

La tutela como manifestación de algunas fallas de mercado y de gobierno en el sistema general de seguridad social en salud de Colombia que comprometen la eficiencia y la equidad del mismo*

JUAN DARÍO CONTRERAS BAUTISTA
jdcontrerasba@hotmail.com

1. INTRODUCCIÓN

La Constitución Política de Colombia de 1991 estableció la acción de tutela¹ como un mecanismo de protección de derechos fundamentales de carácter excepcional², dentro de los cuales, en principio, no estaba contemplada su procedencia en relación con el acceso a la salud, con excepción del derecho que al respecto les asiste a los niños³.

Sin embargo, en la práctica, pareciera que fuera el recurso ordinario por excelencia para obtener pronta y cumplida justicia, como lo demuestran las cifras, teniendo en cuenta que desde 1992 (año en que comenzó la revisión, por parte de la Corte Constitucional, de todas las tutelas falladas en el país) hasta el 4 de junio de 2010, se han interpuesto 2.701.790 procesos de esa naturaleza⁴, lo cual involucra en un alto porcentaje la protección del derecho a la salud.

Hay que señalar que el comportamiento de la sociedad colombiana en esta materia ha sido de orden ascendente, como lo demuestran los siguientes datos:

Tabla 1. Comportamiento histórico de la acción de tutela en los ingresos de la rama judicial

AÑO	TOTAL PROCESOS	TUTELAS	%
1997	1.154.329	33.328	3%
1998	1.270.005	50.309	4%
1999	1.612.055	121.245	8%
2000	1.617.489	230.444	14%
2001	1.495.224	175.591	12%
2002	1.251.650	189.871	15%
2003	1.396.737	241.055	17%
2004	1.413.915	263.488	19%
2005	1.245.753	262.619	22%
2006	1.404.932	293.885	21%

* Fuente: Consejo Superior de la Judicatura.

En el 2007 se profirieron 307.475 acciones de tutela⁵; en el año 2008 se decidieron 326.960 procesos de esa naturaleza⁶, en el 2009 se fallaron 358.040 expedientes⁷, y para el presente año la tendencia sigue siendo alcista (206.610 a junio 4 1 de 2010)⁸.

Para el caso de la salud, un estudio de la Defensoría del Pueblo, que revisó el universo de tutelas para proteger el derecho pertinente durante el período comprendido entre los años de 1999 y el primer semestre de 2003, para un total de 145.360 demandas, y una actualización de datos de la misma entidad pública⁹ a diciembre de 2005, revelan que el empleo de esa acción por parte de los ciudadanos para que les sea protegido su derecho a la salud es muy elevado (al parecer, más de la tercera parte de la totalidad de tutelas que se interponen en el país)¹⁰.

Esta situación llama aún más la atención si se tiene que, en principio, la acción de tutela no resulta procedente para proteger el derecho a la salud, y esto se logra mediante la conexidad de la vulneración del mismo con la violación de otros derechos que tienen el carácter de fundamentales, tales como el derecho a la vida o a la integridad física, o la preservación de la dignidad de las personas.

2. OBJETIVO

Ante el panorama antes expuesto cabe preguntarse:

¿El Sistema General de Seguridad Social en Salud presenta fallas de mercado y de gobierno que comprometen la eficiencia y la equidad del mismo?

¿Tales fallas se manifiestan mediante el empleo de la acción de tutela para proteger derechos fundamentales como la vida o la integridad física, especialmente en situaciones donde la prestación requerida del servicio debería ser inmediata y sin objeción alguna?

Teniendo en cuenta las anteriores hipótesis, el objetivo del presente trabajo es demostrar que se presentan fallas de mercado y de gobierno en el suministro de la salud en Colombia que comprometen su eficiencia y equidad, las cuales se hacen patentes a través del uso de la acción de tutela para proteger el derecho correspondiente, especialmente cuando la negación de ese servicio público se presenta sin justificación válida alguna y pone en peligro la vida o la integridad física de los usuarios.

3. ASPECTOS TEÓRICOS

En este apartado se presentarán algunos aspectos teóricos para visualizar la equidad y la racionalidad económica en el sistema general de seguridad social en salud de Colombia (SCSSS) utilizando como referente la acción de tutela.

En relación con la salud, la Constitución Política de 1991 adoptó las bases de un modelo económico para la provisión de la misma (de competencia interna o regulada), con una premisa de eficiencia social expresada mediante la obligación del suministro universal con calidad de dicho bien, cuyo carácter público se adquiere por el reconocimiento del mismo a toda la población a manera de derecho irrenunciable de tipo prestacional.

Para organizar institucionalmente el modelo, se estableció la concepción del servicio público en conjunción con la técnica administrativa de la seguridad social, el cual debe ser desarrollado bajo las premisas de la eficiencia (económica y administrativa) y la solidaridad (contributiva y en la prestación del servicio) para cumplir con la finalidad pretendida por la política pública constitucional de Estado.

Hay que tener en cuenta que el modelo económico propuesto se basa en la segmentación de sus componentes (patrocinio, aseguramiento, prestación), donde el papel del Estado resulta fundamental para el éxito del mismo, en lo que corresponde a la garantía, organización, dirección, reglamentación, regulación, coordinación y control del mercado pertinente. Es de anotar que el SCSSS se financia con recursos públicos provenientes de la redistribución del ingreso y los agentes que participan en el mercado de la salud lo hacen a nombre del Estado, quien es el garante último del funcionamiento del sistema.

Sin embargo, esa organización institucional no ha resultado suficiente para alcanzar la eficiencia social que represente en debida forma la concepción de Estado social de derecho que se asumió en Colombia, por lo que el pueblo se ha visto obligado a acudir a la justicia utilizando la acción de tutela para que se le proteja el derecho de acceso a la salud cuando su desconocimiento ha puesto en peligro sus vidas, integridad física o dignidad.

En un Estado donde la vida social funciona relativamente bien, el empleo de la acción de tutela debe ser de carácter excepcional. Sin embargo, los amparos solicitados y concedidos en materia de protección del derecho a la salud demuestran lo contrario. Lo normal es que el Estado se legitime de manera directa cumpliendo sus fines mediante las instituciones organizadas para ello y no como consecuencia de la utilización masiva e indiscriminada de los recursos judiciales.

En ese sentido, se hace hincapié en que la revisión efectuada por el autor de este trabajo de los, en su momento, 4007 descriptores del tema de salud que contempla

la base de datos de la Corte Constitucional de Colombia, permite establecer que no es la acción de tutela la causante de las fallas que se presentan en la prestación del servicio público ni de los problemas relacionados con la financiación del mismo.

Por el contrario, ha sido el ejercicio judicial, único el mundo, además de preservar la vida, la dignidad o la integridad física de muchos ciudadanos, el que ha permitido, de una manera vertiginosa, contribuir vigorosamente al desarrollo institucional cuantitativo y cualitativo del modelo que se viene aplicando para el suministro de la salud.

No significa esto que, a partir del uso masivo de la tutela para proteger el derecho a la salud, no se presenten o deriven fallas en el empleo del proceso judicial extraordinario, las cuales, a su vez, pudieran impactar negativamente el mercado de la salud, bien sea en sus recursos o en su finalidad social. Pero se trata de un asunto que se da como consecuencia de otros problemas o fallas en el suministro del servicio.

De entrada, debe decirse que es contrario a la eficiencia que un juez tenga que resolver un problema técnico como es el suministro de la salud para cada caso concreto, porque se trata de un asunto propio de los profesionales de este ramo de la ciencia. A partir de ahí, el juez debe hacer su mejor esfuerzo para preservar los valores fundamentales inescindiblemente asociados al combate de las patologías, puesto que quienes debieron asumir la responsabilidad en su momento no actuaron como era de esperarse.

