

La libre competencia en el sector salud. Enfoque crítico del proyecto de reforma al sistema de salud colombiano del año 2013^{1*}

GLORIA ISABEL ORTIZ CASTAÑEDA²

RESUMEN

En los últimos años, el Sistema de Seguridad Social en Colombia ha presentado fallas en la atención al paciente como consecuencia del incorrecto manejo de los recursos financieros que son provistos para atender la cobertura del aseguramiento, ocasionando la transgresión a los derechos de los pacientes. Dado que lo que se encuentra en riesgo es el derecho fundamental a la salud, el gobierno nacional ha reaccionado con un proyecto de ley que reforma la salud, el cual tiene como objetivo fundamental regular la oferta de los servicios de salud como instrumento corrector de las fallas del mercado por medio del intervencionismo. Este artículo pretende ilustrar los beneficios del Derecho de la Competencia y las dificultades que ocasiona el creciente intervencionismo en la Economía, incluso en un sector de especial consideración como lo es el de la salud. Por otra parte, el artículo pretende dilucidar el doble rol que el gobierno nacional detenta, ya que al mismo tiempo que tiene la iniciativa legislativa del proyecto de reforma debe aplicar la Abogacía de la Competencia

* Fecha de recepción: 20 de junio de 2013. Fecha de modificación: 25 de septiembre de 2013. Fecha de aceptación: 27 de septiembre de 2013.

1 Para citar el artículo: ORTIZ CASTAÑEDA, GLORIA ISABEL (2013). "La libre competencia en el sector salud. Enfoque crítico del proyecto de reforma al sistema de salud colombiano del año 2013", *Revista Con-texto*, n.º 40, pp. 129-159.

2 Magíster en Derecho Privado General y en Derecho Europeo Comparado de la Universidad Panthéon-Assas (Paris II) de Francia. Correo-e: gloriortiz87@hotmail.com.

como un control previo de la legislación que puede tener un efecto anticompetitivo, lo cual evidencia una incompatibilidad en la forma como las políticas sobre competencia han sido concebidas.

Palabras clave: Sistema de Seguridad Social en Salud, Derecho de la Competencia, Intervencionismo, Mercado de la Salud, Regulación, Burocracia, Abogacía de la Competencia.

FREE COMPETITION IN THE HEALTH SECTOR. CRITICAL APPROACH OF THE COLOMBIAN HEALTH CARE REFORM ACT OF 2013

ABSTRACT

Over the last few years, the Social Security System in Colombia has failed in patient assistance as a consequence of poor management of financial resources allocated for coverage; this has led to a violation of patient rights. Given that what is in jeopardy is the fundamental right to health, the national government has responded with the Health Care Reform Act, which aims to regulate how health services are offered in order to correct market failures by the way of interventionism. This article offers an illustration of the benefits of antitrust law and the difficulties that cause the need for intervention in the economy, even in a sector of special consideration like health. Furthermore, the article aims to elucidate the double role that the government plays. It has the reform initiative and must apply Competition Advocacy as a previous control of the legislation, which can have an anti-competitive effect. That effect is incompatible with how antitrust policies have been conceived.

Keywords: Social Security System in Health, Antitrust Law, Interventionism, Health Market, Regulation, Bureaucracy, Competition Advocacy.

INTRODUCCIÓN

Uno de los sectores que la población ha considerado como ajeno a la Economía de mercado ha sido el de la salud, y por ello se tiende a suponer que se debe calificar como un sector exceptuado del régimen de competencia dado el carácter esencial de su servicio, "ya que se considera que tiene un costo pero no un precio, siendo este postulado coherente con el juramento hipocrático, el cual ha venido a ser uno de los documentos anticompetitivos más antiguos del planeta, ya que los profesionales de la salud deben prestar sus servicios en consideración al bienestar de sus pacientes –los cuales no son clientes– y de acuerdo con los honorarios que fijan sus colegas, descartando su beneficio personal" (Autorité de la Concurrence, s.f.: 85). Pero la verdad es que la salud no solo en Colombia sino en el ámbito mundial se rige por las reglas del mercado, es decir que se encuentra supedita-

da al devenir constante de la oferta y la demanda y por ello es susceptible de ser objeto de competencia.

KENNETH J. ARROW –economista estadounidense nacido en 1921, quien fuera premio Nobel de Economía en 1972– es el precursor en demostrar la influencia de la economía en el sector de la salud, creándose el movimiento denominado la Economía de la Salud. En su artículo *Uncertainty and Welfare Economics of Medical Care* (1963), expone como principal falencia en la prestación del servicio de salud la asimetría de información, lo cual dificulta la prestación del servicio por medio de aseguradoras, ya que al no conocer con precisión el momento cuando sobreviene la enfermedad así como su recuperación, la información se convertía en un bien preciado. La pertinencia no pudo ser mayor, ya que para la década de los sesenta, la mayor parte de gobiernos volcaban sus esfuerzos en garantizar la prestación del servicio de salud, el cual, con el advenimiento de la declaración universal de los derechos humanos, adquirió una connotación preponderante por hallarse relacionado con los derechos clásicos por vía de conexidad, conduciendo a que en el desarrollo de los Estados de bienestar se garantizara por vía normativa su prestación, constituyendo así un impulso esencial para la elaboración del trabajo de ARROW, ya que la garantía del derecho se convirtió en un deber fundamental de los Estados. Es así como ARROW propone un esquema de aseguramiento que permite que la distribución del riesgo haga menos onerosa la prestación del servicio y, de esta forma, se obtengan mayores recursos con el fin de destinarlos a la prestación del servicio y al acceso de equipos y tecnología para garantizar el bienestar de los ciudadanos.

El aporte de ARROW no fue ajeno de permear nuestro país con la Ley 100 de 1993, con la cual se constituyó el Sistema General de Seguridad Social, creando para el área de la salud un subsistema con el fin de garantizar los derechos irrenunciables de la persona y la comunidad, para obtener una calidad de vida acorde con la dignidad humana, estableciendo a su vez que la salud constituye un servicio público esencial, por lo cual se deben crear condiciones de acceso para toda la población. Para este fin se crearon las Entidades Promotoras de Salud –EPS– cuya principal función es la de organizar y garantizar la prestación del Plan Obligatorio en Salud –POS– funcionando como aseguradoras.

En aras de hacer efectivos los principios de universalidad y solidaridad en la prestación del servicio, la ley prevé la división de la población en aquella perteneciente al régimen contributivo y aquella perteneciente al régimen subsidiado. De esta forma, se establece que las personas integrantes del régimen contributivo que hacen parte de la población con ingresos económicos (empleados, pensionados y ciertos independientes) coadyuvan a la financiación del sistema por medio de sus aportes o pagos de las primas de seguro. Esta prima de seguro recibió el nombre de Unidad de Pago por Capitación –UPC–, la cual constituye el pago a la EPS por cada beneficiario.

Así fue implementado por la ley un mecanismo de aseguramiento público en el que la entidad encargada de direccionar financieramente el sistema a través del llamado Fondo de Solidaridad y Garantía –FOSYGA–, el cual gira a cada EPS, por medio del sistema de compensación, el valor de la prestación.

El valor de la UPC tiene a su vez como destinación suplir los gastos de funcionamiento y extraer la utilidad para cada asegurador, con el fin de que el valor restante del mecanismo

de compensación con el FOSYGA contribuya a garantizar el pago a los prestadores del servicio, para que a su vez éstos cumplan con el pago del pasivo laboral del personal médico por los servicios prestados, destinándose el valor restante a la adquisición de suministros e infraestructura, lo que se constituye de esta forma en activos, restándole liquidez a las entidades al momento de enfrentar sus pagos.

Es así como se vislumbra el gran inconveniente del sistema, ya que la UPC o valor de la prima de seguro asume más de una destinación, lo cual hace oneroso el funcionamiento de las EPS, y conduce inevitablemente a la quiebra de más de una entidad, lo cual incide en el cumplimiento de sus obligaciones, y repercute de forma negativa en el bienestar de la población, ya que la calidad y oportunidad en la prestación del servicio se disminuyen como consecuencia de la ausencia de liquidez de las EPS.

Esta problemática condujo a que el gobierno formulara una reforma a la salud por medio de dos proyectos, uno por vía estatutaria y el otro por vía ordinaria, con el fin de otorgarle mayor estabilidad financiera al sistema, en especial al funcionamiento de las EPS, a fin de garantizar el acceso en condiciones de oportunidad y calidad a la población. De esta manera se reestructuran integralmente las EPS, las cuales pasarán a denominarse Gestores de Salud y a su vez se les despojará de su función de organización del POS, ya que será el Ministerio de Salud y Protección Social el que determinará sus áreas o mercados de funcionamiento, las cuales se denominarán Áreas de Gestión Sanitaria. Es así como la solución a la crisis de la salud proyectada por este gobierno conlleva a una centralización y burocratización del servicio, ya que a los Gestores de Salud les será desprovista su autonomía, por cuanto el financiamiento de los mismos será de entera responsabilidad de Salud Mía, entidad que suplirá al FOSYGA, la cual se encargará de girar directamente a los prestadores de servicios en salud el costo por los servicios prestados, menguando así a un rol secundario la labor de los Gestores de Salud cuya utilidad se reducirá a los excedentes que le sean girados por Salud Mía en función del cumplimiento de resultados.

El proyecto de reforma, que fue conciliado el 20 de junio de 2013 por el Congreso de la República, corresponde al de la Ley Estatutaria, en el cual han sido trazados los principios y objetivos del nuevo sistema colombiano de salud, así como los derechos y obligaciones de los ciudadanos y del gobierno nacional respecto de la prestación del servicio, los esquemas de participación ciudadana y la autonomía profesional de los profesionales y trabajadores de la salud. El gran desafío lo constituye el trámite, discusión y aprobación del proyecto de Ley Ordinaria, en el cual se encuentran contenidos los aspectos que serán enunciados a continuación y que serán objeto de análisis en el presente documento.

El objetivo del proyecto de reforma es abordar la problemática de cobertura e igualdad en la prestación del servicio de salud, frente a lo cual el gobierno, en el artículo 4 de la Ley Estatutaria, planea conjurar con una mayor intervención estatal restándole autonomía competencial a los actores principales del mercado, los cuales no son otros que los oferentes. Por ello la reforma gira en torno a 4 ejes fundamentales: Salud Mía, Mi Plan, Gestores de Servicios de Salud y Prestación de Servicios. Salud Mía reemplazará al FOSYGA, y se encargará de la gestión financiera del sistema, con la novedad de que recaudará los recursos provenientes de la cotización del régimen contributivo, lo cual en la actualidad es función

de las EPS, que son las que canalizan los recursos y por medio del mecanismo de compensación apropiación los recursos por concepto de los servicios prestados. Mi Plan es la nueva denominación del Plan Obligatorio de Salud –POS–, es decir el plan de beneficios al cual accederá la población con la variación de que no se consignarán los servicios, medicamentos y procedimientos autorizados sino únicamente los excluidos. La prestación de servicios de salud comprende dos grandes novedades: la primera consiste en que la prestación tendrá un área de acción individual y otra colectiva, es decir que se contemplan las prestaciones individuales a cargo de los Gestores de Servicios de Salud y que no se encuentren excluidas de Mi Plan. Y en segundo lugar se implementarán y fortalecerán planes de salud pública, cuya implementación y vigilancia estarán a cargo de las entidades territoriales. Gestores de Servicios de Salud es la nueva denominación de las actuales Entidades Promotoras de Salud –EPS–, las cuales se encargarán de proporcionar y garantizar la prestación de los servicios de salud a sus afiliados, con la novedad de que ya no manejarán recursos y que su remuneración dependerá de la consecución de resultados. De igual forma, su área de acción se delimitará por vía gubernamental ya que solo podrán operar en las Áreas de Gestión Sanitaria que les sean definidas por el Ministerio de Salud y Protección Social e igualmente les ha sido proscrita la integración vertical, lo cual quiere decir que no podrán disponer de una red propia para la prestación de los servicios de salud.

