

REPÚBLICA DE COLOMBIA



CORTE CONSTITUCIONAL Sala Especial de Seguimiento

AUTO 262 de 2012

Referencia: Seguimiento a la orden vigésimo primera de la sentencia T-760 de 2008.

Magistrado Sustanciador:
JORGE IVÁN PALACIO PALACIO

Bogotá D. C., dieciséis (16) de noviembre de dos mil doce (2012).

La Sala Especial de la Corte Constitucional, conformada por la Sala Plena en sesión del 1° de abril de 2009 para efectuar el seguimiento al cumplimiento de la sentencia T-760 de 2008, integrada por los magistrados Mauricio González Cuervo, Gabriel Eduardo Mendoza Martelo y Jorge Iván Palacio Palacio, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, procede a dictar el presente Auto, con base en los siguientes

I. ANTECEDENTES:

1. En la sentencia T-760 de 2008 esta Corporación adoptó una serie de decisiones dirigidas a las autoridades del Sistema General de Seguridad Social en Salud, con el fin de que se adoptaran las medidas necesarias para corregir las fallas de regulación identificadas a partir del análisis de los casos concretos acumulados en dicha providencia.

2. Del estudio de tales asuntos, se infirieron unos problemas generales en los que fueron contextualizadas, identificadas y concretadas las fallas que dieron origen al conjunto de mandatos de naturaleza o tendencia correctiva.

Particularmente, se advirtió que la desigualdad en la cobertura de los regímenes contributivo y subsidiado ha implicado la prolongación de las privaciones y limitaciones al derecho a la salud de las personas más necesitadas en el sistema, así como el mantenimiento de barreras a dicha población para el acceso a algunos de los servicios de salud más requeridos.

Teniendo en cuenta que esta situación resulta ser más grave en el caso de los niños, en el numeral vigésimo primero de la citada sentencia se estableció lo siguiente:

“Ordenar a la Comisión de Regulación en Salud unificar los planes de beneficios para los niños y las niñas del régimen contributivo y del subsidiado, medida que deberá adoptarse antes del 1 de octubre de 2009 y deberá tener en cuenta los ajustes necesarios a la UPC subsidiada de los niños y las niñas para garantizar la financiación de la ampliación en la cobertura. En caso de que para esa fecha no se hayan adoptado las medidas necesarias para la unificación del plan de beneficios de los niños y las niñas, se entenderá que el plan obligatorio de salud del régimen contributivo cubre a los niños y las niñas del régimen contributivo y del régimen subsidiado.

Un informe sobre el proceso de cumplimiento de esta orden deberá ser remitido a la Corte Constitucional antes del 15 de marzo de 2009 y comunicado al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y a la Defensoría del Pueblo.

En caso de que la Comisión de Regulación en Salud no se encuentre integrada para el 1° de noviembre de 2008, el cumplimiento de esta orden corresponderá al Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud.”

3. En atención a la orden transcrita, el 13 de marzo de 2009 el Ministerio de la Protección Social remitió el primer informe de cumplimiento de este mandato. En él presentó un resumen de los tratados suscritos por Colombia en relación con la salud de los niños y las niñas, así como de las normas de orden nacional resultantes de aquellos acuerdos internacionales. De igual modo, expuso las políticas de salud y de planes de beneficios, el plan de actividades y la financiación de los mismos.

4. **Auto del 30 de marzo de 2009:** Se corrió traslado a los Grupos de Seguimiento del informe a que se refiere el numeral anterior.

4.1. El 14 de abril de 2009, el Proyecto Así Vamos en Salud allegó un análisis al documento presentado por el Ministerio de la Protección Social, indicando que si bien se encuentran enunciadas las actividades necesarias para cumplir la unificación de los planes de beneficios para niños y niñas, no existe un cronograma al respecto, por lo que sugirió *“la presentación de un Plan de actividades que incluya metas, responsables, tiempos e indicadores de seguimiento de los procesos y recursos”*.

4.2. De igual forma, el 15 de abril de 2009, el Grupo de Seguimiento liderado por ACEMI¹, manifestó que compartía la visión planteada por el Ministerio de la Protección Social en relación con la metodología que debe ser aplicada para el cumplimiento de la orden. Sin embargo, advirtió que era fundamental que se incluyera en la misma: i) la definición de la metodología a implementar para efectos de la redefinición de la UPC-S que permitiera garantizar la disponibilidad de recursos para la financiación del plan de beneficios, y ii) un cronograma que permitiera garantizar la unificación del POS para los niños y las niñas antes del 1° de octubre de 2009.

4.3. El 25 de junio de 2009, la Defensoría del Pueblo radicó documento en el que analizó el cumplimiento de diversas órdenes. Con respecto a la vigésimo primera indicó que “... la Defensoría vigilará el cumplimiento efectivo de esta orden en procura de la efectiva protección de los derechos de los niños”.

5. Auto del 13 de julio de 2009: Se requirió de la Comisión de Regulación en Salud que especificara el cronograma adoptado para cumplir con la orden 21 antes del 1 de octubre de 2009, debiendo señalar fechas determinadas, así como los avances específicos del informe presentado el 13 de marzo del mismo año.

Igualmente, se solicitó a la Defensoría del Pueblo y al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF) que informaran las gestiones y evaluaciones adelantadas con motivo del informe presentado por el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud en razón de la orden número 21.

Finalmente, se aclaró a la Defensoría que atendiendo a su naturaleza constitucional, sus evaluaciones, estudios e informes deben ser integrales teniendo en cuenta tanto anomalías y defectos, como posibles soluciones que estén acorde con la vigencia de los derechos fundamentales.

5.1. De conformidad con lo dispuesto en el citado proveído, el 30 de julio de 2009, la Defensoría del Pueblo allegó el análisis al cumplimiento de la orden 21, en el que identificó los problemas para el desarrollo de la misma, las respuestas que se han adoptado por el sistema, la valoración del progreso y los resultados positivos y negativos de los mismos. También afirmó que las dificultades que persisten son las siguientes: i) la falta de un sistema de información efectivo que determine las causas de morbimortalidad en los niños y niñas, ii) la ausencia de depuración en las bases de datos, y iii) el retardo en

¹ Integrado por la Asociación Colombiana de Sociedades Científicas (ACEMI), quien la preside, la Asociación Nacional de Cajas de Compensación Familiar (ASOCAJAS), la Asociación Colombiana de Empresas de Medicina Integral (ACEMI) y la Asociación de Empresas Gestoras del Aseguramiento de la Salud (Gestarsalud).

la toma de decisiones para el cumplimiento de lo ordenado por la Corte, lo que a su vez obedece al tardío nombramiento de los comisionados de la CRES.

5.2. En la misma fecha, el Ministerio de la Protección Social remitió un escrito con dos informes anexos en los que dio respuesta al requerimiento efectuado por la Sala de Seguimiento.

En el primero de los documentos adjuntos, presentó las actas de posesión de los comisionados de la CRES, con el fin de dar a conocer la fecha en la que se conformó la misma y, por consiguiente, el corto tiempo con el que ésta contó para la atención de sus funciones. En el segundo anexo informó que con la Comisión de Regulación en Salud, se continuó con el desarrollo del Plan de Actividades de acuerdo con la metodología adoptada por el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, cuyo término se vencía el 1º de octubre de 2009. Igualmente, presentó el Programa/Cronograma para la unificación de los planes de beneficios de los regímenes contributivo y subsidiado para los niños y las niñas.

5.3. Dicho Programa/Cronograma fue complementado con el documento presentado por el Ministerio el 31 de julio de 2009, en el que se describieron las siguientes etapas: *“(i) Resultados del proceso de “socialización, revisión y aprobación de la metodología por parte de cada uno de los miembros del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud” ... (ii) Resultados del examen efectuado sobre dicha metodología... (iii) Trámites, adelantos y resultados de las consultas ejecutadas ciudadanas y de sociedades científicas sobre la “propuesta” sobre el POS unificado para niños... (iv) Relación de los estudios, evaluaciones y resultados efectuados para conseguir el equilibrio micro y el equilibrio macro necesarios... (v) Resultados de la revisión de las políticas en salud, en lo relativo a los planes de beneficios y su financiación... (vi) Describir de manera detallada los avances efectuados sobre cada uno de los pasos indicados en el “plan de actividades” descrito en el informe de 13 de marzo.”*

En este mismo escrito, el Ministerio de la Protección Social allegó el informe solicitado mediante Auto del 13 de julio de dicha anualidad, en el que se hizo referencia a las observaciones presentadas por las entidades que conforman el grupo de seguimiento.

5.4. Por su parte, el 31 de julio de 2009, el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar informó sobre las principales gestiones realizadas en razón de la orden vigésimo primera hasta la fecha, entre las cuales se encuentran las siguientes: 1. Socializaciones a los grupos directivos del Instituto sobre el estudio efectuado por el ICBF de la sentencia T-760 de 2008; 2. Análisis del informe presentado por el Ministerio respecto de los avances en la unificación

de los planes de beneficios; 3. Organización de un grupo de estudio y evaluación de estrategias de mejoramiento de la situación de nutrición de la población infantil; 4. Conformación de un equipo multidisciplinario para el seguimiento a la implementación de la sentencia; y 5. Reunión con la CRES para presentar las responsabilidades del ICBF en el Sistema de protección Social y socializar inquietudes del Instituto sobre temas relacionados con la prestación de servicios de salud a la población de niños, niñas y adolescentes.

5.5. A su turno, el 13 de agosto de 2009, la Defensoría dio respuesta al Auto del 13 de julio del mismo año mediante la presentación de *“la posición institucional respecto de las implicaciones del derecho a la salud con énfasis en el derecho prevalente y superior de los niños y las niñas”*, advirtiendo que si bien se están adelantando las gestiones pertinentes para que se de la actualización del POS para niños y niñas, *“... resulta poco probable que el plan se logre implementar”* antes del plazo señalado por la Corte.

5.6. Posteriormente, el 2 de octubre de 2009, la Comisión de Regulación en Salud (CRES) comunicó a la Sala de Seguimiento que el 30 de septiembre del año en mención, dio cumplimiento al ordinal vigésimo primero de la sentencia T-760 de 2008 mediante la aprobación de los acuerdos 004² y 005³.

5.7. El mismo 2 de octubre la Asociación de Empresas Gestoras del Aseguramiento de la Salud -Gestarsalud-, remitió a la Sala un informe en el que manifestó la necesidad de revisar los cálculos efectuados para la fijación del valor de la UPC-S, por considerar que se está exponiendo a las EPS-S e IPS a mayores riesgos financieros de los que ya enfrentan.