Esto puede implicar que haya fallos que impacten negativamente los costos (conceder más beneficios de los requeridos), en los cuales se involucre el comportamiento racional del juez (evitar responsabilidades

por una errónea decisión que comprometa la vida del tutelante –responsabilidad civil extracontractual por error judicial–, exceso de carga laboral, corrupción); o decisiones que contribuyan a desconocer el derecho, muchas de las cuales han tenido que ser corregidas en la instancia de revisión por la Corte Constitucional¹¹, y otras en donde esta oportunidad de protección llega demasiado tarde¹².

Resulta tan aberrante la última situación descrita, que la Corte Constitucional expresamente lo ha señalado de la siguiente manera¹³:

“En efecto, la Corte ha visto con preocupación, y así lo ha manifestado en numerosos fallos, que algunas entidades encargadas de la prestación del servicio público de salud, obstaculizan la adecuada prestación del servicio, o dilatan tal prestación, hasta que se produzca una orden judicial del juez de tutela. Casi que podría hablarse de que se está convirtiendo la acción de tutela, en un requisito sine qua non para que el interesado pueda recibir atención médica. Se ha visto que esta tendencia no analiza, siquiera, la urgencia del caso concreto. Es decir, para la Corte, la situación bajo estudio, no es un caso aislado, ni excepcional. Lo que resultó absolutamente infortunado para la actora y su familia, es que el amparo pedido, no fue suficiente para la protección del derecho fundamental a la vida”.

Ante este panorama tan complejo, en el siguiente apartado se observará una referencia de dicha problemática para captar las posibles fallas que se vienen presentando en el mercado de la salud y obtener algunas conclusiones al respecto.

4. PRESENTACIÓN DE CASO

En este segmento se mostrará la problemática de las fallas de mercado y de gobierno que aquejan el suministro de la salud y que se han hecho visibles mediante el empleo de la acción de tutela con el fin de obtener la protección del derecho pertinente, para lo cual se utilizarán como fuentes de información los estudios efectuados por la Defensoría del Pueblo de Colombia “*La tutela y el derecho a la salud. Causas de la tutela en salud*”¹⁴, del año 2004, y la actualización de éste “*La tutela y el derecho a la salud. Período 2003-2005*”, publicada en su sitio web en el año 2007.

Para el período comprendido entre 1999 y 2003, se interpusieron un total de 565.323 acciones de tutela, de las cuales 145.360 correspondieron a salud, con un porcentaje de participación del 25.7%, lo cual se discrimina de la siguiente manera:

Tabla 2. Registro de tutelas-total y por derecho a la salud

AÑO	TOTAL TUTELAS	TUTELAS SALUD	% PARTICIPACIÓN
1999	86.313	21.301	24.7%
2000	131.764	24.843	18.9%
2001	133.272	34.319	25.8%
2002	143.887	42.734	29.7%
2003*	70.087	22.163	31.6%
Total	565.323	145.360	25.7%

*Corte a junio de 2003

Fuente: Defensoría del Pueblo de Colombia.

El mayor porcentaje fue contra las, en ese entonces, 27 EPS¹⁵, con el 73.1%, seguido de los entes territoriales con el 11.4%. Las Administradoras del Régimen Subsidiado sólo fueron demandadas en el 3.1% de los

casos. Los mayores porcentajes de las EPS fueron contra el Instituto de Seguro Social (60.8%) y Cajanal (9.5%).

El 70% de las tutelas correspondieron a servicios que se encontraban dentro del POS, de las cuales el 95.2% no estaban limitados por las "semanas mínimas de cotización" para el acceso al servicio¹⁶:

de procesos innecesarios¹⁸, con los costos de transacción que esto conlleva (externalidad negativa). Lo más solicitado, en su orden, fueron exámenes, cirugías, tratamientos y medicamentos.

El cuarto lugar de los medicamentos se explica porque muchos son costeados por gasto de bolsillo de las familias debido a que

Tabla 3. Tutelas pos no sujetas a períodos mínimos de cotización

	POS	POS ALTO COSTO	TOTAL POS	TOTAL TUTELAS	% POS	NO LÍMITES MÍNIMOS DE COTIZACIÓN %
Exámenes	28.553	734	29.287	36.790	79.61%	98.54%
Cirugías	24.203	5.101	29304	35.724	82.03%	95.28%
Tratamientos	14.997	14.817	29.794	32.798	90.84%	91.32%
Medicamentos	4.107	0	4.107	27.223	15.09%	100%
Procedimientos	3.498	924	4.422	4.634	95.43%	90.37%
Prótesis	3.741	2.205	5.946	9.971	59.63%	98.23%
Total	79.079	23.781	102.860	147.140	69.91%	95.21%

* Fuente: Defensoría del Pueblo de Colombia.

Las decisiones judiciales en primera instancia favorecen a los tutelantes, en cuanto que el 78.5% de las peticiones fueron concedidas. El 21,2% fueron negadas debido a que la entidad demandada solucionó el problema durante el transcurso del proceso (carencia actual de objeto al momento del fallo). De estas, sólo se remitieron a segunda instancia el 17% de las tutelas, de las cuales el 78.7% de las sentencias de primera instancia fueron confirmadas; de las tutelas concedidas, sólo el 12% fueron revocadas, y de las que negaron las pretensiones, el 23% fueron revocadas¹⁷.

El estimativo que hace la Defensoría del Pueblo de las personas que hubiesen perdido arbitrariamente el derecho de acceso al POS de no haber sido por las tutelas interpuestas, es de 87.300, lo que equivale a igual número

de las barreras de acceso en su suministro no dan espera (antibióticos) o desestimulan una acción judicial por los relativos bajos costos de los mismos (analgésicos). En cuanto a los exámenes, el 79.6% estaban incluidos en el POS, y sólo el 2% correspondían al POS de alto costo; gran parte son esenciales para efectos quirúrgicos, por lo que su negativa incide en la postergación de las intervenciones. A su vez, 82% de las cirugías estaban incluidas en el POS, de las cuales sólo el 14% eran de alto costo¹⁹.

El análisis descriptivo de actualización del trabajo "La tutela y el derecho a la salud" del año 2004, para el período comprendido entre los años 2003-2005, y publicado en el año 2007, muestra que se interpusieron un total de 571.834 acciones, de las cuales 204.994 correspondieron a salud, con un

porcentaje de participación del 35.84%, discriminado de la siguiente manera:

Tabla 4. Registro de tutelas-total y por derecho a la salud

AÑO	TOTAL TUTELAS	TUTELAS SALUD	% PARTICIPACIÓN
2003	149.439	51.944	34.75%
2004	198.125	72.033	36.35%
2005	224.270	81.017	36.12%
Total	571.834	204.994	35.84%

Fuente: Defensoría del Pueblo de Colombia.

En el año 2005, en fallo de primera instancia se concedieron el 85.3% de las tutelas interpuestas, y el resto no se decidieron a favor de los tutelantes por carencia actual de objeto al momento de la decisión (hecho superado mediante el servicio médico pertinente; muerte del demandante). Las entidades más demandadas son las EPS, con el 77% de los casos; le siguen los entes territoriales, con el 14.6% de las acciones de tutela²⁰.

Dentro de las primeras, 14 prestan exclusivamente sus servicios al régimen contributivo, teniendo la mayor participación el ya liquidado Instituto de Seguro Social (51.7%) y Saludcoop (15%); 8 lo hacen simultáneamente para el régimen contributivo y subsidiado; llama la atención la proliferación de entidades promotoras del régimen de salud subsidiado, con un total de 49²¹. Esto puede deberse al ser un negocio muy rentable por falta de control y porque sus afiliados lo perciben más como un asunto de caridad pública que como un derecho (se conforman con lo que se les brinde; su baja formación socioeconómica aumenta la ignorancia al respecto).