Sobre el último punto enunciado es que la reforma plantea mayores desafíos e inconvenientes en materia de competencia, por cuanto es en la fase de oferta de servicios y cobertura de planes de aseguramiento que la competencia se dilucida en el sector de la salud, ya que cada EPS debe disponer de una serie de recursos para estructurar una red de servicios y una cobertura que responda a las necesidades de los consumidores o usuarios, motivo por el cual algunas han organizado una red de atención y prestación de servicios que les permite ser más competitivas y de esta forma aglutinan mayores afiliados, con lo que obtienen su remuneración por vía de la UPC que aporta cada usuario en su calidad de afiliado por vía de un esquema de aseguramiento, es decir de la prima de seguro, ya que las EPS recaudan la cotización del régimen contributivo, la cual es de propiedad del sistema, pero como éste a su vez les debe pagar por la prestación de servicios a cada afiliado, opera el mecanismo de la compensación.

Cuando la EPS no debe pagar por la prestación de servicios por su no causación, este dinero es apropiado e invertido en la adquisición de activos. Con la reforma, al serles desprovista la facultad de ser las receptoras de los recursos dados por el régimen contributivo, su margen de acción se ve considerablemente disminuido ya que solo prestarán el servicio y será Salud Mía la que les gire los correspondientes recursos, los cuales comprenden una suma fija anual para financiar gastos de operación y un valor per cápita ajustado por riesgo, en función de las prestaciones de Mi Plan y del cumplimiento de resultados, anulándose así su razón misma de operatividad, pues no podrán disponer de las utilidades generadas sino por autorización y posterior giro de los dineros por vía estatal.

Esto genera visiblemente un atentado al esquema de mercado bajo el cual sin lugar a dudas funciona la salud, ya que no solo se trasgreden los derechos constitucionales de libertad de empresa y libre competencia de las EPS, sino que a su vez perjudica a los usuarios

del sistema, ya que bajo estas condiciones de funcionamiento serán menos las entidades y aseguradoras que podrán continuar ofreciendo sus servicios y, por ende, el derecho de elección bajo unas condiciones de libertad y objetividad les será considerablemente disminuido.

Es pertinente recordar que la función primigenia de la competencia se centra en el bienestar del consumidor, en garantizarle un mejor y transparente funcionamiento de los mercados con el fin de que le sea permitido tomar sus decisiones con un mayor grado de discernimiento, lo cual es logrado por medio de la provisión de información y de competidores que le permitan conocer a los usuarios cuál oferta se ajusta mejor a sus requerimientos, por lo que el mercado se constituye como un instrumento de garantía de sus derechos.

Frente a este controvertible punto de la reforma, que en realidad viene a constituir su eje fundamental, se debe analizar el rol que podría asumir la Superintendencia de Industria y Comercio como máxima autoridad en competencia, específicamente en su rol de Abogacía de la Competencia, cuyos objetivos principales son el fomento de la cultura de la libre competencia al interior del Estado y el control del ejercicio de la facultad del gobierno de intervención en la Economía, ya que a la luz del artículo 7 de la Ley 1340 de 2009, está llamada a rendir concepto previo sobre todos los proyectos de regulación estatal que puedan tener incidencia sobre la libre competencia en los mercados, como lo es el proyecto objeto de análisis.

Es así como en el presente escrito se analizará el sistema de salud colombiano desde la perspectiva del Derecho de la competencia, con base en lo que se encuentra vigente y lo que sobrevendrá con la eventual aprobación de la reforma del año 2013, con el fin de dilucidar si los problemas existentes se pueden conjurar con mayor promoción de la competencia o con la anulación de la misma por medio del intervencionismo estatal.

I. ¿LA CONNOTACIÓN ESENCIAL DE UN SERVICIO PÚBLICO EXCLUYE EL CARÁCTER ECONÓMICO DE SU PRESTACIÓN Y POR ENDE SU CONSIDERACIÓN COMO AGENTE DE MERCADO?

A. Características generales del mercado de la salud

JORGE KATZ y ERNESTO MIRANDA, en la *Revista de la CEPAL* (1994), realizaron un análisis del mercado de la salud, el cual fue descrito de la siguiente forma:

El cuidado, conservación y recuperación de la salud de los miembros de una determinada sociedad se realiza mediante el empleo de recursos humanos (médicos, otros profesionales de la salud y otro personal), equipos e instrumental, servicios de hospitalización públicos y privados, vacunas y fármacos e insumos sanitarios y generales. Estos recursos son combinados en proporciones variables, las que normalmente son decididas por los profesionales médicos: en la mayoría de los casos son ellos quienes definen los exámenes necesarios, asumen la responsabilidad por el diagnóstico clínico de las patologías identificadas y determinan las terapias, por lo cual la prestación del servicio obedece a una decisión médica. De esta forma cada uno de los servicios e insumos mencionados identifica un mercado particular en el que actúan distintos proveedores –públicos

y privados; nacionales y extranjeros— y usuarios, ya sea de bienes y servicios finales o de bienes y servicios intermedios, de consumo o de inversión. En dichos mercados prevalece un precio (o más bien un espectro de precios), alcanzado en virtud de ciertas reglas conductuales de los agentes —proveedores y usuarios o “pacientes”— que se desenvuelven enmarcados por estructuras de mercado más o menos competitivas (...) se trata en general de mercados imperfectos en los que la oferta tiene relativa capacidad para crear su propia demanda.

Con el fin de comprender el mercado se debe comprender cuáles son las principales funciones del Sistema de Salud (BLANCO RESTREPO y MAYA MEJÍA, 2005: 11):

Rectoría: implica definir la visión y orientación de las políticas sanitarias, estableciendo reglas de juego a los actores, de tal forma que se dé una acción coordinada entre ellos.

Financiamiento: diseño de mecanismos que hagan posible atender los costos de funcionamiento del sistema.

Generación de recursos: orientar y estimular la generación de recursos humanos y físicos que hagan posible la prestación del servicio.

Provisión de servicios: por medio de la red pública y privada de servicios.

El Óptimo de Pareto supone que la consecución de bienestar de unos consumidores puede llevar a la disminución de bienestar en otros por lo cual se debe garantizar la consecución de bienestar sin que ello sea producto del daño a otros (PEARCE, 1999: 287). Así, para que el mercado sea óptimo debe ser perfectamente competitivo. Para KENNETH J. ARROW, en el sector de la salud esto no es así, ya que al exponer en su artículo “*Uncertainty and Welfare Economics of Medical Care*” las principales dificultades en la prestación del servicio destacó que su falencia mayor residía en el carácter imperfecto de este mercado por cuanto la asimetría de la información es mayúscula, lo cual impone un desafío para los Estados que por vía normativa se han comprometido a garantizar la prestación del servicio de salud en condiciones dignas siendo de esta forma consecuentes con los postulados del Estado de bienestar, que hace que entre las instituciones y los ciudadanos se suscite la preocupación por los demás.

Es por ello que ARROW plantea que si bien se trata de un mercado imperfecto, es necesario garantizar la efectividad de su prestación, y que para lograr ello en condiciones de eficiencia, oportunidad y calidad, se debe efectuar bajo el esquema de aseguramiento con el fin de hacer frente a las particularidades de ese mercado, las cuales son: primero, el carácter incierto de la demanda, ya que esta es irregular e impredecible por cuanto se encuentra asociada a la enfermedad y a la muerte, así como a la probabilidad de dejar de percibir ingresos como consecuencia de un posible estado de invalidez. En segundo lugar, se halla la conducta esperada del médico, ya que sus parámetros de actuación como agentes de mercado no pueden ser comparables como los de un vendedor normal, en tanto su profesión se encuentra sometida a una escala ética más exigente que la de cualquier otra profesión, lo cual conduce a que se tenga mayor confianza en su actuar, siendo esto agravado por la incertidumbre y desconocimiento del consumidor del producto o bien a adquirir, como es el tratamiento médico, lo cual condujo que a lo largo del siglo XX se lograra perfeccionar

el consentimiento informado. Como tercera particularidad de este mercado se encuentra la ausencia de certeza en la consecución del producto deseado, ya que las probabilidades de recuperación de la salud son inciertas, y el grado de éxito de los procedimientos y tratamientos varía de acuerdo con las condiciones de cada paciente.

El anterior inconveniente se agrava como consecuencia de la dificultad que reviste el suministro de los servicios de salud, pues sus productores, por encontrarse sometidos a una barrera de acceso, como lo son la adquisición del título de médico y su licenciamiento para producir el servicio, generan un costo para el sistema, el cual se incrementa de acuerdo con el grado de especialización del profesional, incidiendo a su vez en el costo del servicio y por ende en el bienestar del paciente. Estos inconvenientes del sector han encarecido el servicio, y repercutido de forma negativa en las tarifas o precios del servicio. En economías como la nuestra, en la que se concibió la prestación en función de la capacidad económica del usuario –lo cual tuvo que ser posteriormente objeto de revisión, garantizándose así que el acceso a los servicios de salud se diera en condiciones de equidad– la satisfacción de la necesidad depende en gran medida de la acción estatal, como consecuencia de la faceta de proveedor que le fue atribuida con el advenimiento del Estado de bienestar.

Las particularidades del mercado de la salud expuestas por ARROW ya han puesto de manifiesto críticas al Estado de bienestar porque las decisiones de política social no corresponden a criterios económicos coherentes, conduciendo a la aseveración de que "el Estado de bienestar niega el Estado de bienestar", por cuanto la ampliación del catálogo de bienes que debe proveer el Estado le han conducido a un incremento en su carga presupuestal, repercutiendo negativamente en la prestación del servicio. Por esta razón se involucró a los particulares en la prestación del servicio, con el fin de que por medio del incentivo que constituyen los pagos de las primas de seguro por parte de la población que tiene capacidad de pago, se financie el sistema sin comprometer gran parte de la partida presupuestal de un servicio cuya financiación debe partir de una distribución del riesgo.

Lo anterior se evidenció en el esquema de salud que le precedió al trazado por la Ley 100 de 1993, estructurado sobre la base de un subsidio a la oferta, el cual se caracterizó por la centralización financiera del servicio en el Estado que destinaba grandes sumas de dinero al sistema con el fin de garantizar la prestación del servicio sin proporcionar un esquema de control y vigilancia eficiente para el manejo y destinación de esos recursos, los cuales, como consecuencia de la corrupción, no llegaban a los prestadores del servicio, ocasionando una disminución en la calidad de los servicios prestados a la población.

Lo anterior permite ilustrar una crítica al intervencionismo estatal en la Economía, ya que la centralización del servicio conlleva a la negación del mismo. En su artículo, ARROW establece que el esquema de aseguramiento conduce a que financieramente el sistema sea viable, ya que al distribuir el riesgo se hace efectivo el principio de solidaridad y contribución de todos los ciudadanos a las cargas públicas del Estado. Es por ello que el principal aporte de ARROW reside en demostrar cómo la Economía es instrumental a los fines del Derecho, y que por ende no se les debe antagonizar.

El nuevo orden económico mundial, configurado en el siglo XX, establece, además de la creación de derechos con contenido social, el advenimiento del amparo del derecho en

las relaciones económicas por medio de la constitución económica, cuyos derechos principales son la libertad de empresa y la libre competencia, por lo cual el Estado es el llamado a lograr una sana compaginación de los mismos. Es por ello que debe proveer las garantías necesarias para que los agentes privados coadyuven al sostenimiento de las cargas públicas, ya que la provisión de los servicios esenciales no puede ser obra exclusiva del aparato estatal, en la medida en que toda decisión política contiene un componente económico y racional.