5.8. Así mismo, mediante documento del 7 de octubre de 2009, se allegó copia del escrito mediante el cual Gestarsalud advirtió al Ministerio de la Protección Social sobre una serie de irregularidades que se venían presentando en algunas entidades departamentales para la prestación de los servicios de salud a niños y niñas, con el fin de que aquella autoridad tomara las medidas necesarias para suprimir esta problemática.

5.9. Esta advertencia fue objeto de pronunciamiento por parte de la CRES el 16 de octubre de 2009, dando alcance a cada uno de los interrogantes planteados respecto del acuerdo 005 de 2009.

² “Por el cual se da cumplimiento a la sentencia T-760 de 2008 de la Corte Constitucional”. Dispuso que a partir del 1º de octubre de 2009 y de manera transitoria, el POS del Régimen Subsidiado a que tiene derecho la población comprendida entre los 0 y 12 años de edad, será el previsto por las normas vigentes para el Régimen Contributivo. Asimismo, estableció que a partir del 1º de enero de 2010 la cobertura para la población comprendida entre los 0 y los 12 años de edad, sin importar la vinculación que tenga con el SGSSS, será la prevista por las normas vigentes para el Régimen Contributivo.

³ “Por el cual se fija la Unidad de Pago por Capitación del Régimen Subsidiado en cumplimiento de la sentencia T-760 de 2008”. Establece el valor de la UPC para la población comprendida entre los 0 y los 12 años de edad.

6. Auto 342 A del 15 de diciembre de 2009: Habiendo evidenciado la Corte Constitucional que con la expedición de los respectivos Acuerdos, la CRES llevó a cabo la unificación de los Planes Obligatorios de Salud para niños y niñas hasta los 12 años de edad, esta Sala, luego de aclarar que la unificación de que trata el numeral 21 de la parte resolutive de la sentencia T-760 de 2008 debió cobijar a todos los menores de edad, adoptó, entre otras las siguientes decisiones: i) declaró el incumplimiento parcial de la orden vigésimo primera; ii) estableció que, ante la inobservancia de tal disposición, se debía entender que a partir del 1 de octubre de 2009 el Plan Obligatorio de Salud del régimen contributivo cubría también a los niños y niñas del régimen subsidiado desde los cero (0) hasta los menores de 18 años; iii) ordenó a la CRES adoptar las medidas necesarias para dar estricto cumplimiento a dicho mandato, teniendo en cuenta los ajustes necesarios a la UPC-S para garantizar la financiación de la ampliación de la cobertura; y iv) requirió al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar -ICBF- para que adoptara las medidas necesarias para garantizar su participación activa en el proceso de cumplimiento de la orden 21 de la sentencia T-760 de 2008.

6.1. El 29 de enero de 2010, el ICBF dio respuesta al Auto 342 A, manifestando que entre las medidas adoptadas para asegurar el cumplimiento de la orden vigésimo primera, realizó una serie de socializaciones con los grupos directivos del Instituto sobre el análisis de la sentencia T-760 de 2008 y las principales responsabilidades del mismo frente a dicha providencia. De igual forma adujo haber realizado estudios respecto de la situación de bienestar de los niños y niñas en relación con las condiciones de salud, así como haber participado activamente en las mesas de trabajo y en las discusiones técnicas previas a la expedición de los acuerdos 03, 04 y 05 de 2009.

Finalmente, en el informe remitido el ICBF presentó a la Sala una serie de valoraciones acerca de los alcances de los acuerdos 004 y 005 y manifestó, entre otros, “... *que el principal problema jurídico del acuerdo 004 del 30 de septiembre de 2009, parte del hecho de no haber incluido a los adolescentes entre 12 y 18 años*” en la unificación del Plan de Beneficios. Frente al acuerdo 005 del 30 de septiembre indicó que “... *para efectos de procurar la financiación a corto plazo en cumplimiento de la sentencia T-760 de 2008, es necesario entre otras cosas realizar estudios de sostenibilidad y asegurar la financiación de dicho mandato, pero adicionalmente también tiene que implementar mecanismos para racionalizar los recursos de las prestaciones no POS*”.

6.2. Luego, el 29 de enero de 2010, la Comisión de Regulación en Salud expidió el Acuerdo 011⁴, en el cual dispuso que *“El Plan Obligatorio del Régimen Subsidiado a que tiene derecho la población comprendida entre los cero (0) y los doce años, también comprende los mayores de doce (12) años y menores de dieciocho (18) años de edad, afiliados tanto en el esquema de subsidios plenos como en el de parciales”* y realizó los respectivos ajustes al valor de la UPC-S, fijando el valor único por afiliado de la UPC-S plena del régimen subsidiado para el año 2010 en la suma de \$289.728, que corresponde a un valor diario de \$804,80.

6.3. A pesar de la expedición del citado acuerdo, la EPS-S Salud Total presentó solicitud de desacato el 10 de febrero de 2010, por considerar que había un incumplimiento de la orden vigésimo primera toda vez que *“... el Acuerdo 11 de la CRES esta [sic] ordenando que las EPS del Régimen Subsidiado proporcionen las mismas coberturas del POS Contributivo a los menores de 18 años que pertenecen a dicho régimen, pero la UPC fijada para este Régimen no encuentra correspondencia con la fijada para el Régimen Contributivo”*.

6.4. Más adelante, el 16 de marzo de 2010, el ICBF rindió nuevamente informe sobre las medidas adelantadas para el seguimiento y difusión de la orden en mención. Indicó que se realizaron cuatro reuniones con la CRES y con el Ministerio de la Protección Social con el fin de hacerle seguimiento al cumplimiento de la orden de la Corte Constitucional y construir una estrategia de difusión para toda la población beneficiaria, y que se llevaron a cabo, entre otras, las siguientes acciones: i) se efectuaron videoconferencias informativas dirigidas a los Directores de la Sede Nacional de la Dirección General y Regionales sobre el alcance y consecuencias de la unificación del POS en menores de 18 años, ii) se dio a conocer el material pedagógico a las madres comunitarias sobre las ventajas y utilidades de la unificación del POS en los menores de edad, iii) se expidió la circular No. 4 del 26 de febrero de 2010 dirigida a Directores Regionales, Coordinadores de Centros Zonales y Defensores de Familia, donde se informó sobre las responsabilidades del ICBF en la verificación del cumplimiento de la unificación del Plan Obligatorio de Salud de menores de 18 años, y iv) se dieron directrices para lograr la afiliación al Sistema de todos los niños, niñas y adolescentes.

6.5. Posteriormente, el 17 de marzo de 2010, el Ministerio de la Protección Social presentó un informe de cumplimiento de la sentencia T-760 de 2008 en el que afirmó, respecto de la orden 21, que la misma se encontraba cumplida con la expedición de los acuerdos 004 y 005 de la CRES.

⁴ *“Por el cual se da cumplimiento al Auto No 342(sic) de 2009 de la Honorable Corte Constitucional”*

6.6. Por su parte, el 8 de abril de 2010, ACEMI remitió copia del documento en el que solicitó a la CRES la inclusión de actividades, procedimientos e intervenciones relacionadas con la atención del Cáncer infantil, específicamente de Leucemia Linfoide Aguda (LLA).

6.7. A su turno, el 4 de mayo de 2010, se radicó copia del pronunciamiento de Gestarsalud ante la Comisión de Regulación en Salud sobre el ajuste de la UPC, en el que aseveró que, en atención a las actividades de acompañamiento y análisis de las actuaciones del Ministerio y de la CRES, la UPC-S aprobada por esta última entidad no coincide con ninguna de las estimaciones gremiales sustentadas ante los Ministerios de la Protección Social y de Hacienda y Crédito Público, ni con los valores asignados en los planes piloto de Barranquilla y Cartagena.

Se adjuntó además, copia de la carta remitida a la CRES, en la que presentaron las evidencias que soportan el incorrecto cálculo de la UPC-S vigente para Colombia, lo que desde su punto de vista genera un creciente riesgo financiero a la sostenibilidad del régimen subsidiado en salud.

En este sentido, Gestarsalud reiteró la necesidad de revisar y ajustar la UPC-S ya que de no hacerlo se estaría causando un impacto negativo a las EPS-S por verse obligadas a asumir costos no financiados, en contravía de las advertencias de la Corte Constitucional.

7. Auto 097 del 21 de mayo de 2010: Atendiendo la preocupación expresada, tanto por Gestarsalud como por la EPS-S Salud Total, la Sala, en ejercicio de su labor de seguimiento a la sentencia T-760 de 2008, ordenó que se corriera traslado al Ministerio de la Protección Social, a la Comisión de Regulación en Salud y a la Defensoría del Pueblo, del documento presentado por la EPS-S Salud Total.

7.1. Dando respuesta a esta providencia, el Ministerio de la Protección Social remitió un informe el 31 de mayo de 2010, en el cual indicó lo siguiente:

“De manera introductoria, es pertinente señalar que el incremento de la Unidad de Pago por Capitación, ha tenido como fundamento dos consideraciones, estrechamente ligadas con las variables, que según lo determinado por la ley deben tenerse en cuenta para definir el valor de la UPC⁵. Estas son: a) los costos en que incurren las EPS y las Entidades

⁵ “Unidad, que según el artículo 182 de la Ley 100 de 1993 reciben las EPS del Sistema así: “Por la organización y garantía de la prestación de los servicios incluidos en el plan de salud obligatorio para cada afiliado, el sistema general de seguridad social en salud reconocerá a cada entidad promotora de salud un valor per cápita, que se denominará unidad de pago por capitación, UPC. Esta unidad se establecerá en función del perfil epidemiológico de la población relevante, de los riesgos cubiertos y de los costos de prestación del servicio en condiciones medias de calidad, tecnología y hotelería, y será definida por el

obligadas a compensar (EOC) para prestar los servicios en el POS-S y POS-C, respectivamente, información que es suministrada directamente por las entidades al Ministerio de la Protección Social- MPS ⁶ y b) el contenido del Plan de Beneficios, POS-C y POS-C [sic], en la medida que constituyen el marco de los servicios que tienen la obligación de prestar a sus afiliados.”

Adujo además, que el insumo básico del estudio de suficiencia de la UPC/POS y de los mecanismos de ajuste y riesgo de la Unidad de Pago por Capitación, “... proviene de la información de usos y costos de los servicios (frecuencias de uso y severidad) reportada por las Entidades Promotoras de Salud (EPS) de los Regímenes Contributivo y Subsidiado (en las modalidades de subsidio pleno y subsidio parcial).”