El 56.4% de las tutelas interpuestas correspondieron a reclamaciones de servicios

cubiertos por el POS, de las cuales, el 93.4% de los servicios no se hallaban limitados por la causal de "semanas mínimas de cotización". En estos casos la causa de la negación de la salud radica en la interpretación que, del Manual de Actividades, Procedimientos e Intervenciones del Plan Obligatorio de Salud –MAPIPOS–²², hacen los responsables de la afiliación y prestación del bien público para efectos de definir si el servicio requerido está o no incluido en el POS.

Esto se debe, en parte, a la falta de actualización de ese manual frente a los avances tecnológicos²³, y, en gran medida, al comportamiento racional de los agentes económicos que efectúan interpretaciones acomodaticias para impedir el acceso al servicio a los usuarios.

El 29.7% reclama servicios no cubiertos por el POS y el 13.3% de las tutelas solicita simultáneamente servicios POS y NO POS. En este último caso los jueces no discriminan y ordenan cobrar todo contra el FOSYGA²⁴ (racionalidad en la decisión judicial).

En cuanto a los contenidos más frecuentes de las tutelas interpuestas, se tiene:

Tabla 5. Contenido más frecuente de las tutelas interpuestas, período 2003-2005

REQUERIMIENTO	PORCENTAJE %
Exámenes paraclínicos	20.1%
Medicamentos	18.4%
Cirugías	17.6%
Tratamientos	12.0%
Prótesis y órtesis	10.9%
Citas médicas	7.0%
Procedimientos	4.6%

Fuente: Defensoría del Pueblo de Colombia.

No obstante, se tiene que las tutelas por medicamentos vienen en constante aumento, siendo la causa más elevada de interposición de tutelas en el año 2005²⁵. En esto incide mucho la negación total o parcial en la entrega de medicamentos.

El 73.7% de los exámenes paraclínicos solicitados vía tutela hacían parte del POS, contributivo y subsidiado, de los cuales sólo el 2.8% se hallaba limitado por la causal "*semanas mínimas de cotización*"; en medicamentos, sólo el 15.3% de los solicitados judicialmente estaban incluidos en el POS (los medicamentos solicitados no son genéricos sino de marca), y de éstos, el 4.1% estaba sujeto a la causal "*semanas mínimas de cotización*"; el 89% de las cirugías reclamadas mediante amparo se encontraban dentro del POS, y el 6.8% de este porcentaje se encontraba limitado por la causal "*semanas mínimas de cotización*".

El 92.7% de los tratamientos solicitados correspondían al POS, de los cuales el 9.5% estaba incurso en la causal de "*semanas mínimas de cotización*"; el 52.3% de las prótesis y órtesis pedidas judicialmente se encontraban incluidas en el POS, de cuyo total el 9.9% se hallaba limitado por la causal indicada; de las citas médicas especializadas, el 96.9% de los amparos solicitados estaban dentro del POS, y ninguno estaba sujeto a "*períodos mínimos de cotización*"; el 84.1% de los procedimientos solicitados en tutela se encontraban dentro del POS, de los cuales el 9.9% se encontraba sujeto a la causal de "*semanas mínimas de cotización*"²⁶.

Lo anterior se visualiza de la siguiente manera:

Tabla 6. Requerimientos judiciales de tutela incluidos en el pos, período 2003-2005

REQUERIMIENTO	PORCENTAJE REQUERIMIENTOS INCLUIDOS EN POS %	PORCENTAJE "SEMANAS MÍNIMAS DE COTIZACIÓN" %
Exámenes paraclínicos	73.7%	2.8%
Medicamentos	15.3%	4.1%
Cirugías	89.0%	6.8%
Tratamientos	92.7%	9.5%
Prótesis y órtesis	52.3%	9.9%
Citas médicas esp.	96.9%	0%
Procedimientos	84.1%	9.9%

Fuente: Defensoría del Pueblo de Colombia.

En el último estudio de la Defensoría del Pueblo de Colombia²⁷ sobre tutelas en salud para los años 2006-2008, se observa que la tendencia de lo anteriormente expuesto se mantiene, según los resultados arrojados por los dos primeros estudios de la misma entidad. En ese sentido, el 78.1% de las tutelas para proteger el derecho a la salud se interponen contra las Entidades Promotoras de Salud. En cuanto a los requerimientos más tutelados se tienen: cirugías 20.8%; medicamentos 19.2%; exámenes paraclínicos 18.6%; prótesis y órtesis 13.7%; citas médicas 10.4%; y tratamientos 7.5%.

En lo relacionado con las negaciones de servicios contemplados dentro del Plan Obligatorio de Salud, la tendencia ha sido a la baja (2006: 60.0%; 2007: 50.7%; 2008: 49.3%). Esto puede deberse a varias hipótesis, tales como que el sistema ha mejorado en eficiencia, lo cual es muy relativo por el aumento de las tutelas; o que la racionalización

dad de los agentes del mercado de la salud viene imponiendo nuevos medicamentos, exámenes y tratamientos no incluidos en el POS, entre ellos los medicamentos de marca frente a los genéricos, etc.

Las precedentes cifras demuestran que se está utilizando la acción de tutela para obtener la protección del derecho a la salud mediante el suministro del servicio por orden judicial, dadas las características de la referida acción para lograr pronta y cumplida justicia en materia de amparo de derechos fundamentales.

A futuro, surge una expectativa en relación con las barreras de acceso al servicio de salud y su corrección mediante la acción de tutela debido a lo decidido por la Corte Constitucional en la sentencia de tutela T-760 de 2008, ya que en esta providencia se imponen al Estado colombiano, unos lineamientos generales (no únicamente para casos concretos) en materia de regulación y control encaminados a reforzar la eficiencia integral del sistema de salud para alcanzar la cobertura universal con calidad mediante la solidaridad en la financiación y la prestación del servicio.

Como respuesta más reciente frente a las fallas de mercado y de gobierno que viene presentando el Sistema General de Seguridad Social en Salud, el Gobierno Nacional, mediante el Decreto número 4975 de 2009, estableció el estado de excepción para gobernar en la modalidad de emergencia social²⁸, para conjurar un supuesto sobreviniente colapso de dicho sistema por su desfinanciación como consecuencia del suministro de servicios no incluidos en los planes obligatorios de salud (entiéndase por culpa de la acción de tutela)²⁹ y de las fallas en la intervención estatal en la salud.

Como consecuencia de dicha declaratoria, se expedieron 15 decretos con el rango de leyes de la República, mediante los cuales lo que realmente se pretendió fue desnaturalizar el modelo de seguridad social con la intención de transformarlo en uno de aseguramiento privado de la prestación del servicio de salud³⁰.

Afortunadamente, la Corte Constitucional declaró inexecutable el Decreto número 4975 de 2009 porque percibió que no existieron hechos sobrevinientes que justificaran la declaratoria del estado de emergencia social para resolver los problemas de financiación de la salud.

Ante panoramas como el que realmente motivó la declaratoria de la emergencia social aludida, lo necesario es que la sociedad colombiana, como demandante universal, se apropie del modelo de salud actual dándole la valía que le corresponde mediante el conocimiento del mismo con sus beneficios y fallas, lo cual implica la exigencia para que se madure en debida forma y cumpla con sus cometidos políticos de orden constitucional, empezando por requerir que el Estado colombiano cumpla de manera eficiente su rol en materia de regulación y control.

5. CONCLUSIONES

5.1. Son varias conclusiones que se pueden plantear frente al caso analizado. Primera, se demuestra que el Sistema General de Seguridad Social en Salud presenta fallas de mercado y de gobierno que comprometen la eficiencia y la equidad del mismo, las que se manifiestan mediante el empleo de la acción de tutela para proteger derechos fundamentales tales como la vida o la integridad física, especialmente en situaciones donde

la prestación requerida del servicio debería ser inmediata y sin objeción alguna.