B. La connotación empresarial de las operaciones inherentes a la prestación de los servicios de salud

La demanda de los servicios de salud se encuentra determinada por toda la población, pues se trata de un bien del cual necesitan todas las personas sin ningún tipo de excepción. La oferta se organiza por los siguientes sub-mercados:

- Mercado de recursos humanos que a su vez comprende el de los servicios médicos y el de la educación profesional.
- Mercado de servicios institucionales (hospitalización pública y privada).
- Mercado de medicamentos.
- Mercado de los seguros de salud o de financiamiento (VASALLO, SELLANES y FREYLER, 2003).

La competencia ha sido definida como “la disputa o contienda entre dos o más sujetos sobre alguna cosa, se trata de luchar por ser escogido, para ello una empresa determina las necesidades que tiene un consumidor y trata con su actividad de satisfacer dicha necesidad a fin de buscar el beneplácito del mercado” (VELANDIA, 2011: 49). En el sector salud, se ha definido que interviene en la oferta de servicios en el mercado, lo cual hace necesario establecer el carácter económico de la intervención del operador, para que de esta forma le sea atribuida la calidad de empresa.

En el caso de las EPS, se vislumbra su connotación empresarial, ya que al ser oferentes de los servicios de atención en salud, al establecer una prima de afiliación o aseguramiento determinan su valor de acuerdo a la condición socio-económica del afiliado, de manera que la tarifa es progresiva. Por ende, de acuerdo con la red hospitalaria con la cual se cuenta—bien sea propia o por vía de convenios con instituciones privadas y estatales—se ofrece a la población un paquete de servicios a un precio que corresponda a la calidad de los mismos. Por tal razón, cada EPS se ve obligada a estructurar una infraestructura de atención que debe obedecer a un precio eficiente. Esto se traduce en un beneficio para el usuario o consumidor de los servicios, en la medida en que cuenta con un baremo de entidades para escoger, ya que si bien la adquisición de los servicios no corresponde a criterios comunes a los de cualquier otro producto, en tanto ninguna persona busca enfermarse, éstas al menos deben contar con una entidad que asuma de la mejor manera posible la atención de la contingencia. Por lo anterior, con antelación al advenimiento del estado patológico, el potencial usuario debe efectuar una decisión de mercado de acuerdo con sus necesidades y que se ajuste al

presupuesto destinado a ese rubro de la vida cotidiana, por lo cual la competencia en este sector es benéfica en tanto conlleva a que los oferentes permanentemente se esfuercen por atraer más afiliados. Esto se logra por medio de la mejora en la calidad de su servicio, ya que deberán propender por abastecerse de equipo y personal médico que atienda de la mejor manera las necesidades de la población.

Es por ello que la competencia es benéfica en este sector, ya que si bien se trata de un sector que reviste mayor sensibilidad porque se relaciona con la preservación de la integridad y dignidad del ser humano, objetivamente funciona como cualquier otro producto, ya que se trata de satisfacer una necesidad contingente pero necesaria al ser humano y frente a la cual el precio es una variable esencial de toma de decisión. Es por ello que la categorización de la salud como negocio no es negativa, sino que, por el contrario, benéfica para la prestación del servicio en condiciones de igualdad y universalidad, pues la competencia entre los oferentes y la apertura del mercado a unos nuevos no tiene otra consecuencia que el bienestar de la población, por la mayor exigencia de eficiencia a la que se verán sometidas las entidades que quieran pertenecer al sistema.

En el Derecho comparado han existido discusiones en torno a lo que se puede calificar como actividad empresarial; por ejemplo, en la sentencia HÖFNER del 23 de abril de 1991, la Corte de Justicia de las Comunidades Europeas (Asunto C-41/90) adoptó un concepto expansivo de lo que es una empresa, al definir cómo "Toda entidad que ejerce una actividad económica es considerada como una empresa, en el seno del derecho comunitario, sin importar cuál sea su estatus jurídico o su modo de financiamiento".

En el ámbito que nos ocupa, el mercado de la salud, la Corte de Justicia de las Comunidades Europeas en el año 2006 (Asunto C-205/03P) efectúa un giro jurisprudencial sobre el concepto de empresa, decisión en la cual la fuente del conflicto es la competencia. En este caso, la Federación Española de Empresas de Tecnología Sanitaria –FENIN– se enfrentó con la Comisión de las Comunidades Europeas, al desestimar el recurso de anulación interpuesto contra la Decisión de la Comisión del 26 de agosto de 1999, en la cual se denegó la denuncia que FENIN había formulado contra veintiséis entes públicos, entre los que se incluían tres ministerios encargados de la gestión del Sistema Nacional de Salud –SNS–, por el motivo de que dichos entes (gestores del SNS) no son empresas a efectos de la aplicación del artículo 82 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea. FENIN se encarga de vender material sanitario como equipos médicos a los entes gestores del SNS pero en diciembre de 1997, FENIN denunció ante la Comisión de las Comunidades Europeas los retrasos sistemáticos con que los entes gestores del SNS efectuaban sus pagos, retrasos que, en su opinión, constituían un abuso de posición dominante en el sentido del artículo 82, ya que dichos entes abonaban las cantidades adeudadas a los miembros de FENIN con un retraso medio de trescientos días, mientras que satisfacen en plazos mucho más razonables las deudas contraídas con otros prestadores de servicios.

Señaló que esta discriminación se explicaba por el hecho de que los miembros de FENIN no podían ejercer presión comercial alguna sobre los referidos entes, puesto que éstos ocupan una posición dominante en el mercado español de material sanitario. Se consideró que cuando dichos entes adquirían material sanitario no actuaban como empresas en el

sentido del Derecho comunitario de la competencia, y que por ende no les eran aplicables los artículos 81 y 82. Esta decisión condujo a FENIN a formular recurso de casación con el argumento de que el Tribunal de primera instancia debió haber considerado que "la actividad de compra tiene naturaleza económica, y por lo tanto está sometido a las normas de competencia, puesto que la actividad posterior, a saber, la prestación de asistencia sanitaria, tiene a su vez tal naturaleza".

El argumento aducido por la Comisión para desestimar las pretensiones de FENIN era que lo que caracterizaba al concepto de actividad económica era la "acción de ofrecer productos o servicios en un mercado determinado, y no la actividad de compra en cuanto tal". El Tribunal de Primera Instancia dedujo que el carácter económico o no del uso posterior del producto adquirido determina necesariamente la naturaleza de la actividad de compra, desestimando así el motivo de casación de FENIN. Por lo cual se considera que la sola compra no constituye una actividad económica ya que debe responder a una oferta en el mercado. "Es así como una entidad que compra un bien para hacer uso en el marco de una actividad no económica, como lo es una actividad de naturaleza social, incluso si se puede ejercer un poder económico importante en tanto poder de compra, no actúa como una empresa" (Autorité de la Concurrence, s.f.: 89).

Sin embargo, frente a este tema, en sentencia de la Corte de Casación del 21 de octubre de 1997 (*chambre syndicale des pharmaciens du Maine-et-Loire*) (Cour de Cassation, Bulletin 1997: 234), en lo concerniente a las aseguradoras en salud o mutuales como son denominadas en ese ordenamiento, la jurisprudencia francesa estableció que la inclusión de estos grupos sin ánimo de lucro en el campo de la competencia puede adoptarse, si se considera bajo la óptica de las operaciones de compra para reventa, ya que la exigencia de una actividad de oferta implica la búsqueda de un beneficio. Es así como aun si una actividad no está movilizadora por la búsqueda de un beneficio, si se orienta a ofrecer un bien o servicio en un mercado puede encontrarse sometida al Derecho de la Competencia (ídem).

El informe sobre Derecho de la Competencia y salud de la Autoridad Nacional de Competencia de Francia (Autorité de la Concurrence), que ha sido una referencia fundamental para comprender el particular funcionamiento del mercado de la salud en ese ordenamiento, expone un punto esencial en el postulado del artículo L.410-2 del Código de Comercio Francés, que establece que los precios de los bienes y servicios son libremente determinados por el juego de la competencia. Pero tratándose del sector salud, el hecho de que sea un ámbito de mayor injerencia estatal, las actividades del sector no responden siempre al principio de libertad de precios, pero esto no conduce a concluir que el sector sea excluido del campo de acción del Derecho de la Competencia. De esta forma, para efectos de fijación tarifaria, la Autoridad de Competencia expone que el mercado de la salud se puede dividir en dos: aquella porción de mercado cuyos precios del servicio son fijados por el poder público y aquel segmento de mercado que proporciona mayor libertad de determinación a los agentes privados. Respecto del primer segmento, se catalogan aquellos servicios que son correspondientes a la seguridad social, debidamente establecidos en una serie de listados, que para el caso colombiano vendría a ser el Plan Obligatorio de Salud –POS–. El otro segmento del mercado corresponde a aquellos servicios que no se

encuentran previstos en estos listados pero que deben igualmente ser prestados para evitar poner en riesgo la integridad del paciente.

La liberalización de precios en este último segmento se percibe con mucha desconfianza ya que podría incitar a la cartelización de los prestadores al generar abusos en detrimento de los pacientes. Pero esta alea no puede conducir a la categorización de la competencia como perjudicial para el sistema de salud, ya que si bien por estos servicios se cobra un precio, el papel de las instituciones prestadoras de los servicios de salud será el de competir por atraer a aquellos usuarios mediante incentivos. Éstos no pueden ser otros que precio y calidad de los tratamientos, lo cual incrementará el bienestar de los pacientes y la satisfacción plena de su necesidad de tratamiento y recuperación de la salud. Todo ello, claro está, bajo la vigilancia atenta de la autoridad nacional de competencia con el fin de evitar conductas atípicas al mercado, como la cartelización y el abuso de posición dominante. Otro aspecto relevante que pone de presente el informe es la exigencia de una autoridad estatal de competencia que materialice el papel interventor del Estado de manera eficiente y que al mismo tiempo lo sepa neutralizar. De allí la importancia de la Abogacía de la Competencia como instrumento garante de la libertad y de los derechos que le son provistos a los agentes privados.

En Estados Unidos, la Federal Trade Commission –FTC– reconoció la contingencia del mercado de la salud y su orientación a un mercado en competencia como favorable para el consumidor en una declaración efectuada por su presidente ROBERT PITOFSKY ante el comité judicial de la Cámara de Representantes del Congreso de Estados Unidos en febrero de 1996 (Federal Trade Commission, 1996). En esta reunión se manifestó que el sistema de salud del país demandaba profundos cambios porque habían emergido nuevos esquemas de financiamiento del servicio que competían por la elección del consumidor de sus servicios. Esto condujo a que el papel de la comisión se orientara en no obstaculizar la libre competencia de los proveedores de servicios, cuyo esquema tenía un gran potencial pro competitivo.

En el pasado, la comisión declaró ilegal la integración de redes de médicos que tenían un efecto sustancial y directo en el precio, pero fallaban en la compensación del servicio, es decir en la satisfacción del bienestar del consumidor, por lo cual se inició un progresivo reconocimiento de la salud como mercado y, a su vez, se interiorizaron los beneficios que la competencia podía aportar a los usuarios, lo cual más adelante conduciría a la reformulación del sistema en el año 2010 bajo la administración del presidente BARACK OBAMA.

El sistema de salud de Estados Unidos era de los pocos que en el ámbito mundial no garantizaba aún la universalidad ni la solidaridad, es decir que no permeó los postulados del Estado de bienestar, el esquema de aseguramiento y distribución del riesgo trazados por ARROW. “La salud era costosa, excluyente y mala. Había una gran cantidad de compañías ineficientes, ya que para acceder a los servicios se debían cumplir una serie de formalidades como completar formularios, lo cual hacía el servicio complicado y costoso” (BLANCO CRUZ, 2012: 30-41).