En este documento el Ministerio presentó dos gráficos que muestran el crecimiento porcentual anual de la UPC-S hasta el año 2008 en la modalidad de subsidio parcial y en la de subsidios plenos, respectivamente.

Finalmente, informó lo siguiente:

“... las decisiones contenidas en el Acuerdo 11 de 2010 expedido por la CRES con el fin de unificar los planes de beneficios para otorgar los beneficios del POS-C a todos los niños y niñas menores de 18 años, se basaron en dos elementos de vital importancia para determinar la suficiencia de la UPC-S.

Estos elementos son los siguientes: 1) diferencia en la estructura de asignación de los recursos del régimen contributivo y el subsidiado; y 2) la diferencia del porcentaje del AIU para cada régimen.

En materia de la estructura de asignación de recursos, es de vital importancia recordar que las estructuras de asignación de los recursos del régimen subsidiado es diferente a la del régimen contributivo. Esto porque en el régimen contributivo se asignan recursos por edad, sexo y zona, mientras que en el régimen subsidiado sólo se asignan recursos por zona. En efecto, así lo contempla el marco normativo vigente, que gracias a la solidaridad, permite que algunos grupos etarios subsidien los costos de otros.

consejo nacional de seguridad social en salud, de acuerdo con los estudios técnicos del Ministerio de Salud.””

⁶ “A partir de la misma, se efectúan los cálculos por parte del MPS y se cuantifica la suficiencia de la unidad de pago por capitación que les reconoce el Sistema General de Seguridad Social en Salud.”

En cuanto a los costos de administración o esquema del AIU de cada régimen es diverso; mientras que en el régimen subsidiado, según el Acuerdo 415 se permite reconocer hasta un 8% de la UPC para gastos de administración, otro es el porcentaje de la UPC-C del contributivo, que reconoce gastos adicionales. De otra parte, en el estudio técnico se aplicaron las frecuencias de uso y la severidad observada del régimen contributivo dentro del esquema de AIU del régimen subsidiado.

Todos estos aspectos confluyen en el resultado del incremento de la UPC contemplado en el Acuerdo 11 de la CRES, en el cual se incrementó la UPC-S de \$281.836 expedida en el Acuerdo 009 de 2009 a \$289.728.”

Con fundamento en las anteriores apreciaciones, concluyó que la petición de Salud Total de declarar el incumplimiento de la orden vigésimo primera era improcedente.

7.2. En el mismo sentido, el 1 de junio de 2010, la CRES se manifestó sobre el Auto 097, aduciendo que los estudios para la determinación de la suficiencia de la UPC-S se basaron en la diferencia que existe en la estructura de asignación de los recursos del régimen contributivo y el subsidiado, así como en la diferencia de los costos de administración o del porcentaje del AIU⁷ para cada régimen. Como soporte anexó copia simple de los apartes pertinentes del estudio efectuado para el efecto.

7.3. Frente a la discusión ya planteada sobre la necesidad de reajuste a la UPC-S, la Defensoría del Pueblo se pronunció mediante escrito cursado el 4 de junio de 2010, indicando que “... *teniendo en cuenta las limitaciones económicas que tiene el sistema, el gobierno nacional debe optimizar los recursos de salud con racionalidad, eficiencia y eficacia, garantizando su asignación. Por tanto mientras se realizan los estudios técnicos que permitan monitorear la suficiencia entre la UPC-S establecida y la gradualidad de las frecuencias de uso en el régimen subsidiado, esta debe permanecer en las mismas condiciones*”.

7.4. En la misma fecha, las EPS-S ASMED SALUD, SALUD VIDA, CAFABA y COMPARTA, allegaron copia del derecho de petición que elevaron a la CRES, en el cual solicitaron que se establecieran conceptos e interpretaciones unificadas en torno a la normatividad que regula el sistema de salud subsidiada, teniendo en cuenta la problemática generada entre las EPS-S y las ESE por las diferentes interpretaciones que podría tener tal regulación.

⁷ Administración, Imprevisto y Utilidad.

7.5. El 4 de junio de 2010, Gestarsalud allegó nuevo comunicado remitido a la CRES, en el que insiste en la petición radicada ante dicha entidad en mayo de 2010, indicando que los estudios y metodologías que permitieron el cálculo y aprobación de las últimas primas de aseguramiento para el régimen subsidiado de salud y que incluyen estimaciones especiales para homologar servicios a los menores de 18 años, no coinciden con ninguno de los estudios realizados al interior de dicha asociación en conjunto con otras EPS-S. Es de aclarar que los estudios que se hace referencia en este documento, no fueron allegados.

7.6. El ICBF, el 16 de junio de 2010, en su ejercicio de rendimiento periódico de las acciones adelantadas para el seguimiento y difusión de la orden vigésimo primera, manifestó que en los últimos meses se realizaron dos reuniones de seguimiento con algunos funcionarios del Ministerio de la Protección Social, con el fin de coordinar actividades para mejorar servicios POS de la población objeto del ICBF y para crear planes de seguimiento conjunto a la orden vigésimo primera de la T-760. Indicó también haber continuado con su estrategia de divulgación de la orden.

7.7. El 8 de julio 2010, el ICBF se pronunció respecto a la conveniencia de incluir en el POS las actividades, intervenciones, procedimientos y medicamentos de la Guía de Práctica Clínica para leucemia linfocítica aguda en niños, arguyendo que el Instituto “... *no es propiamente una entidad de salud, con la capacitación técnica ni funcional requerida, para opinar de manera autónoma, si la solicitud de ACEMI, resulta, necesaria, conveniente u oportuna.*” Sin embargo, a renglón seguido indicó al respecto, lo siguiente: “.. *solamente podemos sostener que, consideramos que deben emplearse, en el sistema de salud para la garantía del derecho en cuestión de los niños, las niñas y los adolescentes todas las actividades, intervenciones, procedimientos y medicamentos que contribuyan a la mejor salud de esa especial franja de la población.*”

7.8. Continuando con el envío de sus informes periódicos, en el documento radicado el 27 de agosto de 2010, el ICBF comunicó a esta Sala las acciones adelantadas para el seguimiento y difusión de la orden vigésimo primera, entre las cuales resaltó haber solicitado a la CRES, al Ministerio de la Protección Social y a la Superintendencia Nacional de Salud, que se pronunciaran sobre las novedades, avances y dificultades que se presentaron con la unificación del POS para los menores de 18 años.

7.9. Con relación a la consulta presentada por Gestarsalud, mediante la cual solicitó concepto en torno a la aplicación de la UPC, el Ministerio de la Protección Social dio respuesta a dicha entidad mediante documento del 10 de septiembre de 2010, cuya copia fue allegada a esta Sala el día 20 de los mismos mes y año. En tal escrito, el Ministerio precisó que la UPC subsidiada

vigente para contratar es la autorizada por la CRES mediante el acuerdo 011 de 2010 y que se deben tener en cuenta los diferenciales establecidos en tal Acuerdo según corresponde a la UPC normal, especial y conurbada; explicó también que “[a]demás de la financiación de los costos de POS, en su diseño la UPC comporta el cumplimiento de otras condiciones financieras tales como: preservación de una situación financiera balanceada, consistencia con un ajuste gradual de las cotizaciones, generación de fondos para cofinanciamiento de cupos e igualación de POS y la expansión global de la cobertura. Dado que la UPC que reciben las EPS no está diseñada exclusivamente para contratar, es aceptado que acudan a estrategias tales como la utilización de economías de escala, entre otras que les permita optimizar el uso de los recursos y a la vez que garantizar [sic] la oportunidad de acceso a los beneficios del sistema por los usuarios.”

8. Auto 317 del 28 de septiembre de 2010: Se invitó a universidades, grupos de investigación especializados y grupos de seguimiento, para que presentaran conceptos sobre áreas técnicas, críticas y complejas en el seguimiento de la sentencia T-760 de 2008. Particularmente, con respecto a la orden 21, se abordaron los siguientes asuntos: implementación de los acuerdos de la CRES, acceso de los niños pobres a los beneficios del régimen contributivo y suficiencia de la UPC-S.

8.1. El 4 de noviembre de 2010, el ICBF manifestó haber participado, en el mes de septiembre de dicha anualidad, en la apertura de la mesa de negociación para reformar el sistema de seguridad social en salud, en donde presentó las siguientes propuestas: i) inclusión de las fórmulas para el tratamiento de la desnutrición en menores de 5 años, ii) atención y rehabilitación a víctimas de la violencia sexual, iii) atención y rehabilitación a la primera infancia en condición de discapacidad, iv) sistema unificado de información a nivel nacional, v) giro directo de los recursos del régimen subsidiado a las EPS e IPS, vi) distribución de recursos del fondo para la rehabilitación, inversión social y lucha contra el crimen organizado -FRISCO- para la reducción del consumo del SPS, vii) revisión prestaciones POS, y viii) control legal a precios de medicamentos e insumos de procedimientos de salud.

8.2. Luego, el 12 de enero de 2011, el ICBF relacionó las reuniones sostenidas con el Ministerio de la Protección Social y la Superintendencia Nacional de Salud en aras de continuar con su función de seguimiento a la orden 21, así como la información recibida en respuesta a las peticiones radicadas con anterioridad.

8.3. Los interrogantes relacionados con la orden vigésimo primera en el Auto 317 de 2010, fueron contestados el 1 de marzo de 2011 por ACEMI, la Comisión de Seguimiento a la Sentencia T-760/08 y de Reforma Estructural

del Sistema de Salud y Seguridad Social –CSR–, el Programa Así Vamos en Salud y MALLAMAS EPS-I, entidades que coincidieron en afirmar que persiste la incertidumbre normativa respecto a los servicios de salud cubiertos por el POS, que se requiere superar las insuficiencias que padece el sistema en aras de la atención de los menores de edad y que aún se incurre en la negación de la prestación de algunos servicios de salud por parte de las EPS a los menores de edad.

8.4. Continuando con la rendición periódica de informes de seguimiento a la orden 21, el ICBF indicó, el 11 de mayo de 2011, que “... *ha buscado desarrollar una serie de labores interinstitucionales con el fin de participar activamente en la reglamentación y regulación de la norma que afecta de manera directa a nuestra población objeto, en el entendido de que ya se ha realizado el seguimiento de la orden 21 y que, igualmente, la CRES, la ha hecho efectiva.*”

Igualmente, solicitó “*ordenar el cierre del seguimiento de la orden 21 teniendo en cuenta que la CRES ya ordeno la unificación del POS de los menores de 18 años y que el ICBF carece de competencia legal específica para realizar seguimiento a los actores, autoridades y operadores del SGSSS*”.