Esto se hace patente porque la acción de tutela, que es un mecanismo judicial de aplicación excepcional, está siendo utilizada para corregir dichas fallas que se expresan en barreras de entrada o acceso al servicio de salud a manera de manifestaciones de comportamiento racional de sus agentes económicos encaminadas a generar extraganancias que no obtendrían en condiciones de mercado libremente competitivo ajustadas al modelo de Enthoven (competencia interna o regulada).

De igual modo, porque se está empleando la tutela con fines racionales relacionados con el impulso en el mercado de la salud de nuevos equipos, tratamientos y medicamentos, y hasta con intenciones experimentales que distan mucho de la aceptación social desde un punto de vista ético.

5.2. En segundo lugar, se percibe que el empleo del mecanismo judicial indicado no es espontáneo sino inducido por los actores económicos encargados de la responsabilidad en la afiliación y provisión del bien público de la salud³¹, porque a partir del modelo de contratación (unidades de pago por capitación para el suministro del plan obligatorio de salud), se obtienen las ganancias. Éstas son directamente proporcionales a las barreras de acceso al servicio³². Se trata de un abuso de la posición dominante que ostentan los agentes del mercado de la salud en relación con la demanda.

Esto se capta así, teniendo en cuenta que la mayoría de tutelas se interponen para reclamar servicios cubiertos por el POS, los cuales son negados sin que exista justificación al respecto, ni siquiera la relacionada con períodos mínimos de cotización.

Una encuesta de la Defensoría del Pueblo de Colombia a 1544 médicos de 310 municipios del país, demuestra que la actividad es restringida por órdenes de las EPS y de las IPS a las cuales prestan sus servicios, en lo que tiene que ver con tiempos de consulta, solicitud de exámenes de laboratorio, formulación de medicamentos, autorización de imágenes diagnósticas y con remisiones a especialistas, entre otras. Las IPS imponen el 52.6% de las restricciones y las EPS el 47.4% restante³³. De hecho, esto compromete la calidad de la atención.

En estas circunstancias, surge una primera pregunta:

¿Cuántas personas no acceden al servicio por no acudir a la acción de tutela cuando el mismo es negado por los prestadores?

Es de esperarse que mucha gente se quede sin el suministro del bien por cuenta del SGSSS porque lo asumen de su propio peculio o dejan el asunto en manos de la naturaleza; esto último puede significar muerte, secuelas permanentes o recuperación espontánea a costos muy elevados desde el punto de vista de la dignidad humana (mucho dolor y miseria humana). Ya se indicó y demostró que ha habido casos en que el tutelante fallece esperando la decisión judicial.

Pueden ser tan excesivamente racionales las barreras de acceso en el caso de los que no tutelan y mueren por la negligencia en el suministro del servicio, en lo que corresponde a la intención de liberar costos convertibles en ganancias (puede resultar más barato dejar morir a un enfermo catastrófico y pagar la indemnización correspondiente que atenderlo. Por ejemplo, 10 años de atención a 5 millones de pesos mensuales versus una condena por responsabilidad civil de 300 millones de pesos en un proceso que puede

durar 10 años o más, lo cual da tiempo para hacer las provisiones anuales para cubrir los costos del fallo, y arrojar un margen de ganancia de 300 millones de pesos).

De igual manera, la inducción del uso de la tutela para acceder a la salud por parte de los aseguradores, en sí misma se les convirtió en rentable a éstos, debido a que la mayoría de los fallos judiciales les ordenan la protección del derecho autorizándoles su recobro contra los recursos del Fosyga³⁴ o de las entidades territoriales, y no con cargo a los destinados por el SCSSS para el suministro del POS (se trata de un pago adicional que, en muchos casos, debería ser cubierto por los contratos de suministro de salud ya pactados y pagados).

También, se ha utilizado la acción judicial excepcional para inducir consumos (nuevos diagnósticos y tratamientos para capturar o retener mercados o para responder a otros intereses económicos –multinacionales de medicamentos, servicios, equipos médicos, etc.–). Así mismo, las barreras de entrada en el suministro de los servicios médicos obligatorios están redireccionando el consumo hacia los servicios médicos complementarios, especialmente los de medicina prepagada (mayores costos para el usuario a cambio de menos barreras; mayores ganancias para el régimen contributivo por la integración vertical del aseguramiento y la prestación)³⁵.

5.3. Como tercera conclusión se tiene que, curiosamente, la consecuencia más relevante del uso de la tutela para proteger el derecho a la salud es que las sentencias judiciales (especialmente las proferidas por la Corte Constitucional de Colombia, al verse obligadas a garantizar la equidad en el acceso al bien público ante las barreras

interpuestas por los agentes económicos con el fin de generar extraganancias), de hecho, se convirtieron en el mecanismo de corrección de las fallas de mercado en el suministro del servicio, remplazando en esto a los organismos del Estado que deberían cumplir dicha función³⁶.

A pesar de sus cuestionamientos en materia de eficiencia (un juez resolviendo problemas médicos propios de un consultorio o un hospital) y de las externalidades negativas al sistema de salud (el costo de la justicia para hacer que se cumplan las obligaciones pactadas; los costos de la defensoría pública o privada)³⁷, esta actividad, única en el mundo, ha contribuido a madurar el SCSSS de una manera vertiginosa (hasta el momento, un poco más de 15 años), especialmente en lo que tiene que ver con sus debilidades.

El inconveniente radica en que los fallos, por su carácter individual y para cada caso concreto³⁸, no han logrado corregir el comportamiento racional reiterativo de los integrantes del sistema, especialmente de los aseguradores, a pesar de que en sus providencias los jueces los conminan a no incurrir en las conductas abiertamente contrarias al acceso al servicio de salud, y sin importarles los riesgos administrativos (sanciones), civiles (responsabilidad patrimonial) y penales (fraude a resolución judicial) que del comportamiento omisivo se deriven³⁹.

Al respecto, en relación con la conducta reiteradamente pretermisiva de los aseguradores y prestadores, el máximo tribunal de justicia constitucional de Colombia ha indicado⁴⁰:

“Ahora bien, la Corte considera que, encontrando las personas en la acción de tutela eficaz medio de defensa de sus derechos ante la omisión de las instituciones de seguridad

social, y justamente por cuanto la creciente utilización del amparo está delatando cada vez con mayor contundencia un estado de cosas contrario a los principios constitucionales básicos, no es posible admitir que los administradores de tales organismos adopten la actitud de aguardar los fallos judiciales para cumplir las funciones que les corresponden”.

Teniendo en cuenta que los problemas que inducen el uso de la acción de tutela no radican en este mecanismo judicial sino en el comportamiento racional de los agentes económicos que compromete la equidad del SCSSS⁴¹, en cuanto que se impide el acceso al servicio a los usuarios de la salud (las más de las veces sin justificación alguna), debe formularse una segunda pregunta:

¿Por qué se reitera, sin control, el comportamiento racional indicado?

5.4. La respuesta, a manera de cuarta conclusión, radica en que el Estado, en su papel de garante, director, regulador, coordinador y controlador del SCSSS, no cumple a cabalidad con esas funciones, especialmente las de regulación y de control. En cuanto a las primeras, por ejemplo, no se actualiza con la regularidad requerida el POS ni el MAPIPOS. En relación con las segundas, las tutelas interpuestas y falladas en todo el país para proteger el derecho a la salud, y su incremento constante, son un fiel reflejo de la falta de control, vigilancia e inspección efectivos sobre la actividad económica pertinente.

El Estado ha tenido un comportamiento racional en relación con la salud que incide directamente en contra de la eficiencia del SCSSS, porque no está cumpliendo a cabalidad con su deber de asegurar la prestación

eficiente del servicio a todos los habitantes del territorio nacional como lo prescribe el artículo 365 de la Constitución Política de Colombia, asunto que va más allá de la provisión de los recursos financieros para su suministro en cuanto que implica una constante regulación y control para que se cumpla con dicha finalidad social sin obstrucción alguna.