Estos problemas condujeron a que el presidente BARACK OBAMA promoviera una reforma estructural a la salud de los estadounidenses, la cual se denominó Affordable Care Act –ACA–, comúnmente conocida como *Obamacare*, con el fin de que se brindara una prestación en condiciones de calidad, oportunidad y eficiencia. En el seno de la opinión pública se

logró consenso en el tema a pesar de la postura asumida por la oposición republicana, ya que la población era consciente de la necesidad de la reforma, porque era imperativo que el nuevo sistema fuese sustentable y de mayor calidad en la atención médica. Igualmente se reconoció la importancia de incluir incentivos en forma de pagos por la calidad del servicio prestado, asumiendo como principio fundamental la prevención. La ley mantiene el sistema bipartito público y privado: *Medicaid* y *Medicare*, respectivamente, lo cual condujo a que se implementara la política del "Mandato Legal", que estableció la obligatoriedad de tener un seguro médico para toda la población de Estados Unidos con el fin de que se incrementara el segmento contribuyente y, a su vez, el no contribuyente fuese de igual forma beneficiado al establecer como única condición para acceder el ser residente legal, por lo que se fijaron multas para aquellos que no contrataran un seguro cuyo monto máximo será el 2,5% del ingreso anual de una familia.

Los criterios para acceder al régimen subsidiado son definidos por cada Estado, así "el gobierno federal establece que todos los niños, mujeres y hombres que sean ciudadanos de los EE.UU. o residentes legales (menores de 65 años) que se encuentren por debajo del 133% de la línea de pobreza (la línea de pobreza es 18 310 US\$ anuales para una familia de tres personas) deberán estar cubiertos. Esta reforma se implementará a partir del 2014 y será financiada los primeros años en un 100% por el gobierno federal, con progresivos incrementos a los aportes efectuados por el orden estatal con el fin de atraer prestadores.

Para financiar el aporte estatal, el programa *Medicaid* contempla la introducción paulatina de impuestos –lo cual condujo a que el partido republicano se opusiera a la reforma– particularmente para aquellos individuos que ganen más de 200.000.00 dólares al año" (GANDUGLIA, 2010; 70: 381-385). De esta forma, el presidente OBAMA introdujo en el esquema económico de Estados Unidos un criterio de bienestar eficiente, con la provisión del servicio público esencial como producto de la contribución de todos los ciudadanos, en especial de aquellos que poseen mayores ingresos. Es así como, luego de 40 años, el esquema propuesto por ARROW permeó el modelo de salud de su país, permitiendo afianzar la idea de que la Economía contribuye al incremento del bienestar. La reforma plantea un panorama favorable al progreso del sistema, tal como lo evidencia el informe de febrero del año 2013 del mercado de seguros (Marsh Risk Management Research, 2013: 55), que ilustra que a medida que la industria evoluciona, el mercado asegurador particularmente en responsabilidad médica, se ha vuelto más competitivo excluyendo eventos restrictivos del mercado. De esta forma, el esquema asegurador se ha expandido y ha conducido a que se creen redes de proveedores que optimicen el cuidado del paciente de forma continua, incentivando la contratación de médicos no solo generales sino especialistas, creándose un esquema integral de oferta con vigilancia en el costo de la atención.

Estas ilustraciones del Derecho Comparado, particularmente el modelo estadounidense permiten coadyuvar al replanteamiento de la incidencia de la competencia en el sector de la salud, ya que en los demás ordenamientos se ha estimulado el ingreso de más oferentes con el fin de garantizar la competencia en el mercado, pues se evidencia que ello repercute de manera favorable en la prestación del servicio. Paradójicamente, la reforma contemplada en el proyecto de Ley Ordinaria de nuestro país intenta implementar un esquema opuesto,

al establecer mayores barreras de acceso al mercado a los oferentes, ya que estos no son canalizados por su infraestructura y capacidad de respuesta en la prestación de los servicios, sino por el grado de sometimiento a los nuevos lineamientos, en tanto modelo de negocio que les plantea la reforma no les permite obtener ganancia alguna por su actividad, la cual solo podrá extraerse en función del cumplimiento de resultados y como los demás recursos de operatividad de la entidad solo podrá ser autorizada y girada por el orden central. Esto repercutirá en la oportunidad de la atención, pues la entidad deberá contemplar con la suficiencia y disponibilidad de los recursos girados por Salud Mía para atender la prestación, en cuyo caso negativo la perjudicada no será otra que la población.

II. ¿HASTA QUÉ PUNTO LA MATERIALIZACIÓN DEL ESTADO DE BIENESTAR LEGÍTIMA EL INTERVENCIONISMO ECONÓMICO GUBERNAMENTAL?

La reestructuración del sistema de la salud en Colombia tuvo como catalizador el artículo 49 de la Constitución Política de 1991, que establece que la salud es un servicio público a cargo del Estado, el cual garantizará a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud. En oposición al sistema que le precedió, la Ley 100 de 1993 propendía por un esquema de subsidio a la demanda por medio de la implementación de un esquema de aseguramiento público, similar al expuesto en el sistema estadounidense, en el cual la población se dividía de acuerdo con sus ingresos, y condujo a que desafortunadamente se discriminara la prestación del servicio por capacidad económica, error que tuvo que ser luego subsanado por vía jurisprudencial.

Igualmente se diseñó un sistema en el cual se pretendía garantizar la prestación de servicios básicos de salud por medio de un catálogo denominado Plan Obligatorio de Salud –POS–, cuyo ámbito se restringía a la atención de la enfermedad general y a su vez distinguía el contenido del mismo de acuerdo al régimen. Se crearon las EPS, definidas en el artículo 177 de la Ley 100 de 1993 como entidades responsables de la afiliación y registro de los afiliados, y del recaudo de sus cotizaciones. Su función básica es organizar y garantizar directa o indirectamente la prestación del plan de salud obligatorio, constituyéndose de esta manera como aseguradoras, cuyos ingresos provienen de la Unidad por Pago Capitación –UPC–. Este monto en principio fue fijado por el Consejo Nacional de Seguridad Social previsto en el artículo 171 de la mencionada ley, posteriormente asignado a la Comisión de Regulación en Salud –CRES–, creada con la Ley 1122 de 2007 y que posteriormente fue objeto de liquidación mediante el Decreto 2560 del año 2012, asumiendo sus funciones el Ministerio de Salud y Protección Social.

De acuerdo con lo establecido por el artículo 182 de la ley, el sistema general de seguridad social en salud, por intermedio del Fondo de Solidaridad y Garantías –FOSYGA– reconoce a cada EPS un valor per cápita, denominado Unidad de Pago por Capitación, establecido de acuerdo con el perfil epidemiológico de la población relevante, a los riesgos cubiertos y a los costos de la prestación. Estos recursos provienen de los aportes de los afiliados y son pagados directamente a las EPS, las cuales a su vez giran los recursos al FOSYGA una vez haya tomado de esa suma el valor correspondiente a los servicios prestados del POS y tam-

bién por las prestaciones que son No POS, efectuándose una compensación. A su vez, sus ingresos provienen de las cuotas moderadoras y los copagos. "La primera es una cuota que deben pagar los cotizantes y beneficiarios al acceder a servicios como consultas generales y especializadas, urgencias no vitales, cuyo fin es regular la utilización y estimular el buen uso de los servicios de salud, mientras que los copagos son pagos porcentuales que deben realizar los beneficiarios del cotizante al recibir servicios como procedimientos quirúrgicos y hospitalarios, cuya finalidad es ayudar a financiar el sistema, ya que es el pago de un porcentaje del servicio" (Unisalud, s.f.). A su vez, las EPS contratan directamente con las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud –IPS– la prestación de los servicios, diseñando de esta forma su red hospitalaria.

Sobre la incidencia del Derecho de la Competencia en el sector salud de Colombia, es preciso acotar que si bien en el país se considera que la salud no es un bien que por ende se encuentre sometido a las reglas del mercado y a su consecuencia natural como es la competencia, nuestro sistema previó la competencia en la Ley 100 de 1993, por cuanto estableció que una EPS podía tener su propia red hospitalaria, es decir la aseguradora podía organizar con sus propios agentes la prestación del servicio de salud. Esto condujo a que aquellas que tenían el suficiente respaldo financiero que les permitiera establecer una infraestructura fuerte de servicios, fueran las únicas que sobrevivieran en el sistema, ocasionando la inevitable quiebra de aquellos competidores que no estaban en igualdad de condiciones en el mercado, pues el mismo ordenamiento les impuso una barrera de acceso. Este fenómeno, denominado Integración Vertical tuvo que ser conjurado por vía legislativa por medio de la Ley 1122 de 2007, en cuyo artículo 15, denominado Regulación de la Integración Vertical y de la Posición Dominante, se limitó mas no se eliminó la posibilidad de que las EPS contaran con su propia red hospitalaria, ya que dispuso que pueden utilizar su red hasta en un 30% del costo total de los servicios. La integración vertical en el sector salud fue precisada por la Corte Constitucional en los siguientes términos:

En el caso colombiano, debido a las especificidades en el diseño del régimen contributivo, el cual desintegra –separa– el aseguramiento –a cargo de las EPS– de la prestación del servicio –en cabeza de las IPS–, la integración vertical ha sido entendida en los siguientes términos: debido a que las EPS tienen la función principal de garantizar la prestación de los servicios del POS, como producto final a sus afiliados, se ha supuesto que esta firma se enfrenta a la decisión entre entregar directamente los servicios o llevarlos al usuario mediante ciertas transacciones en el mercado, esto es, se plantea que la EPS podría integrarse hacia adelante con la IPS y de este modo controlar directamente la atención a sus afiliados. La amplitud de la integración entre EPS e IPS puede examinarse de dos maneras bien sea en término del rango de servicios o de actividades que hacen parte del POS y que son entregados de manera directa por las EPS, o en término de la población que como una proporción del total de afiliados es servida de esta forma. Por su parte, el grado de integración vertical va a estar referido al porcentaje del gasto en servicios de salud que la EPS realiza a través de sus propias IPS. La forma de la integración se determina por la manera como la EPS establece control sobre la IPS" (Corte Constitucional, Sentencia C-1041).

La prohibición consagrada en el artículo 15 de la Ley 1122 de 2007 es coherente con la preservación del mercado, ya que al limitarse la potestad de las EPS de contar con su propia red hospitalaria por cuanto se materializó el principio de igual, al evitarse el abuso de posición dominante de algunos oferentes del mercado, y por lo tanto era benéfico al régimen de competencia en este sector particular.

De esta forma se ilustra brevemente el sistema de seguridad social en salud actual, sobre el cual si bien se parte de la categórica afirmación de que se encuentra en crisis, se discute la génesis o agente catalizador de la misma. Para algunos es producto de la excesiva autonomía que les fue concedida a las EPS desde el texto de la Ley 100 de 1993, y que por ende la sanción que les debe ser aplicada es la disminución de presencia en el mercado o incluso su eliminación. Para otros, la crisis es consecuencia de la ausencia de un control efectivo por parte del gobierno central, ya que si bien las EPS pudieron haber abusado de las prerrogativas que por ley les fueron reconocidas, el Estado como directo responsable de la provisión del servicio por mandato constitucional debió hacer efectivos los mecanismos de control con los cuales contaba.