Culminó este informe relacionando las actividades desarrolladas con el fin de participar en la reglamentación referente a la atención preferente y diferencial para la infancia y la adolescencia de la Ley 1438 de 2011.

9. Autos 110 y 111 del 27 de mayo de 2011: Se convocó a Audiencia Pública de Rendición de Cuentas de las órdenes 16, 17, 18, 21 y 22 y se fijó la agenda y metodología de dicha audiencia, respectivamente.

9.1. La citada audiencia se llevó a cabo el 7 de julio de 2011, en la que, respecto a la orden 21, la CRES y el Ministerio de la Protección Social, indicaron que la misma fue cumplida con la expedición de los Acuerdos 004 y 005 de 2009 y 011 de 2010.

9.2. Con posterioridad, el 26 de septiembre de 2011, la Concejal de Bogotá Martha Ordóñez Vera, solicitó a la Sala examinar la posibilidad de convocar a una nueva Audiencia Pública en la que se evalúe el cumplimiento de la orden vigésimo primera de la sentencia T-760 de 2008, teniendo en cuenta que ha conocido de numerosos casos en los que las EPS-S obstaculizan o se niegan a prestar la atención oportuna e integral a los niños, niñas y adolescentes que requieren tratamientos terapéuticos para la recuperación de su salud física y mental.

10. Auto del 6 de octubre de 2011: Advirtiéndole que recientemente se había celebrado Audiencia Pública de Rendición de Cuentas en la cual se evaluó el aspecto del que era objeto la solicitud de la citada concejal, se indicó que dicha petición sería evaluada en su oportunidad, teniendo en cuenta los resultados arrojados por dicha audiencia.

10.1. El 16 de marzo de 2012 la Comisión de Regulación en Salud remitió a la Sala el informe de cumplimiento enviado a la Defensoría del Pueblo con el fin de darle a conocer las gestiones realizadas por esta entidad para dar cabal cumplimiento a los mandatos contenidos en la sentencia T-760 de 2008. En lo referente a la orden 21 se contempló que durante el periodo comprendido entre el 1 de enero de 2010 y el 31 de octubre de 2011 se adoptó como medida para verificar la unificación del POS para niños y niñas, la implementación del proyecto “Observatorio de Prestación de Servicios de Salud para Niños, Niñas y Adolescentes”, con el cual se pretendió determinar el acceso a las prestaciones de salud brindadas a los niños, niñas y adolescentes afiliados a los regímenes contributivo y subsidiado, así como establecer las recomendaciones a tener en cuenta para la actualización especial del plan de beneficios que cubre a este grupo etéreo, evidenciando problemas respecto de la calidad de la información reportada por las EPS, tanto de negaciones de servicios de salud como de prestaciones. Para la CRES únicamente restaba fortalecer lo ya establecido en esta materia.

11. Auto 065 del 29 de marzo de 2012: Se requirió al ICBF para que adelantara las actuaciones que considerara necesarias para verificar que todos los niños y niñas del régimen subsidiado estuvieran accediendo oportunamente a los servicios de salud cubiertos por el régimen contributivo, además de aquellos que fueran requeridos con necesidad; ordenando adicionalmente que de dichos hallazgos se presentara un informe trimestral ante esta Corporación.

También se corrió traslado a la Comisión de Regulación en Salud de los documentos presentados por Gestarsalud el 2 de octubre de 2009 y el 4 de mayo del 2010, por Salud Total el 10 de febrero de 2010 y por ACEMI, CRS, ASI VAMOS EN SALUD y MALLAMAS EPS-I el 1 de marzo del 2011, para que valorara el contenido de dichos documentos, se manifestara al respecto y tomara medidas en el asunto, debiendo justificar su posición en caso de no compartir las afirmaciones que respecto de la insuficiencia de la UPC-S se han realizado por las entidades anteriormente mencionadas ante la Sala de Seguimiento.

Finalmente, se requirió al Ministerio de Salud y Protección Social para que adoptara las medidas necesarias para que se informara en un lugar visible de todas las EPS e IPS del país, de manera clara y en términos sencillos, que todos los niños y niñas, sin importar el régimen al que pertenezcan, tienen

derecho a todos los servicios de salud cobijados por el POS del régimen contributivo.

11.1. En respuesta al numeral tercero del auto 065 de 2012, el 25 de abril de 2012 el Ministerio de Salud y Protección Social allegó documento en el que indicó haber expedido la circular 017 del 20 de abril de 2012 mediante la cual instó a las entidades promotoras de salud y prestadores de servicios de salud de naturaleza pública o privada para que llevaran a cabo la publicación de la información exigida en la mencionada providencia.

11.2. Posteriormente, el 4 de mayo de 2012, la Comisión de Regulación en Salud presentó la respuesta al numeral segundo del Auto 065 de 2012, en la que informó que los documentos de los cuales se le corrió traslado fueron contestados de manera oportuna en el momento en que Gestarsalud y Salud Total los presentaron.

Respecto de las contestaciones al Auto 317, indicó que con el Auto 065 se tuvo conocimiento de éstas, por lo cual procedió a explicar el porqué de la diferencia entre la UPC-S y la UPC-C aun cuando se unificaron los planes de beneficios para menores de 18 años.

12. Auto 133 A del 19 de junio de 2012: Se requirió al grupo de expertos para dar respuesta a una serie de interrogantes que surgieron a partir de los documentos allegados por las entidades competentes frente a las diferentes órdenes de la sentencia T-760 de 2008, con el propósito de conocer su opinión especializada.

En lo referente a la orden 21, se consultó acerca de si el valor de la UPC-S para la población menor de 18 años, garantiza que las EPS del régimen subsidiado presten los servicios de salud del régimen contributivo a este grupo etéreo y si las razones que la CRES expuso para la justificación de la suficiencia de la UPC-S y su diferenciación con la UPC-C frente a la prestación del servicio de salud para niños y niñas encuentran fundamento.

12.1. En documento del 06 de julio de 2012, Gestarsalud dio respuesta a los interrogantes planteados en el Auto 133 A respecto de la orden 21, indicando que aun cuando está claro que la UPC-S calculada para la prestación de los servicios de salud de los niños y niñas del país es inferior a la de dicha población en el régimen contributivo, es obligación de las EPS garantizar la atención con esa prima, aunque ésta sea deficiente. Agregó que no es admisible que por cada afiliado se reciba un porcentaje menor en relación con lo que recibe el régimen contributivo por concepto de prima más los recursos adicionales para promoción y prevención.

En cuanto a la justificación dada por la CRES frente a la suficiencia de la UPC-S para cubrir los servicios POS del régimen subsidiado para los menores de 18 años, indicó que la misma es errónea ya que no se realizó el cálculo correspondiente, el cual debió: i) tener en cuenta los principios de equidad y eficiencia, ii) ser producto de la utilización de información estadística proyectada que cumpliera con exigencias de homogeneidad y representatividad, y iii) calcular dentro del monto el margen de riesgo y el nivel de suficiencia real para la prestación efectiva del servicio de salud. Adujo que al no haberse cumplido con esto, el resultado ha sido una UPC inequitativa e insuficiente, lo que ha dado cabida a los servicios de salud diferenciales que atienden a la capacidad de pago de los usuarios.

12.2. ASOCAJAS y ACEMI presentaron respuesta al auto en mención el 11 de julio de 2012, señalando respecto de las preguntas formuladas frente a la orden 21, que no existe evidencia alguna que demuestre que la UPC para niños del régimen subsidiado garantice que estos disfruten de la cobertura del POS en las mismas condiciones que los menores del régimen contributivo. Sustentó la anterior afirmación en que la UPC-S no es diferencial, mientras que la UPC-C sí lo es, y que como la información disponible en el régimen subsidiado no es suficiente para definir la prima, lo aconsejable es que se adopten las medidas para recolectar la información necesaria para el cálculo de la UPC-S de manera directa.

12.3. En la respuesta allegada a esta Sala en la misma fecha, la CSR manifestó que con base en el documento técnico de unificación de los planes de beneficios cursado por la CRES, se puede afirmar que ni la metodología, ni los resultados a los que se llega son satisfactorios, e insistió en la necesidad de modificar estructuralmente el sistema, para dejar de lado el sistema seguridad social entre ricos y pobres.

Afirmó que mientras se sostenga una relación desigual en los regímenes contributivo y subsidiado, aunque se unifiquen los planes de beneficios, sólo se reflejará más desigualdad, estableciendo como punto de referencia el hecho de que en el régimen contributivo sea el Estado quien asuma el riesgo del aseguramiento, mientras que en el régimen subsidiado lo haga la propia EPS.

12.4. Por su parte, FEDESALUD dio respuesta al Auto 133 A el 16 de julio de 2012, indicando que la UPC-S para la población menor de 18 años no garantiza que las EPS del régimen subsidiado presten los servicios del régimen contributivo a los niños y niñas del país, porque la UPC-S normada en los acuerdos 07 a 32 de la CRES es en realidad una UPC definida en términos políticos, es decir, fijada sobre razones presupuestales y fiscales del gobierno nacional. Aunado a esto, consideró que a iguales servicios de salud en los regímenes contributivo y subsidiado, se debe considerar una UPC igual en

ambos regímenes también, dejando de lado las desigualdades que se presentan en el sistema.

Sostuvo además que no es aceptable el cálculo realizado por la CRES para justificar la suficiencia de la UPC-S y su diferenciación con la UPC-C para la unificación de los planes de beneficios de niños y niñas, tomando como base las diferencias existentes tanto en la ponderación por riesgo diferencial por grupo de edad entre los dos regímenes, como en el pago de los servicios de promoción y prevención.

12.5. En respuesta a lo solicitado en el Auto 065 de 2012, el ICBF remitió a la Sala, el 25 de julio del año en curso, el primer informe trimestral de seguimiento al cumplimiento de la unificación del POS para niños y niñas, en el que relacionó y describió las acciones adelantadas en aras de acatar la orden impartida en dicha providencia y a continuación presentó los resultados de la verificación requerida por esta Corporación, de los que se resalta lo siguiente:

“A nivel nacional en el periodo comprendido entre enero de 2011 y 31 de mayo de 2012, se registraron 1.426 casos de niños, niñas y adolescentes en los cuales se presentaron fallas en el proceso de atención en salud. De estos casos, un 83% correspondió a niños, niñas y adolescentes en proceso administrativo de restablecimiento de derechos, un 2% a adolescentes en conflicto con la ley y el restante 15% a beneficiarios de los programas del ICBF en cualquier modalidad de atención.