Tal comportamiento racional estatal en contra de la eficiencia del SCSSS es palpable en lo que tiene que ver con el manejo que el ente moral le viene dando a los dineros destinados a su financiación y control, debido a que son recursos públicos que están siendo empleados para fines diferentes a la seguridad social en salud, contraviniendo así el mandato fundacional de destinación específica de los mismos⁴², lo cual explica en gran medida las fallas de gobierno en relación con la salud como actividad económica que debe coadyuvar al fin social del suministro universal del servicio con calidad.

Al respecto, la Sección Tercera del Consejo de Estado de Colombia, en sentencia de acción popular⁴³ de 21 de febrero de 2007, ordenó al Fondo de Solidaridad y Garantía FOSYGA que libere recursos por 1.2 billones de pesos (más de 600 millones de dólares) que tiene invertidos en títulos de deuda pública o títulos de tesorería TES (desviación de recursos de la salud para financiar déficit fiscal)⁴⁴, y los destine a la ampliación de cobertura en salud, debido a que tales recursos hacen parte de la subcuenta de solidaridad del SCSSS administrada por dicho Fondo⁴⁵.

De igual manera, se ha establecido que los recursos propios de la Superintendencia Nacional de Salud de Colombia son invertidos en títulos de deuda pública de la Nación y no en el control de la actividad económica que le corresponde asumir, lo cual explica,

en gran parte, la debilidad institucional para el cumplimiento de la vigilancia e inspección del sector⁴⁶.

El juez de la Carta Política de Colombia ha señalado el papel institucional fundamental para el cual fue diseñado el control de la salud (Constitución Política de Colombia, artículos 48, 49), especialmente en los frentes de prestación y financiación, manifestándolo en los siguientes términos⁴⁷:

"Cabe agregar que la Superintendencia de Salud, mediante el ejercicio de sus competencias, busca garantizar la protección de un derecho fundamental de carácter esencial para toda persona humana: la salud (...)

A la Superintendencia Nacional de Salud le compete en términos generales, inspeccionar, vigilar y controlar a las personas o entidades públicas y privadas, que prestan el servicio de salud o manejan recursos destinados al servicio de seguridad social en salud, con el fin de que dicho servicio se preste en forma permanente, oportuna, con calidad, eficiencia y eficacia, y que los recursos destinados a la seguridad social se utilicen únicamente con ese destino".

En relación con el comportamiento racional de los agentes políticos de la salud, también se tienen los problemas de flujo de caja que aquejan a las Entidades Promotoras de Salud EPS (aseguradores) e Instituciones Prestadoras de Salud IPS, debido a las demoras en los reconocimientos y pagos que debe efectuarles el Estado^{48, 49}.

5.5. Hasta aquí puede decirse que se trata de fallas de mercado y de gobierno que están comprometiendo negativamente los recursos públicos destinados al financiamiento de la salud y que afectan la equidad del SCSSS (barreras de entrada para el suministro del

bien público con el fin de no utilizar o de liberar recursos financieros), eficiencia (fallas de gobierno para asegurar la prestación del servicio a todos los habitantes de Colombia en la forma requerida), universalidad (no expansión de la cobertura), calidad (baja en los servicios e infraestructura), libre escogencia (las EPS son propietarias de la mayoría de las IPS), y la concertación (desenfrenada competencia económica que afecta la viabilidad y calidad del servicio).

Ante esta situación en la cual la racionalidad de los agentes económicos se impone debido a que el Estado no es efectivamente operante como garante, director, regulador, coordinador y controlador del SCSSS, resulta procedente una tercera pregunta:

¿Por qué el Ente Moral no actúa en función de la equidad en el suministro del servicio público de salud como sistema y se comporta racionalmente por acción y omisión?

La explicación más probable radica en que exista una relación indisoluble y parasitaria entre los agentes económicos y políticos del SCSSS que compromete negativamente la equidad de éste en función de los intereses racionales que animan a aquéllos, lo que afecta la universalidad con calidad en el suministro del servicio público para todos los habitantes de Colombia. El sacrificado, en últimas, es el usuario.

Por algo se dice que "(l)as superintendencias parecen haberse convertido en objetivo de intereses particulares afectados por su acción, y de políticos que tienen una propensión marcada a defender esos intereses"⁵⁰. Otros llaman a esos fenómenos de relación económica y política como la "captura" de las instituciones políticas por parte de los agentes del mercado.

Mientras no se enfrenten en debida forma esos problemas institucionales de relación entre agentes económicos encargados del suministro del servicio público de salud y los agentes políticos que tienen bajo su responsabilidad la administración de la garantía, dirección, regulación, coordinación y control de dicha actividad de mercado, todos los esfuerzos que se hagan para corregir las fallas serán "loablemente" infructuosos, incluidas las decisiones judiciales, las reformas constitucionales y legislativas, y las actuaciones reguladoras.

Para que un sistema económico o un mercado funcione eficientemente se requieren la definición clara de sus objetivos e incentivos con el fin que la conjunción de voluntades de los diferentes agentes pueda actuar en consecuencia, y un poder de coerción como incentivo negativo mayor y de última instancia, pero siempre presente y operante, para que la conducta de los actores económicos se ajuste y mantenga en el orden propuesto.

Un exceso de intervención y de coerción conduce al dirigismo económico y desincentiva la participación en el mercado; la falta de coerción o de claridad en la definición de los objetivos o de los incentivos conduce a la generación de fallas de mercado.

El equilibrio entre la definición y la coerción es el fin del Estado para que la economía y el derecho resulten actuantes, en un sistema de mercado, en función del interés general y del bien común, lo cual es un asunto de legitimidad en la medida que la sociedad acepte el orden económico porque sus miembros se sienten incluidos en él (democracia económica expresada mediante la equidad en la redistribución del ingreso).

Este concepto de intervención reguladora encaminada a corregir fallas de mercado y de gobierno resulta aplicable a la salud como modelo de competencia interna o regulada asumido por Colombia para satisfacer una política pública constitucional a manera de derecho, y de servicio público organizado institucionalmente bajo la concepción de la seguridad social, con fines equitativos expresados en la garantía del acceso al bien público para toda la población bajo las premisas de universalidad con calidad.

Si no se interpreta y aplica en debida forma el concepto de equidad en la intervención del Estado en la economía de la salud (para la demanda, universalidad con calidad; para la oferta, ganancias en un mercado sin fallas), la existencia de ese mercado puede verse seriamente comprometida (deslegitimación contributiva y social), hasta el punto de marchitarse (el Estado lo tendría que asumir como monopolio o se privatiza el bien), escenarios éstos ineficientes para la demanda (inequidad en la redistribución del ingreso), y para la oferta (pérdida del mercado o reducción excesiva del mismo y, por ende, de las expectativas de ganancia).

En la corrección de esas múltiples fallas que aquejan el mercado del suministro del servicio público de la salud y que se hacen evidentes mediante el empleo excesivo de la acción de tutela (lo que, por ende, significaría la disminución de su uso por esta causa), mucho podrá aportar la sociedad en sus diferentes manifestaciones de pensamiento y acción, especialmente la escuela neoinstitucional debido a la comprensión que tiene del papel que juegan las normas en una economía para hacer más eficientes las instituciones en su conjunto y, por tanto, de la cercanía de tal rama del pensamiento económico al mundo jurídico.

Al respecto, teniendo en cuenta que Colombia adoptó un modelo de suministro de la salud basado en la separación de funciones y en la competencia regulada entre las mismas, donde el papel del Estado resulta fundamental en relación con los demás agentes del mercado (aseguradores; prestadores), si se quieren alcanzar la eficiencia y equidad de aquél (universalidad con calidad), deben reafirmarse y madurarse institucionalmente dicha separación y competencia, especialmente en el rol que cumple el Ente Moral frente al resto de actores en lo correspondiente a la garantía, dirección, regulación, coordinación y control del SCSSS.