A favor del primer argumento se puede mencionar que el incumplimiento de las EPS de los pagos a las IPS fue un gran problema, ya que al ser las EPS las obligadas al pago por las prestaciones efectuadas a las IPS, estas entidades siempre cuentan con el giro del valor del seguro por cada afiliado, aun cuando este no utiliza los servicios, lo que constituye una evidencia del carácter contingente del mercado, por cuanto como puede sobrevenir el estado de enfermedad puede no hacerlo, lo cual conduce a que este dinero se encuentre líquido en el haber de las EPS, desafortunadamente estas no capitalizaban el dinero sobrante con el fin de que se les permitiera contar con un margen de solvencia, el cual es la liquidez para atender los servicios en el momento que sobreviene el estado patológico del usuario.

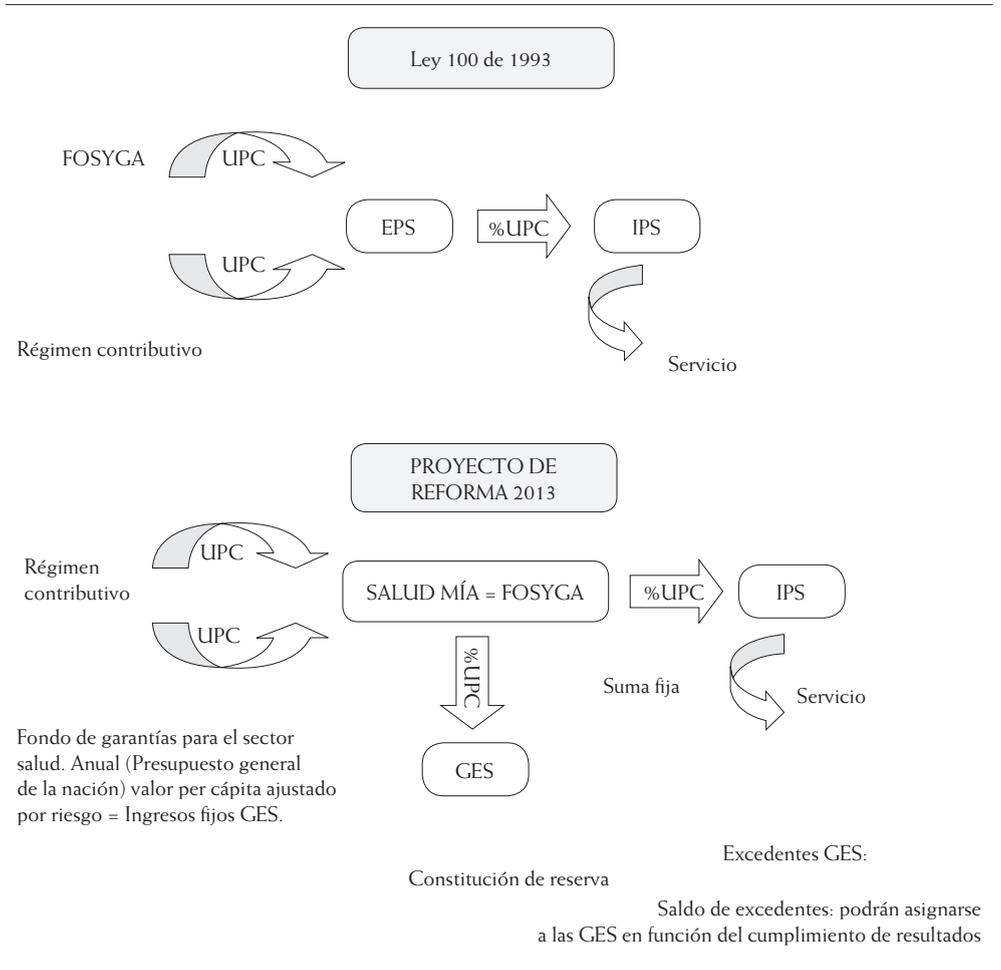
Estos dineros no solo eran destinados a la adquisición de equipos e inversión en infraestructura sino que por obra de gestiones administrativas equivocadas se destinaban a operaciones de mercado ajenas a la prestación del servicio o, peor aún, eran objeto de apropiación por parte de las directivas de las entidades. Estos comportamientos condujeron a que la calidad y oportunidad del servicio se vieran afectadas. Todo lo anterior fue óbice para que el gobierno promoviera una reforma legislativa "Por medio del cual se redefine el Sistema de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones" con leyes de carácter estatutario y ordinario.

Uno de los mayores catalizadores de la reforma es el deficiente manejo de los recursos por parte de las EPS, motivo por el cual eje fundamental del proyecto del año 2013 consiste en despojarlas de las funciones primordiales que venían desempeñando a manera de sanción por las fallas que se presentaban.

Así, con el fin de corregir los errores en los que incurrieron los operadores privados del mercado, el Estado desea asumir la función de manejar casi que autárquicamente el subsistema por medio de una centralización exacerbada del servicio, probablemente con el fin de corregir y reducir las fallas del mercado. Si bien el Estado actúa en la órbita de legitimidad como garante de la dignidad y los derechos irrenunciables de sus ciudadanos como premisas fundamentales del sistema de seguridad social, su órbita se extralimita al

incidir en el régimen de competencia del sector, ya que éste tiende a ser anulado por las barreras impuestas al acceso del mercado, así como por su creciente burocratización. Esto permite plantear el interrogante de si el mayor intervencionismo estatal en la política de salud puede conjurar sus problemas o, peor aún, exacerbarlos.

En el objeto mismo del proyecto se traza como objetivo la redefinición del sistema, al prestar mayor atención a las áreas de promoción de la salud y prevención de la enfermedad y, a su vez, establece en el artículo tercero del proyecto de ley ordinaria como primera de sus características, que el sistema estará dirigido, regulado, controlado y vigilado por el gobierno nacional. Igualmente se crea como una unidad de gestión de carácter financiero Salud Mía, que reemplazará al FOSYGA, que contará con personería jurídica, autonomía administrativa y presupuestal. Como una de sus funciones figura el recaudo de las cotizaciones de los afiliados al régimen contributivo de salud y ordenar el pago a los diferentes agentes del sistema, funciones que corresponden a las EPS bajo el esquema actual.



El Plan Obligatorio de Servicios de Salud –POS– se denominará Mi Plan, el cual a diferencia del actual POS consistirá en un listado de servicios y tecnologías excluidos. El diseño del mismo, que previo a la liquidación de la CRES era función de ésta estará a cargo del Ministerio de Salud y Protección Social, siendo las exclusiones producto del consenso social.

El artículo 19 del proyecto divide la prestación del servicio de salud en: Acciones de salud pública y prestaciones individuales de salud. Las primeras estarán a cargo de las entidades territoriales y serán prestadas dentro de su jurisdicción. Las segundas son prestaciones contenidas en Mi Plan y estarán a cargo de los Gestores de Servicios de Salud.

Los puntos neurálgicos de la reforma constituyen la reforma a las EPS y la organización de la prestación del servicio de salud. De esta forma, el artículo 26 del Proyecto reemplaza las Entidades Promotoras de Salud –EPS– por los Gestores de Servicios de Salud –GES–, responsables de operar una Red de Prestadores de Servicios de Salud dentro de un Área de Gestión Sanitaria para organizar las prestaciones de Mi Plan.

Bajo la Ley 100, las EPS tenían plena autonomía en la estructuración de su red hospitalaria, pero con el fin de intervenir en la prestación del servicio a nivel nacional el artículo 26 del proyecto crea las Áreas de Gestión Sanitaria, definidas por el Ministerio de Salud y Protección Social, donde la población accede a las prestaciones individuales, y a su vez el artículo siguiente prevé las Áreas de Gestión Sanitaria Especial, que por su baja densidad poblacional o alta dispersión geográfica de la población, flujo de servicios y bajo desarrollo institucional, la organización y operación de la atención en salud podrán ser complementadas con la oferta disponible de servicios de otras áreas, correspondiendo la atención a un único gestor de servicios en salud.

A su vez, la reforma prevé que los Gestores para operar una red de prestadores de servicios de salud deberán constituirse como sociedades anónimas, lo cual viene a ratificar el punto sobre el carácter de la actividad empresarial realizada por éstos. El punto más controvertible de esta reforma lo constituye el despojamiento de la autonomía financiera de los gestores, quienes ya no recaudarán el valor de la prima de seguro de sus afiliados, reduciendo su labor a una intermediación entre los prestadores de servicios de salud y Salud Mía.

Las funciones más representativas de esta nueva orientación de las EPS o Gestores de Servicios de Salud son las siguientes:

Artículo 27 del Proyecto de Ley Ordinaria: *Funciones de los Gestores de Servicios de Salud.*

h) Auditar las facturas por servicios prestados, realizar el reconocimiento de los montos a pagar y ordenar los giros directos desde Salud Mía a los prestadores de Servicios de Salud y proveedores de medicamentos y dispositivos médicos.

o) Garantizar las prestaciones individuales de Mi Plan, con cargo al valor de los recursos que reciba para el efecto y a su patrimonio, en caso de no ser suficiente. Con el propósito de soportar las necesidades de financiamiento en la prestación de servicios deberán contar y mantener una reserva en Salud Mía para respaldar obligaciones con los Prestadores de Servicios de Salud.

- s) Tramitar y pagar las incapacidades por enfermedad general y tramitar las licencias de maternidad o paternidad a los afiliados cotizantes del Sistema General de Seguridad Social en Salud y las reconocidas a las víctimas, de conformidad con la delegación que determine Salud Mía.

Esta delegación financiera de las EPS a Salud Mía se ratifica en el artículo 33, que consagra la modalidad de financiación que les será impuesta a los gestores. En este artículo se establece que cada gestor contará con una cuenta en Salud Mía y tendrá derecho a los siguientes pagos:

- a) Una suma fija anual para financiar los gastos de administración, definida por el Ministerio de Salud y Protección Social con base en el número de usuarios, la cual será girada en cuotas mensuales.
- b) El valor per cápita ajustado por riesgo. Este se dividirá en:
- I) Una fracción para cubrir parcialmente el costo de las prestaciones individuales de Mi Plan.
- II) La fracción restante condicionada al logro de acciones o resultados en salud.

El valor per cápita permanecerá en Salud Mía en una cuenta a nombre de cada Gestor de Servicios de Salud, el cual será girado directamente a los Prestadores de Servicios de Salud.

Si como resultado de la gestión de los recursos del valor per cápita se presenta un déficit, éste será cubierto, en primer lugar, con las reservas con que cuenta el Gestor de Servicios de Salud en Salud-Mía.

Cuando al cierre de la vigencia el Gestor de Servicios de Salud genere excedentes, se procederá así:

- a) Una proporción será asignada a la constitución, mantenimiento o incremento de la reserva de cada Gestor de Servicios de Salud;
- b) El saldo de los excedentes podrá ser asignado al Gestor de Servicios de Salud como excedente propio en función del cumplimiento de resultados;
- c) Los valores no asignados se destinarán como reservas del Sistema General de Seguridad Social en Salud y serán administrados por Salud Mía.

Parágrafo. Salud Mía será responsable de la gestión financiera de los recursos, de la realización de los pagos que ordene el Gestor de Servicios de Salud, y de la administración de las reservas. Las decisiones de prestación de servicio, de calidad, y de responsabilidad médica y de auditoría serán responsabilidad de los Gestores de Servicios de Salud y los Prestadores de Servicios de Salud.

El último artículo enunciado es el más controvertible de la reforma al reflejar la desaparición de la autonomía financiera de las EPS o gestores, ya que los únicos ingresos serán los saldos de los excedentes por cumplimiento de resultados al ser los demás ítems financieros objeto de gestión gubernamental por medio de Salud Mía. De esta manera se fisura el mercado de la salud, pues al no percibir ningún incentivo económico representativo por la gestión realizada, no representa ningún interés para los Gestores continuar desempeñando la actividad porque, al exigirse su constitución como sociedades anónimas, no solo se les limita su facultad de autoorganización como garantía derivada del derecho de libertad de empresa, sino que a su vez les es impuesta una mayor carga financiera, que no podrán satisfacer como consecuencia de la ausencia de recursos propios, incidiendo así de forma negativa en la oferta y prestación del servicio con todas las consecuencias adversas que para el bienestar del ciudadano ello conlleva.

