

REPÚBLICA DE COLOMBIA



CORTE CONSTITUCIONAL Sala Especial de Seguimiento

AUTO

Referencia: Seguimiento a la Sentencia T-760 de 2008.

Asunto: Escrito presentado por Gestarsalud respecto a varias situaciones que han generado desequilibrio financiero en el régimen subsidiado.

Magistrado Sustanciador:
JORGE IVÁN PALACIO PALACIO

Bogotá D.C., catorce (14) de marzo de dos mil dieciséis (2016)

El Magistrado sustanciador, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, dicta el presente auto con base en los siguientes:

I. ANTECEDENTES

1. Mediante escrito radicado por el apoderado de Gestarsalud¹, se presentaron algunas situaciones que a su juicio han permeado el equilibrio financiero afectando el flujo de caja y la liquidez de las aseguradoras del régimen subsidiado. Solicitó que estos tópicos fueran tenidos en cuenta al momento de realizar las valoraciones atinentes a las órdenes del fallo estructural objeto de supervisión, a saber:

1.1. “Descuentos retroactivos aplicados en forma extemporánea por cruces de bases de datos e información con otras entidades gubernamentales tales como la Registradora civil (sic) y otros regímenes en el caso de las bases de datos del régimen Contributivo y/o régimen de excepción”.

Afirmó que de conformidad con un control de advertencia de la Contraloría General de la República, el ente ministerial ha aplicado auditorías a las bases de datos entre los regímenes del sistema y otras entidades del Estado tales como la Registraduría Nacional del Estado Civil con el listado de fallecidos y otros.

Como consecuencia adelantó dos procesos de depuración que implicaron reintegros o descuentos durante 2014 y 2015 por más de \$365.382 millones², lo que equivale a un mes de operación del SGSSS para las EPS asociadas. Consideró que ello demuestra la falta de idoneidad del sistema de información que está produciendo graves pérdidas y endureciendo el desequilibrio financiero que vive hace años el sector.

¹ Asociación de Empresas Gestoras del Aseguramiento en Salud.

² Discriminado así: \$274.026 millones en 2014 para presuntos duplicados entre régimen subsidiado y régimen de excepción o contributivo y, \$91.356 millones en 2015.

Concluyó que “no se puede (sic) desconocer las competencias y responsabilidades de cada entidad en la calidad de la data y la trazabilidad de las operaciones; por lo que resulta inaceptable que ahora sean las EPS del régimen subsidiado las que deban reintegrar recursos de servicios que además de haber prestado el servicio de salud, deban asumir el pago de los mismos con cifras que superan ampliamente el valor de las UPC pagadas por el estado en su momento”.

Para remediar tal situación presentó cuatro propuestas:

- i) Aplicación de criterios auxiliares: Que la Corte Constitucional solicite al Ministerio adoptar los mecanismos de los criterios auxiliares que contempló el Laudo Arbitral de fecha 26 de noviembre de 2009, expedido por el Tribunal de Arbitramento de Bogotá dentro del proceso adelantado por Salud Total S.A. EPS contra el Distrito Capital de Bogotá - Fondo Financiero Distrital de Salud-, en el cual se reclamaba el reconocimiento de los valores asumidos por la EPS sobre afiliados que fueron descontados por encontrarse multiafiliados³.
- ii) Amortización para la aplicación de los descuentos durante un período no inferior a los 24 meses, toda vez que el reintegro inmediato pondría en riesgo de liquidez y de caja la operación actual del régimen subsidiado viéndose afectado el acceso a los servicios de salud del usuario.
- iii) Inaplicación de sanciones o pago de mora en los casos de restituciones donde las EPS no tenían acceso a la información para la detección temprana de las inconsistencias.
- iv) Intervención de la Superintendencia Nacional de Salud: A su juicio, el Ministerio debe crear los mecanismos necesarios para que los procesos de reintegro de los costos asumidos en la atención del multiafiliado, se realicen de manera oportuna y sin dilaciones injustificadas.

³ Al respecto explicó: “Dentro de dicho proceso se determinaron unos ‘Criterios Auxiliares’ para el reconocimiento y pago total de los costos asumidos por la EPS durante el aseguramiento de los usuarios que presentaron multiafiliación, metodología con la cual se asegura el reconocimiento y reintegro total de los gastos administrativos y las atenciones prestadas al afiliado con múltiple afiliación, pues al realizarse el descuento de UPC, es claro que la EPS Subsidiada no debía asumir el riesgo en salud de dicha persona y por tanto, debe reintegrársele la totalidad de dichos costos, los cuales deben ser asumidos por la EPS que tenía la afiliación válida. La anterior sugerencia respetuosa tiene como propósito señalar un camino técnico con el fin de que la falta de idoneidad y de calidad de la información no siga afectando de manera grave la sostenibilidad financiera de las EPS del régimen subsidiado.