Pensando en soluciones institucionales que coadyuven a reacomodar el comportamiento de los agentes económicos en función de la eficiencia y equidad del SCSSS (fin constitucional al cual se comprometen cuando deciden incursionar en el mercado pertinente, lo que incluye la disminución del empleo de la acción de tutela para proteger el derecho a la salud), al respecto cabe preguntarse:

¿Qué pasaría si se condena en costas y al pago de los gastos en que incurre la justicia, amén de imponerle una sanción pecuniaria ejemplar, a un agente económico cuando sea conminado mediante acción de tutela al suministro de los servicios de salud?

¿Qué devendría si los jueces de tutela ordenan, de manera sistemática, cubrir el servicio médico que ampara el derecho a la salud contra el contrato de la EPS y no contra el FOSYGA u otro dinero público, cuando esto sea procedente, especialmente por interpretaciones contrarias a la buena fe (acomodaticias o amañadas) que hagan de sus obligaciones contractuales los aseguradores y prestadores, en contra de los principios de continuidad y de atención

integral con calidad en la prestación del servicio público?

¿Qué sucedería si los agentes políticos tienen que asumir de su propio peculio el pago de los servicios de salud cuando no los cubran oportunamente, sin justificación objetiva válida, a los agentes económicos mediante los recursos públicos destinados a tal fin?

¿Qué ocurriría si la Comisión de Regulación en Salud fuera un ente autónomo compuesto por un número de miembros provistos por los usuarios, igual número de miembros provistos por el Gobierno y los agentes económicos, y un miembro provisto por un gremio independiente y conoedor de la problemática (v.gr. los jueces del país)?

¿Qué devendría si la Superintendencia Nacional de Salud se conformara como un ente autónomo cuyo cargo de superior jerárquico fuera provisto por los usuarios mediante forma democrática, y con capacidad sancionadora fuerte y expedita?

¿Qué pasaría si estos entes autónomos, a su vez, estuvieran sometidos a fuertes y expeditos controles en el ejercicio de sus funciones, incluidos los ejercidos por los usuarios organizados como sociedad civil?

BIBLIOGRAFÍA

- ALBI, EMILIO et ál. *Economía pública I, fundamentos, presupuesto y gasto. Aspectos macroeconómicos*. Barcelona, Editorial Ariel, 2000.
- ARIÑO ORTIZ, GASPAR. *Principios de derecho público económico*. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1.ª ed., 2003.
- Asamblea Nacional Constituyente de Colombia. *Gacetas Constitucionales*. Bogotá, 1991.

- AYALA ESPINO, JOSÉ. Mercado, elección pública e instituciones. México, Facultad de Economía, UNAM, 1996.
- Asociación Henri Capitant. Vocabulario Jurídico. Bogotá, Editorial Temis, 1995.
- ATEHORTÚA RÍOS, CARLOS. Servicios públicos domiciliarios. Legislación y jurisprudencia. Bogotá, Biblioteca Jurídica Dike, 2003.
- BOHÓRQUEZ BOTERO, LUIS FERNANDO y BOHÓRQUEZ BOTERO, JORGE IVÁN. Diccionario Jurídico Colombiano. Editora Jurídica Nacional, 2003.
- CÁRDENAS, ERNESTO y OJEDA, JAIR. La Nueva Economía Institucional y la Teoría de la Implementación. En: Revista de Economía Institucional, vol. 4, n.º 6, primer semestre de 2002. Bogotá, Universidad Externado de Colombia.
- CEPAL. Ensayos sobre el financiamiento de la seguridad social en salud. Los casos de: Estados Unidos, Canadá, Argentina, Chile y Colombia. Santiago de Chile, Fondo de Cultura Económica, 2000.
- Comisión Mexicana sobre Macroeconomía y Salud. Macroeconomía y salud. Invertir en salud para el desarrollo económico. México D.F., Secretaría de Salud de México y Fondo de Cultura Económica, 2006.
- Constitución Política de Colombia.
- Convención Americana sobre Derechos Humanos.
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencias ordinarias de constitucionalidad y de tutela relacionadas con la salud, años 1992-2007.
- CUEVAS, HOMERO. Introducción a la Economía. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1993.
- Defensoría del Pueblo de Colombia. La tutela y el derecho a la salud. Causas de las tutelas en salud. Bogotá: Imprenta Nacional de Colombia, 2004.
- _____. La tutela y el derecho a la salud. Período 2003-2005. Bogotá, 2007. 86 páginas.
- EASTMAN, JORGE MARIO. Constitucionalismo Latinoamericano. Bogotá, Fondo de Publicaciones de la Cámara de Representantes, 1993.
- El Espectador. Bogotá, semana del 11 al 17 de marzo de 2007.
- El Tiempo. Bogotá, 8 de octubre de 2006.
- _____. Bogotá, 25 de septiembre de 2007.
- _____. Bogotá, 15 de noviembre de 2007.
- _____. Bogotá, 18 de diciembre de 2007.
- FRÍAS OSUNA, ANTONIO. Salud pública y educación para la salud. Barcelona, Masson S.A., 2000.
- Gaceta del Congreso de Colombia n.º 500 de 2001.
- GIRALDO BIRCEÑO, CÉSAR. Jueces piden "auxilio" por tutelas en salud. En: El Tiempo. Bogotá, 25 de mayo de 2007.
- GORBANEV, YURI. Herramientas para la economía institucional. Bogotá. Universidad Javeriana, enero de 2003.
- Instituto Libertad y Desarrollo. Soluciones privadas a problemas públicos. Santiago de Chile. 1991.
- JARAMILLO, SAMUEL. Ciento veinte años de servicios públicos en Colombia. Bogotá, Cinep, 1995.
- Ley 100 de 1993.
- Ley 691 de 2001.
- Ley 715 de 2001.
- Ley 972 de 2003.
- Ley 812 de 2003.
- Ley 1122 de 2007.
- LONDOÑO, JUAN LUIS y FRENK, JULIO. Pluralismo Estructurado: Hacia un modelo innovador para la reforma de los sistemas de salud en América Latina. Banco Interamericano de Desarrollo. Oficina del Economista Jefe. Documento de Trabajo 353, 1997.