Este punto es ilustrativo del intervencionismo estatal en la Economía, pues los agentes oferentes o productores de los servicios dependerán enteramente del poder central representado por el Ministerio de Salud y Protección Social. El proyecto de ley ordinaria contempla que Salud Mía estará adscrita al ministerio, además será la encargada de pagarles a los prestadores de servicios de salud o IPS por los servicios prestados de Mi Plan. Frente a este punto, la reforma margina un aspecto importante: la excesiva burocratización repercutirá negativamente en la prestación de los tratamientos excluidos de Mi Plan. Sobre el cuarto eje de la reforma, la prestación del servicio, se presentan mayores dificultades en el sistema, debido a que por la zona gris que representa la definición de los servicios, médicos y tratamientos objeto de prestación por el sistema, porque si bien se actualizará el listado de los servicios excluidos por el POS o Mi Plan, siempre surgirán controversias respecto de los tratamientos que deberán ser objeto de protección, pues con los avances y desafíos que plantea la medicina, delimitar un servicio, tratamiento o medicamento como excluido de manera taxativa y radical constituye una tarea difícil.

En la actualidad, la prestación de los servicios médicos para este tipo de servicios es prevista mediante el estudio y aprobación por parte de los comités técnico-científicos, conformados por representantes de las EPS, IPS y de los usuarios. Esto se explica porque las EPS asumen el pago por los servicios prestados ante las IPS. Al ser ahora Salud Mía la encargada de girar directamente por los servicios prestados a las IPS, la aprobación de dichos tratamientos y prestaciones se dificultará al implicar una comunicación con el gobierno central con toda la burocracia que ello implica, además de la mayor dificultad que en materia de comunicación se presentará con las regiones apartadas del país. Porque si bien se dice que serán los gestores quienes auditarán los pagos, inevitablemente Salud Mía ejercerá un control sobre la destinación de los recursos que girará. Es decir, la reforma no es consecuente con la situación ordinaria de la prestación del servicio, y si bien una ley no está llamada a ser absolutamente previsiva, en un tema trascendental para la población como es la prestación de los servicios POS y No POS no se implementa nada nuevo, sino que solo se varía el enfoque de análisis de la atención y prestación.

Si bien la orientación de una administración moderna debe garantizar la satisfacción del bienestar de sus ciudadanos eliminando las barreras de acceso a los servicios, la reforma plan-

tea un escenario completamente contrario, ya que si Mi Plan no atiende oportunamente los pagos a las IPS por servicios prestados éstos no garantizarán la continuidad en la prestación del servicio, lo que afectará directamente a los usuarios. Este escenario de incumplimiento es bastante probable dado el carácter burocrático que asumirá la prestación del servicio, la cual dependerá exclusivamente del gobierno central. El interrogante que surge es si esta centralización e intervencionismo económico del Estado, por medio de la restricción en la operación de los agentes privados es la solución que pueda garantizar que la prestación del servicio se dé en condiciones de oportunidad y calidad. La respuesta sería negativa, pues al no generarse incentivos para la participación de oferentes de servicios simplemente no existirán oferentes, porque si bien se trata de la prestación de un servicio público esencial de especial protección, todos los oferentes deben tener un interés para realizar la actividad y la reforma no les garantiza eso. Al encontrarse plenamente sometidos financiera y estructuralmente al gobierno central no hay garantías para que el desempeño de sus funciones se dé en el marco de la libertad de empresa.

Si bien se puede aducir que la libertad de empresa no es un derecho absoluto y puede ser objeto de limitación por parte del Estado cuando así lo exigen el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la nación, con referencia a los valores en conflicto y a la postura de satisfacción integral de necesidades por parte del Estado, esta postura se reitera en el ámbito de la prestación del servicio de salud.

Así, en la Sentencia C-197 de 2012 en torno a la demanda del artículo 52.1 de la Ley 1438 de 2011 sobre contratación por capitación frente a la cual el recurrente, la Corte Constitucional adujo que la disposición "Sólo se podrá contratar la prestación de servicios por el mecanismo de pago por capitación para los servicios de baja complejidad, siempre y cuando el prestador y el asegurador reporten con oportunidad y calidad la información de los servicios prestados objeto de la capitación" vulnera los postulados del artículo 48 de la Constitución al no ser coherente con los principios de eficiencia, restringiendo las formas de contratación del sistema de salud", y aseveró que el legislador no puede restringir esta forma de contratación sin una razón suficiente, y que al hacerlo, creó "(...) en la realidad y de manera objetiva perjuicios para el sistema de salud, que lejos de ser más eficiente con la norma que se demanda, pierde un instrumento que le permite alcanzar un mayor grado de eficiencia". A su vez, respecto de la repercusión en el bienestar del consumidor adujo que la disposición también lesiona los artículos 49 y 209 superiores, toda vez que la restricción que contiene no es idónea, en tanto no persigue fines constitucionales. En este punto, el actor expresó: "Uno de los requisitos con los que debe cumplir la configuración legal del Estado en materia de seguridad social es que debe obedecer al desarrollo de principios constitucionales específicos como la solidaridad, la universalidad y la eficiencia en la prestación del servicio, *por lo tanto las medidas que se tomen deben resultar idóneas para alcanzar tales finalidades*, no obstante no se entiende en qué medida la prohibición de uso de la contratación por capitación protege los derechos de los pacientes, o garantiza la utilización óptima de los recursos". La Corte Constitucional asumió una postura tradicional "en defensa de los derechos de la población" con los siguientes argumentos:

Las libertades económicas no son absolutas. Esta disposición señala que la empresa tiene una función social que implica obligaciones, prevé que la libre competencia supone responsabilidades, e indica que la ley delimitará el alcance de la libertad económica "cuando así lo exijan el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación". Con base en esta disposición de la Carta, la jurisprudencia constitucional ha concluido que las libertades económicas son reconocidas a los particulares por motivos de interés público. Por esta razón, en reiterada jurisprudencia, se ha aclarado que las libertades económicas no son en sí mismas derechos fundamentales. Teniendo en cuenta que estas libertades no son absolutas y que el Estado tiene la obligación de intervenir en la economía para remediar las fallas del mercado y promover desarrollo con equidad, la Corte ha precisado que las libertades económicas pueden ser limitadas.

Sin embargo, a su vez establece que "el Legislador no goza de absoluta discrecionalidad para limitar estas libertades. Como se indicó en un párrafo anterior, según el artículo 333 constitucional, las libertades económicas solamente pueden ser restringidas cuando lo exija el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación. Adicionalmente, en virtud de los principios de igualdad y razonabilidad que rigen la actividad legislativa, la Corte ha señalado que cualquier restricción de las libertades económicas debe (i) respetar el núcleo esencial de la libertad involucrada, y (ii) responder a criterios de razonabilidad y proporcionalidad".

Como se enunció con antelación, el punto álgido de la reforma es la anulación de la autonomía financiera de los Gestores lo cual, en relación con la sentencia examinada, pone de presente si el proyecto trasgrede el núcleo esencial de la libertad de empresa. Sobre el mismo, en la citada jurisprudencia la Corte expresa:

La definición de cuál es el "núcleo esencial" de las libertades económicas no es una tarea sencilla, en materia de **libertad de empresa** entre otros contenidos, se pueden mencionar los siguientes: (i) El derecho a un tratamiento igual y no discriminatorio entre empresarios o competidores que se hallan en la misma posición; (ii) El derecho a concurrir al mercado o retirarse; (iii) La libertad de organización y el derecho a que el Estado no interfiera en los asuntos internos de la empresa como la organización empresarial y los métodos de gestión; (iv) El derecho a la libre iniciativa privada; (v) El derecho a la creación de establecimientos de comercio con el cumplimiento de los requisitos que exija la ley; y (vi) El derecho a recibir un beneficio económico razonable.

Con base en lo anterior, se puede decir que la reforma trasgrede el núcleo esencial del Derecho, al vulnerarse la libertad de organización empresarial y los métodos de gestión. Esto se ratifica en el artículo 21 del proyecto con la creación de las Áreas de Gestión Sanitaria, zonas del territorio colombiano definidas por el Ministerio de Salud y Protección Social, donde la población accede a las prestaciones individuales. De esta forma, el Estado organiza la prestación de los servicios POS o contenidos en Mi Plan, segmentando "el mercado" por áreas geográficas para proceder a la prestación del servicio, ya que los gestores operarán la red hospitalaria dentro de las áreas que le sean asignadas, evidenciándose otro problema

de especial connotación y es el de la atribución de estas zonas a los criterios que se obedecerán y los desafíos que impondrá, porque si bien la ley contempla esta distribución bajo un esquema objetivo, su efectividad no podrá ser más que una quimera si no se contemplan a su vez efectivos sistemas de vigilancia y control. Porque si bien uno de los objetivos del proyecto es permitir la supervivencia de solo aquellas EPS que gozan de fortaleza financiera para afrontar las restricciones del nuevo sistema, la realidad es que muy pocas podrán cumplir con los condicionamientos, sobreviviendo apenas las que gozan de poder de mercado y al ser su campo de acción delimitado por el gobierno central la segmentación del mercado puede generar un estímulo a la cartelización.

Al serles atribuidas a los Gestores una porción de mercado para desarrollar su actividad, se vulnera la libre competencia por cuanto para la atribución de las mismas no se dependerá de variables como precio y calidad sino que será por decisión gubernamental, y esto conduce a replantear nuevamente los términos excesivamente burocráticos y centralistas bajo los cuales fue concebida la redefinición del sistema de salud. Porque bajo este esquema se abrirá paso a que se presenten conductas irregulares en la atribución del mercado, pues al imponerse la constitución de los Gestores como sociedades anónimas sin la suficiente autonomía financiera que les permita operar como verdaderos oferentes de los servicios, serán pocas las empresas que puedan y decidan participar en el sistema, conduciendo a que se incrementen las probabilidades de abuso de posición dominante en el mercado.

