más impuestos para beneficio de los aseguradores.

Consideramos que, además de lo expuesto, algunos decretos desconocen principios y aspectos básicos de la normatividad vigente como motivación real y actual, pues no se ajustan a situaciones reales, presumiendo en algunas la actuación de mala fe de los profesionales, al manifestar que irracionalmente exageran las prescripciones de exámenes, medicamentos u otros insumos para mantener o recuperar la salud de los pacientes.

Estas, entre muchas otras consideraciones que, sin duda, la Honorable Corte Constitucional sabrá precisar, creemos deberán inducir al Gobierno a la reversión de las medidas dictadas y al planteamiento de otras que permitan el cumplimiento pleno de la Sentencia T-760/08, como el trámite de leyes que dispongan el cambio total del actual modelo de salud y seguridad social por uno que garantice derecho a la salud y seguridad social en forma universal, integral, oportuna y de calidad para todos los colombianos.

Los decretos de emergencia social son una burla a los colombianos. Intimidan tanto a los profesionales de la salud como a la población general, para que no toquen los intereses de los grupos financieros que controlan un sistema que durante 16 años ha llevado a las EPS a estar entre las empresas más grandes y poderosas del país. El Gobierno deberá probar ante la Honorable Corte Constitucional que la "crisis de la Salud" es una situación súbita e imprevista y que no fue una situación sobreviniente.

Deberá demostrar que los decretos dictados al amparo de la Emergencia Social y sus causas, están acordes con lo exigido por la Constitución Política de Colombia.

Los colombianos esperamos que las decisiones de la Corte Constitucional se corresponderán coherentemente con actuaciones en derecho, soportadas en principios de equidad y justicia social.

La Federación Médica Colombiana considera imprescindible la reconstitución del Ministerio de Salud como entidad independiente que sea capaz de estudiar alternativas de fondo para resolver la crisis, como es la transformación estructural del actual sistema de salud en uno cuyo objetivo sea garantizar el DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD que tenemos todos los habitantes del territorio nacional.

Convoca a todas las organizaciones médicas y de las demás profesiones de la salud a construir una propuesta que responda a este propósito y sea, efectivamente, una alternativa al fracasado SGSSS.

Invita a toda la población del país a que participe activamente en esta propuesta y llama al Gobierno Nacional a que reflexione sobre las medidas tomadas y la manera como lo hizo y corrija tal proceder para que, al final, salga favorecida la democracia y toda la sociedad colombiana.

SERGIO ISAZA VILLA, M. D. – PEDIATRA PRESIDENTE FEDERACION MEDICA COLOMBIANA