(...) de los registros con fallas en el proceso de atención en salud, 1.275 casos que corresponden al 89%, fueron de beneficiarios afiliados al régimen subsidiado, 93 casos (7%) de beneficiarios del régimen contributivo y 58 casos (4%) de beneficiarios que están vinculados al sistema por medio de cartas de vinculación.

(...) De los 1.426 casos reportados, 428 (30%) correspondieron a derechos de petición que se elevaron para obtener respuesta frente a algún tipo de servicio, 214 (15%) correspondieron a acciones de tutela y 784 (55%) casos a otro tipo de comunicaciones en las que se solicitaba solución o se informaba sobre las fallas en el proceso de atención en salud de niños, niñas y adolescentes.

Igualmente, se reportó que un 55% del total de casos tuvo algún tipo de respuesta mientras que un 45% no tuvo respuesta. El promedio de días en los casos que hubo respuesta frente a las fallas en los procesos de atención en salud de los niños, niñas y adolescentes, fue de 41 días a nivel nacional.”

Aunado a lo anterior, el ICBF elaboró una propuesta de estrategia a mediano y largo plazo para dar cumplimiento al citado proveído, la que dio a conocer al el Ministerio de Salud y Protección Social.

II. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

Atendiendo a las atribuciones dadas por la Sala Plena de la Corte Constitucional, en sesión del 1° de abril de 2009, y con fundamento en el artículo 86 de la Constitución Política y el artículo 27 del Decreto 2591 de 1991, en especial en dicha normatividad⁸, esta Sala es competente para proferir el presente auto.

Teniendo en cuenta que con anterioridad, mediante Auto 342 A de 2009, se declaró por parte de la Corte Constitucional el incumplimiento parcial de la orden vigésimo primera de la sentencia T-760 de 2008, al evidenciarse que la cobertura de la unificación exigida en dicho mandato cobijaba tan sólo a los menores de 12 años y no a la población menor de 18 años de edad, habiéndose impuesto a la CRES el cumplimiento de dicha cobertura por parte de esta Corporación, corresponde en esta oportunidad a esta Sala Especial de Seguimiento verificar si la UPC subsidiada de los niños y las niñas garantiza la financiación de la ampliación en la cobertura dispuesta en este precepto.

1. Suficiencia de la UPC y UPC-S:

De acuerdo con lo dispuesto en el numeral vigésimo primero de la parte resolutive de la Sentencia T-760 de 2008, la CRES debía unificar los planes de beneficios para los niños y niñas de los regímenes contributivo y subsidiado, teniendo en cuenta los ajustes necesarios a la UPC subsidiada de los menores de edad para garantizar la financiación de la ampliación en la cobertura prescrita, ante lo cual debe advertirse que este requerimiento implica *per se*, tal como se desprende de la lectura integral del citado fallo, que los ajustes que sean necesarios en la UPC-S deben garantizar la sostenibilidad del sistema, así como la prestación de los servicios unificados por parte de las EPS-S, como mínimo, en las mismas condiciones de calidad, oportunidad, eficiencia y eficacia que las EPS del régimen contributivo.

1.1. Argumentos de algunos actores y particulares sobre la insuficiencia de la UPC-S

Puede observarse que en reiteradas ocasiones se han presentado inconformidades y quejas constantes, por parte de algunas EPS-S y de

⁸ “[...] el juez establecerá los demás efectos del fallo para el caso concreto y mantendrá la competencia hasta que esté completamente restablecido el derecho o eliminadas las causas de la amenaza.”

Gestarsalud, por la insuficiencia de la UPC-S fijada en atención a la unificación de los planes de beneficios para los niños y niñas de los regímenes contributivo y subsidiado, tales como las siguientes:

1.1.1. El 2 de octubre de 2009, la Asociación de Empresas Gestoras del Aseguramiento de la Salud -Gestarsalud-, remitió a la Sala un informe en el que manifestó la necesidad de revisar los cálculos efectuados para la fijación del valor de la UPC-S, por considerar que se está exponiendo a las EPS-S e IPS a mayores riesgos financieros de los que ya enfrentan. Esta afirmación la fundamentó sosteniendo lo siguiente:

“La CRES en su acuerdo 004 de 2009 reconoce que no hubo tiempo suficiente para definir un plan de beneficios unificado para los niños de los dos regímenes, y por tanto se hizo necesario acoger la instrucción de la Corte Constitucional, de que si a 1° de octubre no hubiera definido un plan unificado, se asumiera el existente para el régimen contributivo.

Así las cosas la unificación de los planes implica entonces la unificación de las UPCs, más sin embargo, en cálculos realizados por Gestarsalud utilizando la UPC para cada grupo etareo al mismo valor de la reconocida para el régimen contributivo, (\$1'164.708, \$494.870,40 y \$221.767,20 respectivamente), obtenemos los siguientes resultados:

Para los niños menores de 1 año, (70,477), se requieren al año \$63.219'983.310

Para los niños entre 1-4 años, (1.417.450), se requieren al año \$323.033'867.380

Para niños entre 5-12 años, (4.052.561), se requieren al año \$-186.056'317.559

Para un total de dinero anual requerido de:\$199.197'534.131, (para dar cobertura del POS a los niños reconocidos por la BDUa).”

1.1.2. El 10 de febrero de 2010, la EPS-S Salud Total presentó solicitud de desacato, por considerar que había un incumplimiento de la orden vigésimo primera toda vez que “... el Acuerdo 11 de la CRES esta [sic] ordenando que las EPS del Régimen Subsidiado proporcionen las mismas coberturas del POS Contributivo a los menores de 18 años que pertenecen a dicho régimen, pero la UPC fijada para este Régimen no encuentra correspondencia con la fijada para el Régimen Contributivo”.

1.1.3. El 4 de mayo de 2010, se radicó copia del pronunciamiento de Gestarsalud ante la Comisión de Regulación en Salud sobre el ajuste de la UPC, en el que aseveró que, en atención a las actividades de acompañamiento y análisis de las actuaciones del Ministerio y de la CRES, la UPC-S aprobada por esta última entidad no coincide con ninguna de las estimaciones gremiales sustentadas ante los Ministerios de la Protección Social y de Hacienda y Crédito Público, ni con los valores asignados en los planes piloto de Barranquilla y Cartagena.

Se adjuntó además, copia de la carta remitida a la CRES, en la que presentaron las evidencias que soportan el incorrecto cálculo de la UPC-S vigente para Colombia, lo que desde su punto de vista genera un creciente riesgo financiero a la sostenibilidad del régimen subsidiado en salud.

En este sentido, Gestarsalud reiteró la necesidad de revisar y ajustar la UPC-S ya que de no hacerlo se estaría causando un impacto negativo a las EPS-S por verse obligadas a asumir costos no financiados, en contravía de las advertencias de la Corte Constitucional.

Insistiendo en esta petición, el 4 de junio de 2010, Gestarsalud allegó copia de un nuevo comunicado remitido a la CRES, en el que indicó que los estudios y metodologías que permitieron el cálculo y aprobación de las últimas primas de aseguramiento para el régimen subsidiado de salud y que incluyen estimaciones especiales para homologar servicios a los menores de 18 años, no coinciden con ninguno de los estudios realizados al interior de dicha asociación en conjunto con otras EPS-S (estos estudios que no fueron allegados).

1.1.4. En respuesta a los interrogantes formulados en torno a la orden 21 en el Auto 317 de 2010, se obtuvieron, respecto a la suficiencia de la UPC-S, las siguientes posiciones:

1.1.4.1. La Corporación Viva la Ciudadanía indicó que:

“- No se han realizado realmente estudios de costos o de precios de los servicios incluidos en los planes de beneficios desde que se estableció la Ley 100/93. Lo único que se hizo fue un cálculo de la asignación per cápita de los recursos disponibles para subsidiar a la población pobre que no aportaría cotización. Desde allí se han hecho ajuste [sic] según el Índice de Precios al Consumidor (IPC), general, pero no el específico sector de la salud...”

- La UPC fue calculada según el costo de vida y no sobre los costos reales de la prestación del servicio.

- Aproximadamente el 30% de la UPC es destinada para la administración, esto debido a la intermediación.”

1.1.4.2. A su turno, la EPS-I Mallamas, indicó que a simple vista el incremento de la UPC-S no es suficiente, teniendo en cuenta la gran cantidad de servicios que fueron incluidos en el POS-S para la población menor de 18 años, por lo que consideró necesario que se lleve a cabo una evaluación comparativa por periodos de los costos del aseguramiento del riesgo frente a los ingresos, para garantizar el acceso a los servicios, tomando en cuenta el valor de la administración y otros costos indirectos en la prestación.

Adujo además que en este aspecto no se ha tenido en cuenta que según las estadísticas llevadas a cabo por la entidad, la población de los menores de edad demanda mayor cantidad de servicios, por ser uno de los grupos más representativos según la pirámide poblacional.

1.1.4.3. Finalmente, ASOCAJAS, ACEMI y GESTARSALUD, aseguraron que el incremento de la UPC-S para financiar en el régimen subsidiado la ampliación de cobertura para los menores de 18 años es insuficiente y las razones argüidas fueron, entre otras, las siguientes:

“De acuerdo con información del MPS alrededor de 9.6 millones de niños menores de 18 años están afiliados al régimen subsidiado lo que significa que cerca del 43% de los afiliados al régimen subsidiado tienen acceso hoy a los beneficios del régimen contributivo.

(...) No se definió una UPCS diferencial por grupo etáreo. Por el contrario, se definió un aumento par [sic] la UPCS de todos los afiliados al régimen subsidiado que incluía el mayor valor a pagar por los menores de 18 años con lo cual el ajuste de la UPCS, que debía destinarse sólo a los menores, se diluyó entre todos los afiliados lo cual generó un desequilibrio entre las EPSS que tienen mayor número de personas menores.

(...) La continuidad de esta situación haría insostenible no sólo la atención de este grupo poblacional a futuro, sino que generaría una afectación global del modelo de aseguramiento en el régimen subsidiado de salud.

Consideramos abiertamente inequitativo, que mientras nuestra EPSS debe atender la salud de esta población con \$42.011.687.067, esos mismos 255.166 menores de 18 años, le significan a una EPS del

Régimen Contributivo para los nueve meses observados (con una UPC plana de \$485.000/año), la suma de \$83.534.969.250.