Estos criterios auxiliares determinados dentro del laudo arbitral referenciado consiste (sic) en los siguientes: i) reconocimiento del gasto administrativo ii) reconocimiento del valor de la póliza de alto costo y iii) reconocimiento de las prestaciones de servicios de salud asumidos tanto por evento como por capitación, u otra modalidad de contratación.

Lo anterior, garantiza la no vulneración de uno de los principios generales del derecho colombiano consistente en el enriquecimiento sin causa, esto es, la no concepción ‘de un traslado patrimonial entre dos o más personas sin que exista una causa eficiente y justa para ello’ pues el no reconocimiento del valor total asumido por la EPS obligada a la restitución de la UPC implicaría que la misma asumiera el costo del aseguramiento de un usuario frente al cual no existía ninguna obligación, generando con ello un detrimento de su patrimonio; y por otra parte, implicaría un enriquecimiento injustificado frente a la EPS con la afiliación válida, quien estando obligado al aseguramiento del afiliado y por tanto, siéndole reconocida las UPC correspondientes, no asumió la atención total de su atención”.

Para tal efecto, refirió las competencias conciliatorias y jurisdiccionales que por ley reposan en cabeza de la Supersalud⁴ y pidió a este Tribunal que conmine a dicho órgano de inspección, vigilancia y control para que las cumpla.

1.2. “Desequilibrio de los pools de riesgo por inequidad en las condiciones dadas para aprobar y aplicar los traslados entre regímenes de diferentes aseguradoras, lo que desincentiva la aplicación de novedades como la movilidad que se crearon con el fin de garantizar la afiliación y la comunidad en la prestación de servicios a la población que sin capacidad de pago obtenga un contrato en forma temporal”.

Esta situación a su vez la subdividió en 4 causas:

i) Descuentos de la UPC por “novedad retroactiva” (traslados al régimen contributivo): Relató que es necesario que el Ministerio de Salud suspenda las restituciones efectuadas en la LMA⁵ en razón a los traslados de algunos afiliados que no han podido hacer uso de la herramienta de movilidad.

A su juicio la inconsistencia consiste en que *“el modelo de operación que han implementado algunas EPS del régimen contributivo está afectando en forma significativa la garantía real del acceso a los servicios de salud para aquellos usuarios que consiguen empleo en forma temporal y que correspondían a usuarios que podían aplicar la ‘novedad de movilidad’ ascendente dentro de su EPS; pero que por direccionamiento ajeno a su libre elección, están actualmente siendo ‘trasladados’ de una EPS subsidiada a una EPS Contributiva y reclamadas a través de ‘novedades R2’ por traslado al contributivo, sin que esta condición obedezca fielmente a un traslado”.*

Esta práctica desvirtúa la gestión del riesgo y la sostenibilidad financiera y operativa de las EAPB y transgrede el principio de libre escogencia de los afiliados consagrado en el artículo 3 de la Ley 1438 de 2011.

Adujo que ha solicitado al Ministerio evaluar una a una las inconsistencias que se están presentando y se suspenda la aplicación de “Novedades Retroactivas”, hasta tanto entre en vigencia el proyecto de decreto único de afiliación.

ii) Inspección, vigilancia y control a prácticas inseguras que estimulan la selección adversa: Sostuvo que ha puesto en conocimiento de la Superintendencia de Salud que algunas EPS del régimen contributivo estarían clasificando el riesgo de los afiliados al momento de realizar traslados en virtud de la movilidad, de manera que en ciertos casos han sido reversados –devueltos al subsidiado– con fundamento aparente en que la persona padece algún tipo de patología.