- MARTÍNEZ ÁLVAREZ, JOSÉ ANTONIO. Economía del sector público. Barcelona, Editorial Ariel S.A., 2000.
- MESTRE ROSSI, CARLOS. El sistema sanitario y la salud. Barcelona, Salvat Editores, 1985.
- Ministerio de la Presidencia. Constitución y derechos fundamentales. Madrid, Ministerio de la Presidencia, Secretaría General Técnica, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Penagos, Gustavo. Derecho Administrativo. Bogotá, Librería del Profesional, 2.^a ed., 2000.
- PERILLA SANTAMARÍA, SONIA y FERNÁNDEZ, CARLOS. Médicos sólo recetan si no han llenado cupo que imponen EPS. *En*: El Tiempo. Bogotá, 25 de noviembre de 2007.
- PINDYCK, ROBERT y RUBINFELD, DANIEL. Microeconomía. Prentice Hall. Madrid, 2001.
- Procurador General de la Nación de Colombia. Concepto número 2929, emitido dentro del expediente ordinario de constitucionalidad D-4025, cuya sentencia de la Corte Constitucional de Colombia fue la C-974 de 2002.
- Real Academia Española. Diccionario de la Lengua Española. Decimonovena Edición. Madrid, Editorial Espasa-Calpe, 1970.
- SACHS, JEFFREY y LARRAIN, FELIPE. Macroeconomía en la economía global. México, Pentrice Hall Hispanoamericana S.A., 1993.
- SAMUELSON, PAUL y NORDHAUS, WILLIAM D. Economía. México, McGraw Hill, 18.^a ed., 2005.
- Secretaría de Salud De México. Sistema de Protección Social en Salud. Elementos conceptuales, financieros y operativos. México, Fondo de Cultura Económica, 2006.
- SELDON, ARTHUR y PENNANCE, F. Diccionario de Economía. Barcelona, Ediciones Orbis, 1983.
- Universidad de Málaga. EUMED.NET. Diccionario de economía y finanzas. <http://www.eumed.net/cursecon/dic/P18.htm>
- Universidad Externado de Colombia. Diez años del sistema de seguridad social colombiano. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003.
- WIESSNER DURÁN, EDUARDO. La efectividad de las políticas públicas en Colombia: un análisis neoinstitucional. Bogotá, Departamento Nacional de Planeación y Tercer Mundo Editores, 1997.
- * Contexto: Revista de Derecho y Economía, n.º 25, 2008, pp. 37 a 55.
- 1 *"Artículo 86. Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública.*
La protección consistirá en una orden para que aquel respecto de quien se solicita la tutela, actúe o se abstenga de hacerlo. El fallo, que será de inmediato cumplimiento, podrá impugnarse ante el juez competente y, en todo caso, éste lo remitirá a la Corte Constitucional para su eventual revisión.
Esta acción solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.
En ningún caso podrán transcurrir más de diez días entre la solicitud de tutela y su resolución.
La ley establecerá los casos en los que la acción de tutela procede contra particulares encargados de la prestación de un servicio público o cuya conducta afecte grave y directamente el interés colectivo, o respecto de quienes el solicitante se halle en estado de subordinación o indefensión".
- 2 La acción de tutela tiene su origen en el juicio de amparo mexicano (Constitución del Estado de Yucatán de 1841), como una acción constitucional que tiene por fin proteger los derechos fundamentales de las personas reconocidos en las cartas políticas cuando sean desconocidos o vulnerados por actos u omisiones de las autoridades (protección judicial constitucional frente a agravios de autoridad contra las garantías fundamentales de los ciudadanos).
- 3 Constitución Política de Colombia. Artículo 44.

- 4 Datos suministrados por la Secretaría General de la Corte Constitucional.
- 5 La diferencia entre la última tutela enviada para revisión en el 2006 (Corte Constitucional de Colombia, Sala de Selección de Tutelas para Revisión Número 12, Auto de diciembre 15 de 2006), que correspondió a la número 1.502.705, y la última remitida para revisión a fecha 13 de diciembre de 2007, que correspondió a la número 1.810.180, según dato suministrado por la Secretaría General de la Corte Constitucional de Colombia.
- 6 La diferencia entre la última tutela enviada para revisión en el 2008 (Corte Constitucional de Colombia, Sala de Selección de Tutelas para Revisión Número 12, auto de diciembre 12 de 2008), que correspondió a la número 2.137.140, y la última remitida para revisión a fecha 13 de diciembre de 2007, que correspondió a la número 1.810.180, según dato suministrado por la Secretaría General de la Corte Constitucional de Colombia.
- 7 La diferencia entre la última tutela enviada para revisión en el 2009 (Corte Constitucional de Colombia, Sala de Selección de Tutelas para Revisión Número 12, auto de diciembre 9 de 2009), que correspondió a la número 2.495.180, y la última remitida para revisión a fecha 12 de diciembre de 2008, que correspondió a la número 2.37.140 (Corte Constitucional de Colombia, Sala de Selección de Tutelas para Revisión Número 12, auto de diciembre 12 de 2008).
- 8 La diferencia entre el número de tutelas a 4 de junio de 2010 (según dato suministrado por la Secretaría General de la Corte Constitucional), que correspondió al número 2.701.790, y la última tutela enviada para revisión en el 2009 (Corte Constitucional de Colombia, Sala de Selección de Tutelas para Revisión Número 12, auto de diciembre 9 de 2009), que correspondió a la número 2.495.180.
- 9 La Defensoría del Pueblo tiene como misión velar por la promoción, ejercicio y divulgación de los derechos humanos. Constitución Política de Colombia, Artículo 282.
- 10 El 25 de septiembre de 2009 la Defensoría publicó su tercer informe al respecto, La tutela y el derecho a la salud años 2006-2008, donde se indica que para el año 2008 la participación de tutelas en salud sobre el universo fue del 41.5%.
- 11 Desde 1992 hasta el 25 de mayo de 2010, la Corte Constitucional de Colombia ha proferido 12.793 sentencias de revisión de tutelas, lo que incluye los fallos relacionados con el tema de la protección de la salud. Corte Constitucional de Colombia. RELATORÍA.
- 12 Ha habido casos en que la Corte Constitucional de Colombia, al momento de proferir sentencias de revisión de acciones de tutela, ha tenido que declararse inhibida para hacerlo debido a que los requerientes de la decisión judicial suprema que les proteja la vida ante la negativa del tratamiento médico y de las decisiones judiciales previas, ya han fallecido, como ocurrió con las sentencias T-236 de 1996; T-428 de 1998; T-607 de 1999; T-983 de 1999; T-184 de 2006; T-756 de 2006.
- 13 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-607 de 1999.
- 14 Bogotá: Imprenta Nacional de Colombia, 2004. 51 páginas.
- 15 Instituto de Seguro Social, Cajanal, Saludcoop, Coomeva, Cafesalud, Susalud, Salud Total, Caprecom, Humana Vivir, Sanitas, Salud Colmena, Comfenalco Antioquia, Famisanar, Unimec *, Cruz Blanca, Servicio Occidental de Salud, Solsalud, Compensar, Colseguros *, Comfenalco Valle, Salud Colpatria, Saludvida, EPS de Caldas *, Convida *, Córdor*, Calisalud *, Risaralda EPS * (* En liquidación).
- 16 Colombia. Ley 100 de 1993. Artículo 164. Ley 1122 de 2007. Artículo 14, literal h.
- 17 Defensoría del Pueblo de Colombia. La tutela y el derecho a la salud. Causas de la tutela en salud. Bogotá, Imprenta Nacional de Colombia, 2004, pp. 40-43.
- 18 *Ibíd*, pp. 16, 17.
- 19 *Ibíd*, pp. 20-24.
- 20 Defensoría del Pueblo de Colombia. La tutela y el derecho a la salud. Período 2003-2005. Bogotá, 2007, pp. 33, 37.
- 21 *Ibíd*, pp. 38-43.
- 22 Colombia. Ministerio de Salud Pública. Resolución 5261 de 1994. Actualizado mediante los acuerdos expedidos por el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud.
- 23 Defensoría del Pueblo de Colombia. Obra citada (2007), pp. 50, 67.
- 24 *Ibíd*, p. 50.
- 25 *Ibíd*, p. 52.
- 26 *Ibíd*, pp. 55, 59, 65, 67, 70, 71.
- 27 Defensoría del Pueblo de Colombia. Obra citada. 2009.
- 28 El decreto de estado de emergencia social lo decidió el Gobierno Nacional con base en las facultades establecidas en el artículo 215 de la Constitución Política de Colombia.