*Es decir que en este momento la EPS del Régimen Subsidiado, está recibiendo \$41.523 millones **menos** por esa población para prestar los mismos servicios, durante el mismo periodo de tiempo.”*

1.1.5. Así mismo, se tiene que desde la audiencia pública celebrada el 7 de julio de 2011, la Vocera de la Asociación Colombiana de Empresas de Medicina Integral –ACEMI–, advirtió que según estudios preliminares efectuados sobre la unificación de los planes de beneficios, el valor de la UPC es insuficiente, aclarando que dicha unidad de pago fijada para el régimen subsidiado es menor a la que se aplica para el régimen contributivo.

Igualmente, y ante la indudable limitación de recursos, la Dra. Nelcy Paredes, vocera de ACEMI, propuso ampliar las coberturas del POS, unificar los Planes de Beneficios de acuerdo con los grupos poblacionales prioritarios, o por patologías prioritarias, definiendo UPC especiales, considerando además que se podría ajustar el valor de la UPC diferencial según el riesgo de cada población.

En la misma audiencia, el Dr. Mario Hernández, miembro de la Comisión de Seguimiento de la Sentencia T-760/08 y de Reforma Estructural del Sistema de Salud y Seguridad Social (CSR), criticó la metodología de suficiencia empleada para efectuar el cálculo de la UPC, argumentando que siempre se acude a la información de quienes gastan la póliza, es decir de las EPS, sin posibilidades de verificación, lo que implica que dicha metodología tenga unos límites profundos que no se han resuelto.

1.1.6. Posteriormente, en la Audiencia Pública de Rendición de Cuentas celebrada el 10 de mayo del año en curso, el presidente de ACEMI advirtió una vez más que “... *en opinión de ACEMI, GESTARSALUD y ASOCAJAS, la UPC sigue siendo insuficiente en ambos regímenes, particularmente en el subsidiado y su cálculo es un verdadero misterio, a pesar de que la CRES prometió explicar la metodología para determinar la suficiencia de aquella, esta es la hora, después de cuatro meses, en que no se ha informado al país cómo se adelantaron las notas técnicas y sobre qué bases de información.*”

1.1.7. De igual manera, se cuenta con las respuesta obtenidas a los interrogantes formulados en el Auto 133 A de 2012, en las que, respecto a la orden 21, se obtuvieron las siguientes aseveraciones:

1.1.7.1. Gestarsalud indicó que aun cuando está claro que la UPC-S calculada para la prestación de los servicios de salud de los niños y niñas del país es

inferior a la de dicha población en el régimen contributivo, es obligación de las EPS garantizar la atención con esa prima, aunque ésta sea deficiente. Sin embargo, agregó que no es admisible que por cada afiliado se reciba un porcentaje menor en relación con lo que recibe el régimen contributivo por concepto de prima más los recursos adicionales para promoción y prevención.

En cuanto a la justificación dada por la CRES frente a la suficiencia de la UPC-S para cubrir los servicios POS del régimen subsidiado para los menores de 18 años, indicó que la misma es errónea ya que no se realizó el cálculo correspondiente, el cual debió: i) tener en cuenta los principios de equidad y eficiencia, ii) ser producto de la utilización de información estadística proyectada que cumpliera con exigencias de homogeneidad y representatividad, y iii) calcular dentro del monto el margen de riesgo y el nivel de suficiencia real para la prestación efectiva del servicio de salud. Adujo que al no haberse cumplido con esto, el resultado ha sido una UPC inequitativa e insuficiente, lo que ha dado cabida a los servicios de salud diferenciales que atienden a la capacidad de pago de los usuarios.

1.1.7.2. ASOCAJAS y ACEMI señalaron que no existe evidencia alguna que demuestre que la UPC para niños del régimen subsidiado garantice que éstos disfruten de la cobertura del POS en las mismas condiciones que los menores del régimen contributivo. Sustentó la anterior afirmación en que la UPC-S no es diferencial, mientras que la UPC-C sí lo es, y que como la información disponible en el régimen subsidiado no es suficiente para definir la prima, lo aconsejable es que se adopten las medidas para recolectar la información necesaria para el cálculo de la UPC-S de manera directa.

1.1.7.3. La CSR manifestó que con base en el documento técnico de unificación de los planes de beneficios cursado por la CRES, se puede afirmar que ni la metodología, ni los resultados a los que se llega son satisfactorios, e insistió en la necesidad de modificar estructuralmente el sistema, para dejar de lado el sistema seguridad social entre ricos y pobres.

Afirmó que mientras se sostenga una relación desigual en los regímenes contributivo y subsidiado, aunque se unifiquen los planes de beneficios, sólo se reflejará más desigualdad, estableciendo como punto de referencia el hecho de que en el régimen contributivo sea el Estado quien asuma el riesgo del aseguramiento, mientras que en el régimen subsidiado lo haga la propia EPS.

1.1.7.4. Por su parte, FEDESALUD aseguró que la UPC-S para la población menor de 18 años no garantiza que las EPS del régimen subsidiado presten los servicios del régimen contributivo a los niños y niñas del país, porque la UPC-S normada en los acuerdos 07 a 32 de la CRES es en realidad una UPC definida en términos políticos, es decir, fijada sobre razones presupuestales y

fiscales del gobierno nacional. Aunado a esto, consideró que a iguales servicios de salud en los regímenes contributivo y subsidiado, se debe considerar una UPC igual en ambos regímenes también, dejando de lado las desigualdades que se presentan en el sistema.

Sostuvo además que no es aceptable el cálculo realizado por la CRES para justificar la suficiencia de la UPC-S y su diferenciación con la UPC-C para la unificación de los planes de beneficios de niños y niñas, tomando como base las diferencias existentes tanto en la ponderación por riesgo diferencial por grupo de edad entre los dos regímenes, como en el pago de los servicios de promoción y prevención.

Afirmó también que no puede pretenderse, en condiciones de mercado, que las EPS del régimen subsidiado consigan que los proveedores de servicios ofrezcan las mismas prestaciones, correspondientes al mismo POS y con la misma calidad, cuando tienen disponible tan solo \$433.667 por afiliado contra \$650.417 que tienen en promedio las EPS del régimen contributivo.

Enunció como consecuencia de estos incrementos la crisis financiera absoluta de las EPS e IPS del régimen subsidiado en el país, con sus efectos de inaccesibilidad a los servicios, la falta de calidad de los mismos y, en última instancia, la negación del derecho, dolor y muerte para gran parte de la población afiliada a dicho régimen.

Consideró inaceptable que se usen los ponderadores del régimen contributivo para el cálculo técnico del incremento tomando tan solo la población menor de 12 años, y plantear la diferencia con la UPC-S para considerar dicho incremento, puesto que si se ponderara la UPC del régimen subsidiado para toda la población, la unidad de pago por capitación de estos grupos etáreos resultaría muy inferior a la promedio, dado que siempre el mayor gasto en salud de cualquier conglomerado poblacional está del lado de los adultos mayores.

En suma, denunció que no es tolerable que la tabla de ponderación por riesgo diferencial por grupo de edad no se aplique integralmente en el régimen subsidiado, al igual que en el régimen contributivo. Tampoco debe permitirse, en términos de equidad, que en el régimen contributivo se paguen los servicios de promoción y prevención aparte de la UPC, mientras que en el régimen subsidiado deben correr por cuenta de ésta, lo que oculta una vez más la diferencia real de sus valores.

1.2. Argumentos presentados por el Gobierno

1.2.1. En el informe remitido por el entonces Ministerio de la Protección Social el 31 de mayo de 2010, se indicó lo siguiente:

“De manera introductoria, es pertinente señalar que el incremento de la Unidad de Pago por Capitación, ha tenido como fundamento dos consideraciones, estrechamente ligadas con las variables, que según lo determinado por la ley deben tenerse en cuenta para definir el valor de la UPC. Estas son: a) los costos en que incurren las EPS y las Entidades obligadas a compensar (EOC) para prestar los servicios en el POS-S y POS-C, respectivamente, información que es suministrada directamente por las entidades al Ministerio de la Protección Social -MPS- y b) el contenido del Plan de Beneficios, POS-C y POS-C [sic], en la medida que constituyen el marco de los servicios que tienen la obligación de prestar a sus afiliados.”

Adujo además, que el insumo básico del estudio de suficiencia de la UPC/POS y de los mecanismos de ajuste y riesgo de la Unidad de Pago por Capitación, “... proviene de la información de usos y costos de los servicios (frecuencias de uso y severidad) reportada por las Entidades Promotoras de Salud (EPS) de los Regímenes Contributivo y Subsidiado (en las modalidades de subsidio pleno y subsidio parcial).”

En este documento el Ministerio presentó dos gráficos que muestran el crecimiento porcentual anual de la UPC-S hasta el año 2008 en la modalidad de subsidio parcial y en la de subsidios plenos, respectivamente. Finalmente, informó lo siguiente:

“... las decisiones contenidas en el Acuerdo 11 de 2010 expedido por la CRES con el fin de unificar los planes de beneficios para otorgar los beneficios del POS-C a todos los niños y niñas menores de 18 años, se basaron en dos elementos de vital importancia para determinar la suficiencia de la UPC-S.

Estos elementos son los siguientes: 1) diferencia en la estructura de asignación de los recursos del régimen contributivo y el subsidiado; y 2) la diferencia del porcentaje del AIU para cada régimen.

En materia de la estructura de asignación de recursos, es de vital importancia recordar que las estructuras de asignación de los recursos del régimen subsidiado es diferente a la del régimen contributivo. Esto porque en el régimen contributivo se asignan recursos por edad, sexo y zona, mientras que en el régimen subsidiado sólo se asignan recursos por zona. En efecto, así lo contempla el marco normativo vigente, que gracias a la solidaridad, permite que algunos grupos etarios subsidien

los costos de otros.

En cuanto a los costos de administración o esquema del AIU de cada régimen es diverso; mientras que en el régimen subsidiado, según el Acuerdo 415 se permite reconocer hasta un 8% de la UPC para gastos de administración, otro es el porcentaje de la UPC-C del contributivo, que reconoce gastos adicionales. De otra parte, en el estudio técnico se aplicaron las frecuencias de uso y la severidad observada del régimen contributivo dentro del esquema de AIU del régimen subsidiado.