En esa medida, se estarían aplicando preexistencias *“tendientes a seleccionar de manera adversa los afiliados que aceptarían las EPS del Régimen Contributivo, práctica insegura*

⁴ Señaló que *“consideramos necesario que el Ministerio de Salud y Protección Social establezca mecanismos oportunos y preferenciales en los cuales se determine la intervención de la Superintendencia Nacional de Salud dentro del proceso de restituciones entre EPS, en un primer momento como tercero conciliador en ejercicio de sus funciones conciliatorias (art. 38 de la Ley 1122 de 2007), logrando entre las partes un acuerdo frente a los valores a restituir; o en el evento en que no se logre un acuerdo, como tercero determinador frente a la pertinencia del reintegro solicitado y el plazo en que se procederá a su cancelación, en ejercicio de sus funciones jurisdiccionales (art. 41 de la Ley 1122 de 2007)”.*

⁵ Liquidación mensual de afiliados.

que no solo pone en riesgo la legitimidad del sistema y el equilibrio financiero de las EPS Subsidiadas sino principalmente el principio de libre elección de los afiliados”.

Propuso al ente ministerial que se implementen mecanismos que permitan una mayor inspección, vigilancia y control para las entidades que se encuentren realizando este tipo de prácticas.

iii) Irregularidades evidenciadas en la liquidación mensual de afiliados en la cual se estarían efectuando descuentos por UPC a las EAPB por concepto de compensación, con fundamento en:

a) Fecha idéntica de afiliación en dos (2) EPS del Régimen Contributivo y a la vez multifiliado con el Régimen Subsidiado.

b) Inconsistencias entre los periodos compensados y la fecha de afiliación.

c) Inconsistencias entre la BDUA y la LMA en atención a que existen usuarios que en un periodo inferior a (8) meses además de tener una doble afiliación en el contributivo, continúan apareciendo activos en el Régimen Subsidiado, con el agravante de que las dos EPS del Régimen Contributivo solicitan la restitución, siendo la EPS subsidiada la que ha venido asumiendo los costos de la prestación de servicios de salud y gastos administrativos de estos afiliados.

En tal sentido, reiteró la petición hecha al Ministerio de evaluar prioritariamente una a una las dificultades que se están presentando, suspendiendo la aplicación de “novedades retroactivas” hasta tanto entre en vigencia el proyecto de Decreto Único de Afiliación.

iv) Inclusión del afiliado dentro del procedimiento de múltiple afiliación, brindándole claridad respecto a la EPS que queda activa para su atención e información sobre los trámites requeridos para superar la duplicidad de vinculación.

1.3. Ausencia de recursos para el pago de los servicios excluidos del POS – orden 20 de la Sentencia T-760 de 2008- ; (sic) que ha generado carteras con morosidad superior a los 360 días y que a la fecha compromete más del 85% de los activos corrientes de las EPS, lo que convierte estos activos en activos tóxicos.

Manifestó que persiste la cartera correspondiente a los servicios explícitamente excluidos del POS y que no pueden ser costeados con cargo a la UPC.

Señaló que la deuda que el Estado tiene con las EPS por concepto de “servicios POS reconocidos y no reconocidos a la fecha supera los 600 millones de pesos”. Agregó que las EPS “conserv[a]n a hoy en más de un 85% sus activos corrientes en activos altamente tóxicos, sobre los cuales dada su difícil recuperación y pronto pago han sido objeto de provisión; obligando con ello a la EPS a requerir prestamos (sic) del sector bancario con el fin de cumplir con las exigencias patrimoniales y financieras exigidas por el Gobierno Nacional”.

Por consiguiente, solicitó a la Corte que conmine al Gobierno para que intervenga de manera inmediata en la solución de esta problemática.

II. CONSIDERACIONES

1. La Corte Constitucional en la Sentencia T-760 de 2008 emitió órdenes de carácter correctivo dirigidas a las entidades de regulación del Sistema General de Seguridad Social en Salud, a efectos de superar las deficiencias identificadas en dicha providencia. Para verificar el acatamiento de lo ordenado en el citado fallo estructural, este Tribunal conformó una Sala Especial de Seguimiento encargada de llevar a cabo el monitoreo de la implementación y la evaluación de las acciones de política pública, así como las medidas de inspección y vigilancia dentro del sector que deben ejecutarse en acatamiento a esos mandatos judiciales⁶.

En tal sentido, la supervisión parte de un marco de competencias limitadas por el cumplimiento de las órdenes establecidas en dicha providencia y los autos de seguimiento, con la finalidad garantizar el goce efectivo del derecho a la salud.

Excepcionalmente en aras de construir la jurisprudencia desde la realidad social, esta Corporación se ha valido de análisis focalizados, como las fallas estructurales en el acceso al servicio de salud en el departamento de Chocó⁷ y las irregularidades detectadas por parte de la Defensoría del Pueblo en la prestación de tecnologías en la EPS-S Caprecom⁸. Ambos fueron considerados casos adscritos a la órbita del trámite de seguimiento al estar directamente relacionados con la observancia del mandato décimo sexto de la sentencia⁹.