Un esquema parecido se ha implementado en la prestación del servicio de aseo por medio de las Áreas de Servicio Exclusivo –AES–. En el área de los servicios públicos domiciliarios los artículos 333 y 365 de la Constitución Política fijan una pauta clara de competencia en este sector sobre la base de la libre entrada de los operadores, desarrollada por el artículo 10 de la Ley 142 de 1994, cuyo artículo 42 estableció que “por invitación pública, las entidades territoriales podrán establecer áreas de servicio exclusivas, en las cuales podrá acordarse de que ninguna otra empresa de servicio público pueda ofrecer los mismos servicios en la misma área durante un tiempo determinado”, cuyos efectos se extienden tanto en la órbita de los prestadores de servicios públicos domiciliarios como de los usuarios bajo perspectivas distintas. Así, para los primeros, las áreas de servicio exclusivo constituyen una limitación a la libertad de entrada, es decir, a la libertad de ingresar a un segmento de mercado y participar en condiciones de libre competencia frente a los demás operadores ya establecidos; mientras que para los segundos implica una restricción a la prerrogativa de libre elección del prestador del servicio y del proveedor de los bienes necesarios para su obtención o utilización” (RAMÍREZ GÓMEZ, 2003: 20-21). A su vez, el Consejo de Estado (Rad. 32018) en lo concerniente a la libertad de empresa y competencia en el marco de las Áreas de Servicio Exclusivo se pronunció de la siguiente forma:

No se olvide que la libertad de empresa despliega sus efectos, según la doctrina, en varias “sub-libertades”: i) la **libertad de inversión** que es el derecho a establecerse o de instalarse, dentro de los límites del bien común, según lo dispuesto por el inciso primero del artículo 333 citado; ii) la **libertad de organización o creación de empresas** que es la potestad para ejercer o explotar la

actividad económica respectiva, de "emprender" actividades económicas en el sentido de libre fundación de empresas; iii) **libertad de acceso al mercado** también conocida como libertad de entrada y que en el sector de los servicios públicos domiciliarios en Colombia está prevista expresamente bajo la nominación "libertad de empresa" en el artículo 10 de la Ley 142; y iv) la **libertad de contratación o libertad negocial** que supone la facultad de elegir proveedores y clientes. De esas cuatro "sublibertades", la autorización para constituir una ASE por parte del ente regulatorio tiene incidencia directa en los dos últimos, esto es, la libertad de entrada (o libertad de acceso al mercado) que se somete ahora a una emulación por el mercado y no en el mercado y con la libertad de contratación del municipio, al incidir directamente –en el ejercicio de su competencia verificadora– tanto en el pliego de condiciones como en el misma minuta del contrato de concesión que se pretende suscribir. A su vez, la libertad de competencia económica supone –en palabras del profesor ANGARITA– la ausencia de obstáculos entre competidores en el ejercicio de una actividad económica lícita y por lo mismo excluye todas las diversas formas de prácticas anti concurrenciales que puedan eventualmente desvirtuarla. Competidores que, al autorizarse la constitución de la ASE por parte de la Comisión de Regulación respectiva, deberán enfrentarse para obtener el mercado y una vez vencidos, no podrán lícitamente concurrir en ese mercado ahora monopólico, por autorización legislativa.

El Decreto 891 de 2002 prescribe que los motivos para establecer Áreas de Servicio Exclusivo son:

- Que los recursos disponibles en un horizonte de mediano y largo plazo no son suficientes para extender la prestación del servicio de aseo a los usuarios de menores ingresos y que con el otorgamiento del área se obtendrá el aumento de cobertura a dichos usuarios, sin desmejorar la calidad del servicio.
- Que la constitución del área de servicio exclusivo propuesta, produciría economías y eficiencias asignativas en la operación que permitirían, con los recursos disponibles, llevar o subsidiar el servicio a dichos usuarios.
- Que las zonas que se declaren como áreas de servicio exclusivo serán financiera e institucionalmente viables, teniendo en cuenta los niveles de subsidio otorgados y los montos de contribuciones con que cuente el Fondo de Solidaridad y Redistribución de Ingresos del respectivo municipio o distrito (Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, 2005).

La segmentación del mercado en sí misma no es nociva, sino que por el contrario es benéfica principalmente para el consumidor con el fin de subsanar las falencias que en materia de acceso al servicio de salud se presentan. En la exposición de motivos del proyecto (p. 11), el Ministerio expone como factor que ha incidido en el diseño de la prestación del servicio por segmentos las barreras geográficas, las cuales aparecen con la dispersión poblacional, la distancia a los centros poblados, la precariedad en las vías de comunicación o los altos costos de transporte y que tiene como resultado la inequidad en la prestación

del servicio de salud. En estos municipios la población es rural y perteneciente al régimen subsidiado. Para recibir atención, la población debe desplazarse a los centros de atención, donde habitualmente la distancia y los costos del traslado son altos. En este escenario, tanto las EPS como las IPS obtienen un beneficio económico cuando la población afiliada no hace uso de los servicios. Dado que en estas zonas no existen condiciones de mercado ni una posibilidad de competencia, es preciso ajustar el funcionamiento del sistema en estas zonas.

Con el fin de garantizar la libertad de competencia y de empresa en estos sectores y que la efectividad de estos derechos no trasgrediera el bienestar del consumidor, la Ley 142 de 1994 creó las Comisiones de Regulación, concebidas como unidades administrativas especiales, con independencia administrativa técnica y patrimonial, adscritas al ministerio del ramo correspondiente, cuya función principal es la promoción de la competencia y la regulación de monopolios cuando estos sean inevitables (ídem: 7). Este esquema de competencia no fue ajeno en el sector salud, ya que su tratamiento como verdadero mercado se plasmó en la Ley 1122 de 2007 en la cual se restringió la posición dominante de las EPS por medio de la limitación de la integración vertical y a su vez consagró en su artículo 3° la creación de la Comisión de Regulación en Salud entre cuyas funciones se hallaba la de diseñar el POS y la definición del valor de la UPC, pero fue liquidada en el año 2012 mediante el Decreto 2560, trasladando sus competencias al Ministerio de Salud y Protección Social, quizás como una medida preventiva para desarrollar la reforma, por lo cual éste se considera otro factor revelador de la eliminación de la competencia en el sector.

La solución a los inconvenientes financieros de las EPS no era su restricción sino el ejercicio de un control más efectivo sobre las mismas, cuyo objetivo estaba llamado a lograrse por medio de instituciones como la CRES y la Superintendencia Nacional de Salud. Si bien no se debió habilitar a un sinnúmero de entidades que no disponían de suficiente capacidad operativa y financiera para funcionar y el control del giro de las EPS a las IPS por los servicios prestados debió ser más efectivo, la redefinición del sistema no debió partir de la eliminación de esquemas e instituciones que fueron bien concebidas, sino de su efectivo funcionamiento, ya que si bien las entidades mencionadas se constituían como un mecanismo interventor estatal el rol a desempeñar en el mercado era conciliador, pues armónicamente permitían la consecución de los fines de los oferentes y disponían la vía de control necesario sin comprometer los márgenes de autonomía del mercado.

Esta reforma puede calificarse como regresiva, en tanto en los dos últimos siglos se ha buscado reducir la injerencia del Estado en la Economía, con el fin de que se desarrollen y afiancen relaciones armónicas de interdependencia y colaboración con los agentes de mercado privados, para así proporcionarles al Estado la ayuda suficiente para evitar que por sí solo asuma cargas onerosas en sus finanzas sin desdibujar su marco de dirección en la Economía nacional, que debe basarse en criterios razonables para evitar incurrir en abusos que repercutirán no solo en los derechos de libre empresa y libertad de competencia de los agentes de mercado, sino especialmente en el goce efectivo de los derechos de los pacientes.

B. Abogacía de la Competencia e intervención de la Superintendencia de Industria y Comercio en la reforma a la salud

La Abogacía de la Competencia es un instrumento previsto por el artículo 7 de la Ley 1340 de 2009, cuyos objetivos principales son el fomento de la cultura de la libre competencia al interior del Estado y el control del ejercicio de la facultad de intervención del gobierno en la Economía. De esta forma, el Estado está llamado a dirigir y ejercer la institucionalidad en la ordenación económica con el fin de garantizar el bienestar de los ciudadanos, en la medida en que, de acuerdo con lo trazado por el artículo 88 de la Constitución, la competencia es un derecho colectivo. A su vez, el Estado asume el rol de garante de que el ejercicio de la libertad de empresa, la participación en el mercado y la lucha por acceder a una cuota del mismo no se encuentren supeditados a limitaciones de parte de las empresas (CORREA HENAO, 2009: 577). El rol que en materia de competencia le ha sido atribuido al Estado podría calificarse de dual, pues para el caso del proyecto objeto de análisis, el gobierno asume un rol ambivalente que puede considerarse nocivo para el mantenimiento del régimen de competencia, puesto que se encontraría llamado a ejercer control sobre un proyecto que ha sido de su iniciativa y autoría. Es decir que así como debe ejercer un control de los mercados por medio de su deber de intervención en la economía, de igual forma debe frenarse en el desarrollo de tal intervención y graduarla, cuya ejecución es de difícil materialización al ser el autor del proyecto que limita la competencia. Es por ello que se pone en discusión la efectividad del instrumento de la Abogacía de la Competencia en estos particulares eventos, por cuanto no hay una garantía de objetividad en el análisis de la intervención.

El artículo 7 de la Ley 1340 es desarrollado por el Decreto 2897 de 2010 en cuyo artículo 3 se establecen los presupuestos de materialización de la intervención de la superintendencia en el trámite de proyectos de ley y el control *ex ante* en ejercicio de su función de Abogacía de la Competencia. Éstos son:

1. Que los proyectos tengan como objeto o puedan tener como efecto limitar la variedad de competidores en los mercados. 2. Imponga conductas a empresas o consumidores o modifique las condiciones en las cuales serán exigibles obligaciones previamente impuestas por la ley o un acto administrativo, cuando el acto tenga por objeto o pueda tener como efecto limitar la capacidad de las empresas para competir, reducir sus incentivos para competir, o limitar la libre elección o información disponible para los consumidores, en uno o varios mercados relevantes relacionados.

En el asunto objeto del presente análisis, la cuestión radica en conocer si estas reglas le son extensivas al mercado de la salud, en la medida en que es pertinente recordar que la salud se encuentra catalogada como un servicio público esencial. La respuesta a este interrogante lo proporciona el artículo 4 del decreto en mención, al exceptuar del deber de información, "Cuando el acto tenga origen en hechos imprevisibles y/o irresistibles a partir de los cuales resulte necesario adoptar una medida transitoria con el fin de: a) Preservar la estabilidad de la economía o de un sector, o b) Garantizar la seguridad en el suministro de

un bien o servicio público esencial, sea o no domiciliario". A primera vista podría decirse que el proyecto en mención no debe ser objeto de los procedimientos de control que establece la Abogacía de la Competencia, por cuanto fue concebido con el fin de aportar estabilidad al sector de la salud, y a su vez versa sobre un servicio público esencial por mandato del artículo 152 de la Ley 100 de 1993. Pero, ¿no estaría llamada a aplicar la Superintendencia de Industria y Comercio el mecanismo corrector de la Abogacía de la Competencia como mecanismo corrector de fallas de mercado, a proyectos de ley que si bien versan sobre un servicio público esencial, el intervencionismo estatal ocasiona un perjuicio irremediable para la población?

Como ya se expuso, el proyecto de reforma reduce el número de oferentes de los servicios de salud, los cuales son agentes de mercado, con su actividad de aseguramiento como una actividad económica. Una muestra del reconocimiento institucional de ello fue la resolución por el caso de la Asociación Colombiana de Empresas de Medicina Integral –ACEMI– del año 2011, que versó sobre la prestación de los servicios de salud en el régimen contributivo. En esta decisión, la Superintendencia de Industria y Comercio estableció que la función de las EPS es prestar un servicio de aseguramiento por los servicios incluidos en el POS, por los cuales reciben como pago la UPC, y a su vez prestan los servicios No POS que pueden ser cobrados ante el FOSYGA, constituyendo estos dos ingresos el precio del aseguramiento de la salud (Superintendencia de Industria y Comercio, Resolución n.º 46111).

Así, al ser la actividad de las EPS económica y por ende agentes de mercado como oferentes de servicios de salud, al limitar varios de los componentes del derecho de libertad de empresa que le asiste a las EPS, la reforma se enmarca en los dos eventos previstos por el decreto, aun tratándose de un servicio público esencial, como es la salud, cuyo carácter fue consagrado en el artículo 152 de la Ley 100 de 1993, pues hay una repercusión en el bienestar de los usuarios, destinatarios principales del derecho de la competencia, al reducirse sus capacidades de elección para contratar el seguro médico, ya que "la limitación del número de proveedores puede generar tanto a corto como a largo plazo, efectos sobre la libre competencia en los mercados generando graves perjuicios directa e indirectamente sobre los consumidores, quienes deben soportar mayores precios, menor calidad de productos y menor innovación" (OCDE, 2012: 64).