Todos estos aspectos confluyen en el resultado del incremento de la UPC contemplado en el Acuerdo 11 de la CRES, en el cual se incrementó la UPC-S de \$281.836 expedida en el Acuerdo 009 de 2009 a \$289.728.”

1.2.2. A su turno, en la respuesta dada por la CRES al Auto 065 de 2012 el 4 de mayo del año en curso, se afirmó que son tres las razones que argumentan la posición de dicha Comisión frente a la UPC diferencial, las cuales son: “i. La Unidad de Pago por capitación es una prima de riesgo colectivo no individual, ii. La información que actualmente provee el régimen subsidiado no representa unos criterios de calidad pertinentes que permitan tomar una decisión sobre suficiencia o insuficiencia y iii. Los estados financieros muestran que las EPS pertenecientes al régimen subsidiado no se encontraron en déficit para 2010.”

1.3. Análisis por la Sala de la suficiencia o insuficiencia de la UPC-S

1.3.1. Encuentra la Sala que una de las respuestas más completas en cuanto a si se encuentran fundadas o no las razones alegadas por la CRES para mantener la desigualdad en los valores de las UPC, fue la presentada ACEMI, en la cual se manifestó lo siguiente:

“Respetuosamente consideramos que los análisis realizados por la CRES son insuficientes para sustentar esta decisión. Los principales problemas del análisis son:

1. Las ciudades pilotos no son iguales que la población nacional, es posible que para el RS las diferencias geográficas sean aún más marcadas que para el régimen contributivo, dado que la mayor parte de la población rural dispersa pertenece al RS. El acceso a los servicios en las ciudades de los pilotos no es igual que en otras como Bogotá, Medellín y Cali.

2. Hay una diferencia sustancial en la oferta de servicios de Barranquilla en comparación con la que se observa en Bogotá, Medellín o Cali. En

Barranquilla la oferta de prestación de servicios para el RS es en su mayoría pública, recientemente creada, administrada en su totalidad por CAPRECOM IPS sin la carga prestacional de la mayor parte de la red pública del país lo cual determina costos y tarifas diferentes, más bajas, que las que se pueden observar o requerir los hospitales en Bogotá, Medellín o Cali.

3. Consideramos que no se hicieron análisis de la distribución por edad por EPS, para argumentar que la UPC plena, es decir no diferenciada por edad, lo cual implicaría una compensación de los grupos de edad desfinanciados y los mayormente financiados en comparación con el RC. Es importante mencionar que la UPC del régimen contributivo real (cuando se pondera por el número de afiliados en cada uno de los grupos de edad, por zona geográfica y por EPS) es más alta que la UPC promedio (\$547.639,20) decretada en el artículo primero del Acuerdo 30 de la CRES. Esto significa que evidentemente la distribución por grupos de edad, zona geográfica, si impacta la financiación de la UPC tanto para el sistema como para las EPS de manera individual.

El impacto sobre los costos de atención por grupos de edad también es reconocido por la misma CRES que mediante el Acuerdo 26 de 2011 estableció un ponderador de riesgo etario para corregir las desviaciones de riesgo por concentración de población de afiliados mayores de 50 años. Esto significa que la UPC promedio no representa adecuadamente los costos de atención y que se deberían hacer estudios similares sobre ajuste de riesgo para el Régimen Subsidiado.

4. Se reconoce la falta de información en el RS, pero no se ajusta por este subregistro y por lo tanto se presume que los costos del RS son 70% menores que los del RC, cuando por lo menos un 15% de la diferencia podría explicarse por el subregistro en el gasto de las EPS seleccionadas para el análisis de la UPC como lo muestra la tabla que se presenta a continuación. En la tabla se describe la cobertura en porcentaje del valor, la cual reporta que de cada 100 pesos de gasto registrados por las EPS, la CRES tiene a su disposición para el análisis, registros individuales de gasto entre el 76.65 pesos y 95.18 pesos .

5. Si bien aparentemente es un proceso ajeno de la UPC, la situación financiera de las EPS del régimen subsidiado debe ser analizada con mayor cuidado. Los estados financieros consolidados a diciembre 31 publicados por la Superintendencia Nacional de Salud, muestran que hay déficit en estas entidades. Hoy en día a pesar de que se gira directamente a las IPS por parte del Fosyga mas del 60% de la UPC_S, persisten los problemas de flujo de caja, ¿No podría ser una de las posibilidades que

la UPC sea insuficiente por lo menos para algunas regiones y poblaciones?

6. El Congreso de la República define que el 60% de la contratación de las EPS del régimen subsidiado es obligatorio con la red pública, esto limita la capacidad de gestión en términos de costo y de información de las EPS del RS, ya que una EPS que sabe que tiene que ser contratada, no necesariamente cumple con las metas de prevención y promoción o entrega la información a la EPS. La EPS no puede glosar la cuenta de las IPS por falta de entrega de información y por tal razón la información que se entrega para el estudio no puede ser mejorada en muchos lugares del país. Se ha solicitado al MPS y ahora MSPS que se tomen medida al respecto, pero aún no conocemos que se tenga alguna medida para obligar a las IPS públicas y privadas a entregar la información.

En este sentido se sugiere que la recolección de información se realice directamente por parte del MSPS o en su defecto que adopte las medidas necesarias para que la misma sea generada y fluya dentro del sistema, hasta el órgano de dirección.”

1.3.2. Ahora bien, en lo que respecta a otro de los sustentos esgrimidos por la CRES para no igualar las UPC, correspondiente a la diferencia en la utilización de servicios entre el régimen contributivo y subsidiado, FEDESALUD presentó dos argumentos sobre el pago diferencial por utilización disímil de los servicios, a saber:

- El primero que tiene que ver con cuál es la diferencia real de utilización de servicios entre uno y otro régimen. Si se paga un 76% de la UPC nominal del régimen contributivo tras la unificación del POS, o un 67% de la UPC promedio real, esto debería corresponder a una utilización de este orden.
- El segundo argumento para cuestionar el pago diferencial por utilización de servicios, tiene que ver con la justicia de realizar cálculos sobre usos desiguales, cuando previamente han existido gravísimas diferencias en términos de financiamiento y acceso, además de la existencia de poblaciones dispersas con gran dificultad de acceso a los servicios correspondientes al régimen subsidiado.

1.3.3. Adicionalmente, en las dos audiencias públicas celebradas hasta ahora en el seguimiento al cumplimiento de la sentencia T-760 de 2008, ha sido reiterativo el llamado de atención por parte de los diferentes actores y críticos del SGSSS, incluyendo las entidades gubernamentales y de control, respecto de la deficiencia en las fuentes de información del Sistema de Salud.

Así mismo, frente a los sistemas de información, el 30 de julio de 2009, la Defensoría del Pueblo allegó el análisis al cumplimiento de la orden 21, en el que identificó, entre las dificultades que persisten para asegurar el acatamiento de este mandato, las siguientes: i) la falta de un sistema de información efectivo que determine las causas de morbimortalidad en los niños y niñas, y ii) la ausencia de depuración en las bases de datos.

De igual manera, en el informe de cumplimiento enviado a la Defensoría del Pueblo, cuya copia se recibió en la Sala el 16 de marzo del año en curso, la Comisión de Regulación en Salud informó que en lo referente a la orden 21 se adoptó como medida para verificar la unificación del POS para niños y niñas, durante el periodo comprendido entre el 1 de enero de 2010 y el 31 de octubre de 2011, la implementación del proyecto “Observatorio de Prestación de Servicios de Salud para Niños, Niñas y Adolescentes”, evidenciando problemas respecto de la calidad de la información reportada por las EPS, tanto de negaciones de servicios de salud como de prestaciones.

1.3.4. Partiendo de lo anterior, es evidente que la opinión unánime de las entidades que integran el Grupo de Apoyo Especializado conformado mediante los Autos 120 y 147 de 2011, es que la UPC-S no es suficiente para que las EPS-S presten los servicios de salud unificados, sin que además ello les implique un desequilibrio financiero.

Es de anotar que aún cuando en la sentencia T-760 de 2008 no se obliga a la igualación de las UPC subsidiada y contributiva como factor determinante para el cumplimiento de la orden a que se sustrae esta providencia, tal como lo afirmó la CRES, lo cierto es que en este mandato sí se impone la obligación de garantizar la sostenibilidad financiera de la ampliación de la cobertura y su financiación por la UPC y las demás fuentes de financiación previstas por el sistema vigente, máxime cuando la unificación de la población menor de 18 años fue producto de una providencia emitida por esta Sala (Auto 342 A de 2009), lo que implicaba que a la CRES le correspondía asegurar el cumplimiento material de la orden y la sostenibilidad de la prestación de la canasta unificada.

Así, debiendo considerar las múltiples quejas recibidas respecto de la insuficiencia de la UPC-S para garantizar la prestación de los servicios de salud unificados, encuentra la Sala que la CRES no ha cumplido con la carga de la prueba que le asiste para acreditar tal sostenibilidad, pudiendo afirmarse que las razones esbozadas hasta el momento por el Gobierno Nacional para establecer diferencialmente los valores de la UPC y UPC-S, son controvertibles, especialmente por cuanto la misma Comisión de Regulación en Salud reconoce, tal como se transcribió anteriormente, que la información

con que se cuenta respecto del régimen subsidiado no representa criterios de calidad que permitan efectuar un estudio tendiente a obtener una decisión sobre la suficiencia o insuficiencia de la UPC.

Esta deficiencia en la información desvirtúa, desde todo punto de vista, las diferentes razones en que la CRES y el Ministerio justifican la diferenciación en el valor de la UPC-S respecto de la UPC-C, dado que los estudios en que se fundamentan, parten de datos poco confiables e inexactos, según se ha explicado.

1.3.5. Por lo expuesto, resulta claro, tal como se indicó en el Auto 261 de 2012, que es indispensable diseñar un sistema de información que permita lograr un mayor control sobre los diferentes escenarios en que se desenvuelve el SGSSS, máxime cuando contar con información incompleta e incorrecta constituye el principal obstáculo para que las personas accedan a los servicios de salud a los que tienen derecho, además de ser una fuente constante de desmedro de los recursos asignados al Sistema General de Seguridad Social en Salud y, como es evidente, impide que exista credibilidad en las determinaciones que adopte el Gobierno basado en la información recolectada al interior del sistema.

También deberá procurarse prontamente una metodología óptima para que las decisiones referidas a la UPC-C y UPC-S respondan a la sostenibilidad financiera de la ampliación de la cobertura y su financiación por la UPC y demás fuentes de financiación previstas por el sistema vigente, teniendo en cuenta no solamente las denuncias de insuficiencia de la UPC-S, sino además las advertencias respecto a la sobredimensión de la UPC del régimen contributivo, tal como lo expuso la Contralora General de la República en la reciente Audiencia Pública del 10 de mayo.