Bajo tales precisiones, la Corte no tiene competencia para abordar todos los defectos que puedan presentarse en el sistema y tampoco puede inmiscuirse en cualquier aspecto de la política pública sobre la materia. La Sala ha reiterado que la supervisión del acatamiento de las disposiciones generales impartidas en el fallo estructural es sustancialmente diferente a la solución de los casos concretos y no conlleva la evaluación de todos los componentes de la acción estatal.

No debe confundirse el ámbito de acción del seguimiento con el trámite que deben surtir las distintas quejas y reclamos conforme al ordenamiento jurídico. Al entrar en funcionamiento los medios administrativos y judiciales dispuestos, la función de la Sala Especial de Seguimiento se limita, cuando sea el caso, al acompañamiento conforme a los derroteros fijados por la Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos.

Si de las situaciones expuestas por los intervinientes, se advierten posibles insumos para la valoración general de las órdenes objeto de supervisión, la Sala procederá a solicitar que se acrediten en el expediente a fin de contar con mayores elementos de juicio para evaluar la superación de las fallas regulatorias respectivas.

2. La Sala evidencia que lo pretendido por Gestarsalud obedece a presuntas deficiencias diferentes a las consignadas en la Sentencia T-760 de 2008. En efecto, los reintegros citados y los problemas que han surgido en la movilidad entre regímenes, así como las opciones que puede implementar el Ejecutivo para recuperar los dineros, no tienen un nexo evidente con las órdenes generales, específicamente las referidas al flujo de recursos proveniente de solicitudes de recobro.

⁶ Reiterado en Auto 552A de 2015.

⁷ Cfr. Autos 154 y 354 de 2014, 47 y 413 de 2015, 056 de 2016.

⁸ Cfr. Auto 552A de 2015.

⁹ De igual forma ocurrió con las denuncias presentadas ante la baja calidad de los servicios y deficiencias en la atención en Saludcoop EPS, concerniente a los criterios de medición de la orden vigésima. Cfr. Autos 89 y 243 de 2014.

3. En relación con el primer ítem requerido, la Sala aclara que pese a que la Corte ha hecho un llamado al Ministerio de Salud para que garantice un sistema de información único, consolidado, depurado y confiable, ello no implica que el Tribunal haya intervenido toda la acción estatal sobre el particular. Tan solo han sido recomendaciones impartidas en el marco de la valoración de las órdenes vigésima segunda¹⁰ y décima novena¹¹, con finalidades específicas.

En efecto, el primer caso estuvo dirigido a contar con datos fiables para la fijación de la unidad de pago por capitación de manera que la misma fuera suficiente para atender los servicios del POS unificado. En el segundo, se ordenó mejorar la calidad y el contenido de los registros de negación de tecnologías en salud que tiene a cargo el ente regulador.

A partir de la información general entregada por el memorialista no se evidencia la conexión del seguimiento a la Sentencia T-760 de 2008 con los descuentos retroactivos que, en su criterio, están generando pérdidas para las entidades promotoras de salud, de forma que se excedería la competencia de la Sala Especial al no encausarse en los mandatos generales supervisados. Tampoco concierne a este Tribunal extender órdenes al Ministerio de Salud ni a la Superintendencia de Salud para que intervengan en la materia, como quiera que ello también es ajeno al presente trámite.

4. Ahora bien, respecto del segundo punto esta Corporación considera que el estudio de las acciones de restitución adelantadas por el Ministerio de Salud ante posibles ajustes administrativos no hace parte de los objetivos de las órdenes generales impartidas en la Sentencia T-760 de 2008 y ninguno de sus autos de desarrollo, por lo que se no se cuenta con la competencia para intervenir en tales decisiones regulatorias.

La Corte recuerda al peticionario que el proceso de seguimiento no es la instancia pertinente para dilucidar asuntos concretos, sino que se debe hacer uso de los medios ordinarios a disposición de los actores. Por tal motivo, remitirá copia del escrito de la referencia al Ministerio de Salud y Protección Social y a la Superintendencia de Salud para lo que corresponda.