Para la procedencia del análisis previo por parte de la Superintendencia sobre las implicaciones que en materia de competencia genera un proyecto de ley, el decreto y la Resolución 44649 de 2010 crearon un procedimiento en el que debe intervenir el correspondiente ente regulador referente al tema objeto de legislación, en el cual ésta debe diligenciar un cuestionario diseñado por la superintendencia y con base en él se puede establecer si media la competencia de la misma, que para efectos de la salud es el Ministerio de Salud y Protección Social, como consecuencia de la eliminación de la CRES en el año 2012. Sobre este punto surge un interrogante: ¿cómo puede operar la Abogacía de la Competencia en el sector salud cuando el ente regulador es el mismo ministerio que formula y promueve la reforma en el Congreso?

Como vemos, la falencia de la intervención de la Abogacía de la Competencia no reside en un incumplimiento de obligaciones por parte de la Superintendencia sino en los

instrumentos previstos por el gobierno para que la reforma pudiese obtener su aprobación. Estos minaron el principal instrumento de promoción a la competencia en el sector de la salud, el cual resulta benéfico e instrumental para la realización de los objetivos trazados por el Estado Social de Derecho.

CONCLUSIONES

1. La prestación de los servicios de salud bajo el esquema de aseguramiento hacen que sea una actividad de connotación económica, motivo por el cual su ordenación y funcionamiento obedecen a las reglas del mercado y, connaturalmente, a la competencia, aun cuando la prestación del servicio sea considerado como pública esencial por encontrarse inmerso un derecho fundamental.

2. La calificación de la salud como mercado no riñe con la satisfacción del bienestar de sus destinatarios, ya que entre la Economía y el Derecho existe una relación dialéctica y de complementariedad que se dilucida con mayor notoriedad en la prestación de los servicios de salud. Esto, por cuanto el fin último de la competencia en este mercado es la contribución al bienestar de sus destinatarios, quienes no son otros que los pacientes.

3. El intervencionismo estatal no riñe con la Economía de mercado, sino que antes la complementa. Los inconvenientes se presentan cuando éste se torna excesivo e impide que los agentes del mercado desempeñen de forma integral y autónoma su rol en la determinación del mismo, en la medida en que el mercado, con una muy poca dosis de institucionalidad, puede lograr el bienestar de los ciudadanos.

4. La adopción del esquema de aseguramiento en la prestación de los servicios de salud es eficiente, por cuanto la distribución del riesgo asegura que el sistema sea viable, ya que su financiamiento será una contribución de todos los ciudadanos conduciendo a que aquellos que poseen una mayor capacidad económica contribuyan a la satisfacción del servicio de la salud en beneficio de la población que por sus condiciones socio-económicas puede presentar dificultades en su acceso, materializando así los fines esenciales del Estado moderno: la solidaridad y la contribución a las cargas públicas, permitiendo que de esta manera un mercado caracterizado por no ser perfecto satisfaga la necesidad de los consumidores en condiciones de universalidad.

5. El proyecto de reforma a la salud debilita el mercado de la salud en detrimento no solo de los oferentes, que para el caso serían los Gestores de Servicios de Salud sino particularmente de los usuarios de los servicios, pues al limitarse el acceso de los primeros por medio de barreras al mercado, como la imposición de su forma societaria y el aniquilamiento de su autonomía financiera y la desaparición de los incentivos que los estimulan al desarrollo de la actividad, el mercado se distorsionará porque progresivamente serán menos los gestores que podrán continuar operando en el mismo.

6. Podría decirse que uno de los aspectos positivos de la reforma es la prestación sectorizada del servicio por medio de la creación de las Áreas de Gestión Sanitaria, cuya estructuración se deduce que es similar a las Áreas de Servicio Exclusivo previstas para garantizar la universalidad en el acceso de los servicios públicos, las cuales han sido benéficas para la

competencia en el sentido de que los oferentes compiten entre sí para que les sea atribuido un determinado segmento de mercado. El inconveniente de la reforma es sobre la base de qué variables podrán competir los Gestores como consecuencia de la reducción de su autonomía financiera y organizacional.

7. El Estado asume una postura ambivalente en su rol de Abogacía de la Competencia en proyectos de ley en los cuales es proponente, ya que a su vez debe gestionar su control en materia de repercusión en los mercados por presuntas limitaciones a la libre competencia, lo cual lo sitúa en la contradictoria posición de juez y parte en el análisis del proyecto.

8. Una de las excepciones previstas para la procedencia de la Abogacía de la Competencia es la regulación de mercados en los cuales se encuentre inmersa la garantía de suministro de un bien o servicio público esencial, como es el caso del proyecto de ley objeto de cuestionamiento. Esta excepción adquiere una connotación de regresividad, ya que se margina el carácter tutelar que puede asumir la promoción de la competencia de los derechos de la población, pues al poder contar con un mayor espectro de oferentes su bienestar se ve maximizado, al ser beneficiaria de las estrategias que estos emprendan para capturar más clientela, las cuales, para el caso de la salud, se orientarán en el fortalecimiento de la calidad en la prestación del servicio.

9. Para efectos de la reforma en curso, la Superintendencia de Industria y Comercio no puede actuar de forma previa por medio de la Abogacía de la Competencia, que para su efectividad requiere de la intermediación del correspondiente ente regulador, el cual, partiendo de un análisis de mercado, determinará si procede o no la intervención de la Superintendencia, que para el caso de la salud era la CRES pero como consecuencia de su desaparición, esta labor es ahora desempeñada por el Ministerio de Salud y Protección Social, lo cual supone una trasgresión a la objetividad con la cual se debe adelantar el procedimiento de control.

BIBLIOGRAFÍA

- ARROW, KENNETH (1963). "Uncertainty and Welfare Economics of Medical Care", en *The American Economic Review*. Vol. LIII. Number 5. December 1963. Disponible en <http://www.who.int/bulletin/volumes/82/2/PHCBP.pdf>.
- Autorité de la Concurrence (France) (s.f.). *Etudes thématiques : Droit de la concurrence et santé*. Disponible en http://www.autoritedelaconcurrence.fr/doc/etudes_ra08.pdf.
- BLANCO CRUZ, LUIS ARMANDO (2012). "Reflexiones sobre la reforma al sistema de salud del presidente Obama", en *Dimens. Empres.* Vol. 10, n.º 1, enero-junio de 2012, pp. 30-41. Disponible en http://www.uac.edu.co/images/stories/publicaciones/revistas_cientificas/dimension-empresarial/volumen-10-no-1/articulo03.pdf.
- BLANCO RESTREPO, JORGE HUMBERTO; MAYA MEJÍA, JOSÉ MARÍA (2005). *Fundamentos de salud pública*. T. II: "Administración de Servicios de Salud". Corporación para Investigaciones Biológicas. 2.ª ed., 2005, p. 11.
- CORREA HENAO, MAGDALENA (2009). *Libertad de empresa en el Estado Social de Derecho*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

- Consejo de Estado. Sala de Contencioso-Administrativo. Sección Tercera. Subsección B. C.P.: RUTH ESTELLA CORREA PALACIO. 30 de junio de 2011. Rad. 32018.
- Corte Constitucional. Sentencia C-1041 de 2007. M.P.: HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO. Diciembre 4 de 2007.
- Corte Constitucional. Sentencia C-197 de 2012. M.P.: JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB. 14 de marzo de 2012. Expediente D-8533.
- Corte de Justicia de las Comunidades Europeas (CJCE). Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Sexta). 23 de abril de 1991. Asunto C-41/90. Klaus Höfner y Fritz Eiser contra Macrotron GmbH. Disponible en <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61990CJ0041:ES:PDF>.
- Corte de Justicia de las Comunidades Europeas (CJCE). Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala). 11 de julio de 2006. Asunto C-205/03P. FENIN contra Comisión de las Comunidades Europeas. Disponible en <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:62003CJ0205:ES:PDF>.
- Cour de Cassation. Chambre Commerciale. 21 de octubre de 1997. Bulletin 1997 IV n.º 270, p. 234. Disponible en <http://www.easydroit.fr/jurisprudence/Cour-de-Cassation-Chambre-commerciale-du-21-octobre-1997-95-14-457-Publie-au-bulletin/C67190/>.
- Federal Trade Commission. Prepared Statement of Robert Pitofsky Chairman Federal Trade Commission Before The Committee on the Judiciary United States House of Representatives. February 27, 1996. Disponible en <http://www.ftc.gov/speeches/pitofsky/pithl.shtm>.
- GANDUGLIA, CECILIA (2010). *La Reforma del Sistema de Salud de los Estados Unidos de América. Medicina* (Buenos Aires) 2010; 70: 381-385. Disponible en http://www.medicinabuenosaires.com/revistas/vol70-10/4/v70_n4_p381_385.pdf.
- KATZ, JORGE; MIRANDA, ERNESTO (1994). "Mercados de Salud: Morfología, Comportamiento y regulación" en *Revista de la CEPAL*, n.º 54. Santiago de Chile. Diciembre de 1994. Citado por VASALLO CARLOS, SELLANES MATILDE, FREYLEJER VALERIA (2003). "Salud, mercado y Estado", en *Apunte de Economía de la Salud*. Disponible en http://www.isalud.org/hm/site/documentos/12_Archivo_Economia-Salud.pdf.
- Marsh Risk Management Research (2013). *United States Insurance Market Report 2013*. February 2013, p. 55. Disponible en <http://www.rutherfordd.com/rutherfordd/file/2013%20US%20Insurance%20Market%20Report.pdf>.
- Ministerio de Salud y Protección Social. "Exposición de motivos del proyecto de ley por el cual se redefine el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones", p. 11. Disponible en <http://www.minsalud.gov.co/Documents/Ley%20Reforma%20a%20la%20Salud/Exposicion-Motivos-%20Proyecto-leyredefinicion-sistema-General-SeguridadSocial-Salud%20pdf.pdf>.
- OCDE (2012). *Competition Assessment toolkit. Versión en español*. Citado por DE LA CALLE RESTREPO JOSÉ MIGUEL. "Abogacía de la Competencia : La nueva tarea de la Superintendencia de Industria y Comercio". *Revista de Derecho y Economía Con-texto*, n.º 36 abril de 2012. p. 64.
- PEARCE, DAVID (1999). *Diccionario Akal de Economía moderna*. Madrid España.
- RAMÍREZ GÓMEZ, JAVIER (2003). "Régimen General de la Competencia en los Servicios Públicos Domiciliarios", en *Revista de Derecho*, Universidad del Norte, 20: 92-134, 2003, pp. 20-21.
- Superintendencia de Industria y Comercio (2011). Resolución n.º 46111 del 30 de agosto de 2011. Radicación n.º 09-021413. Disponible en http://www.sic.gov.co/recursos_user/documentos/

normatividad/Publicaciones_Despacho_2/RESOLUCIONES_COMPETENCIA_CASOS/ACEMI/RESOLUCION_46111_DE_30_DE_AGOSTO_DE_2011_SANCION_ACEMI.pdf.

Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios. República de Colombia (2005). *"Experiencia de la Libre Competencia en la Prestación del Servicio Público de Aseo en Colombia"*. Dirección Técnica de Gestión de Aseo. Amaury Blanquicet Pretelt. Pereira, septiembre de 2005.

Unidad de Servicios de Salud. Unisalud (s.f.). Universidad Nacional de Colombia. Disponible en <http://www.unisalud.unal.edu.co/nuestros-servicios/cuotas-moderadoras-y-copagos.html>.

VASALLO, CARLOS; SELLANES, MATILDE; FREYLEJER, VALERIA (2003). "Salud, Mercado y Estado". Apuntes de Economía de la Salud. Disponible en http://www.isalud.org/htm/site/documentos/12_Archivo_Economia-Salud.pdf.

VELANDIA, MAURICIO (2011). *Derecho de la competencia y del consumo*. 2.^a ed. Bogotá: Universidad externo de Colombia.