1.4. Ahora bien, dada la relevancia de la equiparación de prestaciones económicas para la atención de la población cubierta por el plan de beneficios unificado, esta Sala reitera la jurisprudencia constitucional en relación con la aplicación del principio de igualdad que, *prime facie*, se advierte trasgredido en la normatividad proferida en cumplimiento de la orden sub examine. Particularmente, se consideró en sentencia C-1122 de 2008:

“... en relación con el principio de igualdad, debe reiterarse que, en desarrollo de las previsiones del artículo 13 de la Constitución Política, el legislador debe otorgar el mismo trato jurídico a todas aquellas situaciones que pueden ser comparadas, así como establecer las correspondientes diferenciaciones cuando se trate de situaciones fácticas

disímiles.⁹ Por consiguiente, un tratamiento legislativo diferente no implica per se una violación del principio de igualdad siempre y cuando sea objetivo y razonable¹⁰. El primer presupuesto, entonces, para que proceda la verificación de un cargo por violación del principio de igualdad por tratamiento diferenciado es que se esté ante supuestos de hecho que sean equiparables.

En aquellos eventos en los que se haya constatado el anterior presupuesto, es preciso establecer la constitucionalidad del criterio de diferenciación empleado por el legislador, para lo cual se le aplica un “test de razonabilidad” en orden a establecer si se justifica o no, a la luz de la Constitución, el trato desigual.

Las etapas de ese test comprenden 1. el análisis del fin buscado por la medida, 2. el análisis del medio empleado y 3. el análisis de la relación entre el medio y el fin.¹¹”

Al respecto, este Tribunal ha considerado en ocasiones anteriores que no todo trato diferencial constituye una vulneración al ordenamiento superior, por cuanto, es admisible aquella distinción siempre que se funde en “razones constitucionalmente legítimas”¹², de lo contrario es abiertamente discriminatoria. De allí, que el análisis de los argumentos razonables sea primordial para determinar la condición de igualdad en la norma.

En el caso bajo examen, sin entrar a realizar un test de igualdad, la Corte observa con preocupación la ausencia de justificaciones, razonamientos, fundamentos y/o soportes técnicos o de cualquier orden, bajo los cuales fuere constitucionalmente aceptable la fijación de una UPC diferencial entre ambos regímenes, más aun cuando por un menor valor se pretende la prestación del mismo catálogo de servicios y en condiciones idénticas de equidad, oportunidad y calidad.

Es de advertir que hasta ahora, los argumentos presentados por la CRES para la fijación de un valor diferencial entre las UPC subsidiada y contributiva, obedecen básicamente a que la Unidad de Pago por Capitación es una prima de riesgo colectivo no individual, en que la información que actualmente provee el régimen subsidiado no representa unos criterios de calidad pertinentes que permitan tomar una decisión sobre suficiencia o insuficiencia y que los estados financieros muestran que las EPS pertenecientes al régimen subsidiado no se encontraron en déficit para 2010.

⁹ Ver Sentencia C-100 de 2004

¹⁰ Ver, entre muchas otras, la Sentencia C-530 de 1993

¹¹ Cfr. Sentencia C-227 de 2004

¹² Véase Sentencia T-109 de 2012.

De lo anterior, se evidencia que la segunda de las afirmaciones efectuadas por el ente regulador, es decir, “*el déficit en la información del régimen subsidiado*”, conlleva a que las demás argumentaciones pierdan todo sustento; como quiera que al carecer de un sistema de información que le permita validar y consolidar cifras ciertas y contundentes, el Gobierno no cuenta con los datos necesarios para establecer legítimamente la suficiencia del valor de la UPC-S para garantizar la prestación de los servicios unificados.

Por consiguiente, a las entidades promotoras de salud de cada régimen no se les puede asignar una partida diferencial para asumir las prestaciones contempladas en el plan obligatorio de salud unificado, como quiera que ello genera un trato desigual a los afiliados del Sistema General de Seguridad Social en Salud, quienes al tener igualdad de derechos en el plan de beneficios, podrían ver afectado el acceso a dichos servicios por razones meramente económicas.

En tal sentido, esta Sala en aras de proteger el derecho al acceso de servicios de salud de la población colombiana y tal como se dispuso para los mayores de 18 años en el Auto 261 de 2012, dispondrá la igualación de la UPC de los regímenes contributivo y subsidiado para los menores de edad, hasta tanto no sean allegados los estudios que soporten la distinción advertida en esta providencia y sea valorada su razonabilidad constitucional por la Corte.

3. Decisiones a adoptar.

1.1. Teniendo en cuenta que con los ajustes efectuados a la UPC-S para los niños y niñas del régimen subsidiado no se demostró que ésta fuera suficiente para financiar la ampliación de la cobertura impuesta en este mandato, y dado que a la fecha no se ha evaluado si esta orden está siendo cumplida materialmente, esto es, si todos los niños y niñas del régimen subsidiado están accediendo oportunamente a los servicios de salud cubiertos por el régimen contributivo y a aquellos que requieran con necesidad, se declarará el incumplimiento parcial de este precepto.

1.2. Así, ante la evidencia que reposa en el expediente, referente a la insuficiencia de la UPC-S para garantizar la prestación de los servicios de salud unificados para niños y niñas, lo que desde luego deviene en la vulneración del derecho fundamental de la salud por la imposibilidad de acceder oportunamente a servicios de calidad, la Corte ordenará la igualación del valor de la UPC-S al establecido para la UPC del régimen contributivo para la población menor de edad, tal como se dispuso para el resto de los usuarios del sistema, debiendo el Ministerio de Salud y Protección Social, el

Ministerio de Hacienda y Crédito Público, la Comisión de Regulación en Salud y el Departamento Nacional de Planeación, o quienes hagan sus veces, adoptar las medidas necesarias para dar cumplimiento inmediato a esta disposición.

1.3. La anterior decisión regirá hasta tanto dichos entes gubernamentales elaboren la metodología apropiada para establecer la suficiencia de la UPC-C y de la UPC-S, que debe fundarse en estudios que demuestren contar con la credibilidad y rigorismo técnico necesarios para asegurar que los servicios de salud del POS unificado podrán prestarse eficiente y oportunamente por las EPS-S en las mismas condiciones de calidad que las EPS contributivas, garantizando el equilibrio financiero para tales entidades, para lo cual debe garantizar el diseño de un sistema de información que permita lograr un mayor control sobre los diferentes escenarios en que se desenvuelve el SGSSS.

1.4. En consecuencia de lo anterior y en atención a lo previsto en la Ley 734 de 2002 ó Código Único Disciplinario, se dispondrá remitir copia de esta providencia y de los documentos contenidos en las carpetas correspondientes al seguimiento del cumplimiento del numeral vigésimo primero de la parte resolutive de la sentencia T-760 de 2008, a la Procuraduría General de la Nación, para que esta entidad dé inicio a la investigación que corresponda, a fin de establecer si se incurrió en falta disciplinaria por parte de algún o algunos funcionarios del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud y/o de la Comisión de Regulación en Salud y/o del Ministerio de Salud y Protección Social, al haber incumplido con la orden perentoria de que dicho precepto, sin perjuicio de que se dé aplicación por parte de esta Corporación a lo dispuesto en el artículo 53 del Decreto 2591 de 1991¹³.

En mérito a lo expuesto y atendiendo las exigencias contenidas en la orden impartida en el numeral vigésimo primero de la parte resolutive de la sentencia T-760 de 2008, la Sala Especial de Seguimiento

III. RESUELVE

PRIMERO. DECLARAR el incumplimiento parcial de la orden vigésimo primera impartida en la sentencia T-760 de 2008 por lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

¹³ “El que incumpla el fallo de tutela o el juez que incumpla las funciones que le son propias de conformidad con este Decreto incurrirá, según el caso, en fraude a resolución judicial, prevaricato por omisión o en las sanciones penales a que hubiere lugar. También incurrirá en la responsabilidad penal a que hubiere lugar quien repita la acción o la omisión que motivó la tutela concedida mediante fallo ejecutoriado en proceso en el cual haya sido parte.”

SEGUNDO. ORDENAR al Ministerio de Salud y Protección Social, al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, a la Comisión de Regulación en Salud y al Departamento Nacional de Planeación, que elaboren la metodología apropiada para establecer la suficiencia de la UPC-C y de la UPC-S, que debe fundarse en estudios que demuestren contar con la credibilidad y rigorismo técnico necesarios para asegurar que los servicios de salud del POS unificado podrán prestarse eficiente y oportunamente por las EPS-S en las mismas condiciones de calidad que las EPS contributivas, garantizando el equilibrio financiero para tales entidades. Así mismo deberán diseñar un sistema de información que permita lograr un mayor control sobre los diferentes escenarios en que se desenvuelve el SGSSS.

TERCERO. DISPONER que hasta tanto se dé cumplimiento al numeral anterior, deberá entenderse que a partir de la fecha de expedición de esta providencia, el valor de la UPC-S será igual al establecido para la UPC del régimen contributivo para la población menor de edad.

CUARTO. ORDENAR a la Secretaría General de esta Corporación que libre las comunicaciones a que haya lugar en virtud de los numerales anteriores, remitiendo copia de esta providencia al Ministerio de Salud y Protección Social, a la Comisión de Regulación en Salud, al Ministerio de Hacienda y Crédito Público y al Departamento Nacional de Planeación.

QUINTO. ORDENAR que a través de la Secretaría General de esta Corporación se remita copia de esta providencia y de los documentos contenidos en las carpetas correspondientes al seguimiento del cumplimiento del numeral vigésimo primero de la parte resolutive de la sentencia T-760 de 2008, a la Procuraduría General de la Nación, para que esta entidad dé inicio a la investigación que corresponda, a fin de establecer si se incurrió en falta disciplinaria por parte de algún o algunos funcionarios del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, de la Comisión de Regulación en Salud y/o del Ministerio de Salud y Protección Social, al haber incumplido con la orden perentoria contenida en el mandato a que se sustrae este proveído, sin perjuicio de que se dé aplicación por parte de esta Corporación a lo dispuesto en el artículo 53 del Decreto 2591 de 1991.

Notifíquese, comuníquese y cúmplase

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO
Magistrado

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO
Magistrado

MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO
Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ
Secretaria General