5. En torno con el tercer requerimiento no es claro si la situación fáctica descrita se inscribe en el cumplimiento de la orden vigésima cuarta del fallo estructural, referida a la obligación del Ministerio de Salud y Protección Social de adoptar medidas tendientes a asegurar que el procedimiento de recobros en ambos regímenes funcione en condiciones de agilidad, de manera que garantice el flujo adecuado y suficiente de recursos. Por esto se requiere mayor precisión en la argumentación expuesta.

5.1. Dicho mandato fue declarado incumplido parcialmente mediante Auto 263 de 2012 por cuanto la Sala encontró situaciones que estaban agravando la liquidez y el flujo de recursos, así como actividades defraudatorias que desangraban los rubros destinados a la atención médica de los colombianos. En aquel proveído, la Corte también advirtió la proliferada e incontrolable dilapidación de los dineros, que pese a ser suficientes para cumplir su única finalidad, se desviaban hacia intereses particulares.

¹⁰ Auto 261 de 2012.

¹¹ Auto 411 de 2015.

De conformidad con lo anterior exhortó a las diferentes autoridades competentes¹² para que enfrentaran estas situaciones y para conjurar los sobrecostos de precios de medicamentos. Este Tribunal consideró que los mecanismos de control no eran eficientes, en tanto no se habían recuperado los dineros malversados, las dilapidaciones eran cada vez más frecuentes y agravaban la crisis financiera del sistema¹³.

La Sala actualmente se encuentra adelantando por segunda ocasión la valoración de la orden bajo cita, para lo cual podría ser de gran utilidad la información que llegue a soportar el peticionario.

5.2. Atendiendo lo anterior y como quiera que no se acompañaron los soportes necesarios para determinar con claridad si los hechos manifestados guardan relación con dicho mandato, se solicitará a Gestarsalud que informe a la Sala Especial de Seguimiento los siguientes aspectos respecto de las deudas que en la actualidad no se le hayan cancelado a las EPS-S de las cuales tenga conocimiento y el correspondiente soporte probatorio, discriminando:

- i. Montos y antigüedad de la cartera.
- ii. Origen de la obligación: POS o no POS (no incluido en el POS o explícitamente excluido).
- iii. Entidad responsable del pago o con quien se contrajo la obligación.
- iv. Causa del no pago.
- v. Efectos que se han propiciado sobre prestadores y proveedores a causa de tales deudas u otras similares.
- vi. Medidas alternativas de solución planteadas por el Gobierno para mejorar la liquidez.

En mérito de lo expuesto,

III. RESUELVE:

Primero: Denegar las solicitudes contenidas en los numerales I y II del escrito presentado por Gestarsalud acorde a lo expuesto en la parte motiva de la presente decisión.

Segundo: En relación con la petición número III, solicitar a Gestarsalud que, en el término de cinco (5) días siguientes a la comunicación de la presente providencia, remita a esta Sala la información requerida en los considerandos 4.2. de este auto.

¹² Procuraduría General de la Nación, Contraloría General de la República, Fiscalía General de la Nación, Ministerio de Salud y Protección Social, Superintendencia Nacional de Salud, Superintendencia Financiera y Superintendencia de Industria y Comercio.

¹³ Así se indicó en el Auto 263 de 2012: “La Corte consideró que el control posterior no era efectivo y afectaba exclusivamente los derechos de los usuarios y del propio Estado, debido a que toda vez que los dineros cuya destinación ha sido distorsionada no han sido recuperados hasta el momento; por el contrario, cada vez se ahondan más los desfalcos y se pierden los recursos asignados sin que estos sean ejecutados en debida forma, como lo ha sostenido en varias ocasiones la Contraloría General de la República.

De lo expuesto anteriormente y de los hallazgos encontrados en la audiencia pública, sintetizados a lo largo de la parte motiva y en el apartado 14 del acápite de antecedentes, se evidencia que las auditorias y los controles presentes en el sistema de verificación, control y pago de solicitudes de recobro, no están siendo eficaces, puesto que al dar viabilidad a solicitudes irregulares se está fomentando la dilapidación de recursos y con ello la corrupción en el sector salud.

En esa medida, las modificaciones implementadas en el procedimiento de recobro son insuficientes para controlar la situación actual de estos y la grave crisis financiera que ha ocasionado la corrupción presente en dicho trámite.”

Tercero: Remitir copia de la petición radicada por Gestarsalud al Ministerio de Salud y Protección Social y a la Superintendencia de Salud, para lo que corresponda.

Cuarto: Proceda la Secretaría General de esta Corporación a librar la comunicación pertinente, adjuntando copia de este auto.

Cúmplase,

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO
Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ
Secretaria General