- 29 Esa percepción del Gobierno Nacional considerando a la acción de tutela como una de las principales amenazas a la sostenibilidad financiera del sistema de seguridad social en salud, para efectos de justificar la declaratoria de emergencia social mediante el Decreto número 4975 de 2009, resulta incontestable según la intervención del Presidente de la República dentro del proceso de control judicial constitucional de dicha norma, por intermedio del Secretario Jurídico de la Presidencia, en los siguientes términos:
"El SGSSS, creado mediante la Ley 100 de 1993, en su concepción inicial y en su análisis financiero no incluía, la prestación de servicios de salud (actividades, procedimientos, intervenciones, insumos y medicamentos) diferentes a los contenidos en el Plan Obligatorio de Salud –POS–. Sin embargo, durante el proceso de consolidación, a partir de decisiones judiciales en sede de tutela (particularmente la sentencia SU-480 de 1997), surgió la cobertura denominada de manera genérica lo "NO-POS" y esta se ha convertido en una de las principales amenazas a la sostenibilidad financiera del sistema".
- 30 Ver Decretos Leyes 128 y 131 de 2010.
- 31 Normalmente, un bien público es aquel que no es rival ni excluyente, en cuanto que el costo marginal de provisión a un consumidor adicional es cero y no es posible impedir a nadie que lo consuma. Con esas características, este tipo de bienes no son de interés para el mercado.
 Para el presente caso, la solución consiste en lograr que la salud sea un bien público que le interese al mercado (no monopolios públicos en su suministro; no barreras de acceso a su consumo), por lo que esta es de tipo institucional (obligación de garantizar el consumo universal con calidad cubierto económicamente mediante la solidaridad contributiva).
 Algunos, en el campo de la salud, le han asignado el nombre de bienes meritorios al considerarlos como bienes a los cuales todos los miembros de una sociedad tienen derecho sin importar su capacidad de pago o su condición. LÓPEZ MORENO, SERGIO. Centro De Investigación en Sistemas de Salud. Instituto Nacional de Salud Pública. Cuernavaca, Morelos, México. http://www.scielosp.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0036-36341999000500014. Esta designación sólo es aplicable de manera residual frente a los conceptos de bienes públicos y privados, cuando el Estado interviene produciéndolos para suministrarlos a aquellos que, de una u otra manera, nunca podrían tener acceso a ellos por sus propios medios económicos (recursos de bolsillo; seguro social).
- 32 "... Lo censurable de esta situación es que, si bien la atención de la enfermedad (cáncer en niños que es en un 90% curable pero sólo sobreviven menos de la mitad de los pacientes, por causas administrativas) está cubierta por el sistema de salud, las barreras que se levantan para impedir el acceso oportuno y suficiente a los beneficios sea una constante, ante los ojos indiferentes de los entes encargados de vigilar a las aseguradoras, que convirtieron los trámites en una fuente de aborro, que en este caso es, a todas luces, criminal". El Tiempo. Editorial. En: El Tiempo. Bogotá, 15 de noviembre de 2007, pp. 1-24.
- 33 PERILLA SANTAMARÍA, SONIA y FERNÁNDEZ, CARLOS. Médicos sólo recetan si no han llenado cupo que imponen EPS. En: El Tiempo. Bogotá, 25 de noviembre de 2007, pp. 1-8.
- 34 Fondo de Solidaridad y Garantía (administra recursos públicos para compensación y subsidio en materia de salud). Ley 100 de 1993. Artículos 218 a 224.
- 35 Es obligatorio estar afiliado al régimen contributivo para acceder a los servicios de salud complementarios mediante el pago de los mismos por parte del peculio de los contratantes (convenios privados).
- 36 Como ya se señaló, el ejemplo más reciente de corrección de fallas de mercado y de gobierno mediante decisión judicial es la sentencia de tutela T-760 de 2008, proferida por la Corte Constitucional de Colombia, en la cual se imponen una serie de medidas de carácter general para ser cumplidas por el patrocinador (el Gobierno como garante, regulador y controlador) y los aseguradores.
- 37 "... Y es que adicional al drama que enfrentan los pacientes y sus familias se suman los costos que implica acceder al proceso, aunque se presume sin costo. Quien no conoce el mecanismo de la tutela, consigue un abogado al que le paga para que redacte la petición, más el costo de las fotocopias y los transportes. / Y por el otro lado, no sólo aparecen los costos en que incurren los juzgados, sino la congestión de los mismos. De hecho, así la EPS pierda el proceso, la condena no incluye ningún pago a las arcas de la justicia...". GIRALDO BIRCEÑO, CÉSAR. Jueces piden "auxilio" por tutelas en salud. En: El Tiempo. Bogotá, 25 de mayo de 2007, pp. 1-3.
- 38 Ese es uno de los aspectos que se busca superar mediante la sentencia de tutela T-760 de 2008.
- 39 "Y es que en solo día y medio de esta semana a la Supersalud llegaron 22 fallos de tutela remitidos por igual número de

- jueces, en las que éstos le piden al ente de vigilancia y control que "actúe" por considerar que hay reiteración de procesos por: medicamentos, procedimientos, exámenes de laboratorio o aparatos que se encuentran incluidos en el Plan Obligatorio de Salud (POS) y que las EPS no entregan con oportunidad a sus afiliados". GIRALDO BRICEÑO, CÉSAR. Obra citada, pp. 1-3.
- 40 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-391 de 1999.
- 41 Se toma como referente de equidad el concepto constitucional de universalidad con calidad para garantizar el acceso al servicio público de salud a todos y cada uno de los habitantes de Colombia en condiciones solidarias de financiación y prestación, teniendo en cuenta lo establecido al respecto en el artículo 153 de la Ley 100 de 1993, numerales 1, 2, 3 y 9.
- 42 "...No se podrán destinar ni utilizar los recursos de las instituciones de la seguridad social para fines diferentes a ella...". Constitución Política de Colombia. Artículo 48.
- 43 Proceso judicial para la protección de los derechos e intereses colectivos relacionados con el patrimonio público, lo que implica el uso para el cual éste ha sido destinado. Constitución Política de Colombia. Artículo 88.
- 44 Este comportamiento irregular de los agentes políticos encargados de la administración de los recursos de la salud se presenta a pesar de que el artículo 48 de la Constitución Política de Colombia prescribe que los recursos destinados a las instituciones de la seguridad social no deben ser invertidos para fines diferentes a ella.
- 45 El pulso. Periódico para el sector de la salud. Medellín, año 9, n.º 106, julio de 2007. <http://www.periodicoelpulso.com/html/0707jul/general/general-06.htm>
- 46 Ese empleo diferente de los recursos propios de la Superintendencia Nacional de Salud fue demostrado en el Concepto del Procurador General de la Nación número 4295, proferido dentro del expediente ordinario D-6683 adelantado por la Corte Constitucional. Dicho concepto fue proyectado por el autor del presente trabajo en ejercicio de sus funciones (Decreto 262 de 2001, artículo 8, numeral 1), con base en una demanda presentada contra el Presupuesto General de la Nación de la vigencia fiscal 2007 (Ley 1110 de 2006), en lo correspondiente a los ingresos y gastos aprobados para la Superintendencia Nacional de Salud, por considerarse que recursos propios de dicho establecimiento público provenientes de una tasa (Ley 488 de 1998, artículo 98) se estaban destinando a actividades diferentes a su función de control y vigilancia (inversiones en deuda pública nacional), vulnerando así el derecho a la seguridad social y a la salud.
- 47 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C 921 de 2001.
- 48 \$2 billones suman deudas a hospitales. El principal moroso es el gobierno. En: El Tiempo. Bogotá, 18 de diciembre de 2007, pp. 1-8.
- 49 Todos contra todos, así funciona el sector de la salud. En: El Tiempo. Bogotá, 8 de octubre de 2006, pp. 1-17.
- 50 "Todos conocemos el poder que tienen las grandes empresas y los grupos económicos para gestionar o hacer cabildeo en función de sus intereses, se ha conocido, inclusive, casos que limitan con la ilegalidad. Por otra parte, es frecuente el empleo de calificados profesionales que, en su mayoría, han ocupado importantes cargos en el sector público para ejercer ese cabildeo, que en Colombia no es ilegal ni está reglamentado". El Tiempo. Editorial. En: El Tiempo. Bogotá, 25 de septiembre de 2007, pp. 1-16.