

# Estructura y regulación del sector salud: una perspectiva económica

Structure and regulation of health sector: an economic perspective

---

Camilo Piedrahita Vargas\*

\* Abogado Universidad de Medellín. Magíster en Derecho Económico Universidad Externado de Colombia. Candidato a Doctor en Derecho Procesal por la Universidad de Medellín. Jefe del Departamento de Derecho de la Universidad EAFIT. Jefe del Área de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Escuela de Derecho de la misma Universidad. Correo electrónico: cpiedra8@eafit.edu.co

*Recibido: 26 de abril de 2012*

*Aprobado: 19 de junio de 2012*

## Resumen

Este trabajo tiene como objetivo describir algunos aspectos característicos de la estructura y de la regulación del Sistema de Salud colombiano, en particular aquéllos relativos al Régimen Contributivo, con el fin de identificar, desde la teoría económica, las fallas de mercado que se presentan en la provisión de los servicios de salud.

## Palabras Claves

Regulación, derecho a la salud, fallas de mercado

## Abstract

This paper aims to describe some characteristic aspects of the structure and regulation of the Colombian Health System, in particular those related to the contributive regime, in order to identify, from economic theory, market failures that arise in the provision health services.

## KeyWords

Regulation, health right, market failures.

## *El Sistema de Salud Colombiano*

La Constitución Política de 1991 estableció los fundamentos del actual sistema de salud. Los artículos 48 y 49 de la Carta, ubicados en el Capítulo II. "De los derechos sociales, económicos y culturales" establecen la Seguridad Social (y la salud por supuesto) como un servicio público esencial obligatorio, prestado por particulares o entidades públicas bajo la dirección, coordinación y control del Estado (con base en los principios de universalidad, solidaridad y eficiencia), cuya ampliación de cobertura debe promover el Estado con la participación de los particulares.

Para los ciudadanos, el derecho a la seguridad social (y por ende a la salud) es irrenunciable y todos ellos gozan de garantía de acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud. En este punto debe tenerse en cuenta que la Corte Constitucional adoptó la definición de salud de la OMS, entendida como el “goce máximo de bienestar, que comprende tanto la acción de conservación para evitar y prevenir la enfermedad, como la acción de restablecimiento para recuperar la calidad de una vida digna” (Quintero, 2011, 78). Para la Corte, la esencialidad del servicio de salud radica en que éste contribuye directamente a la provisión de bienes que a su vez permiten satisfacer derechos y libertades fundamentales (Quintero, 2011, 88).

Este marco constitucional abrió la puerta del negocio del aseguramiento en salud a los particulares, que luego desarrolló la Ley 100 de 1993, básicamente bajo el supuesto de que la iniciativa y el capital privados eran necesarios para la ampliación de la cobertura y el mejoramiento de la calidad, eficiencia y equidad de los servicios de salud, eso sí, bajo la intervención estatal. Para la Asamblea Nacional Constituyente la regulación y supervisión estatal eran fundamentales para lograr que el sistema de salud generara verdadero bienestar a la población (Lamprea, 2011, 51-53,74). Adicionalmente, el mercado permitiría generar condiciones de competencia, que se traducen en calidad de los servicios prestados (Lamprea, 2011, 34,35).

Lo prioritario en aquél entonces no era la discusión sobre la naturaleza pública o privada del prestador del servicio público (es decir si la lógica de mercado y el capital y la iniciativa privada iban a favorecer intereses particulares antes que el interés general, contrario a lo que ocurriría con un modelo público – estatal) sino la finalidad de aquél: proteger o maximizar el interés general, ya que se trata de servicios inherentes a la finalidad social del Estado (Lamprea, 2011, 24); alcanzar este interés implicaba el consenso del capital y la iniciativa privada.

De acuerdo a los fundamentos constitucionales expuestos, la ley 100 de 1993 adoptó un modelo de competencia regulada en materia de seguridad social y particularmente en salud de “pluralismo estructurado”, en el cual la modulación (dirección, coordinación y control) estatal es fundamental para la alineación de los intereses particulares al interés público (Lamprea, 2011, 66, 68).

En teoría, el sistema mixto (Estado – asistencia-lismo / mercado – aseguramiento) y de libertad regulada establecido por la ley 100 de 1993 permitiría ampliar la cobertura del sistema de salud y bajo criterios de competencia y libertad de escogencia se abriría el camino hacia la calidad (Lamprea, 2011, 70).

### *Fallos de mercado*

La economía neoclásica, considera que los mercados son mecanismos eficientes de asignación de recursos ya que permiten la denominada eficiencia del intercambio (si A valora un bien suyo en \$5 y B lo valora en \$10, el mercado llevará el bien a manos de quien más lo valore y cualquier acuerdo de precios entre \$5 y \$10, será eficiente para ambas partes). Los mercados en un estado ideal (competencia perfecta), fijan las variables principales del mismo (cantidad, precio y calidad) de manera óptima y eficiente, esto es, generando el mayor beneficio marginal posible para los productores como para los consumidores y por tanto para la sociedad.

Sin embargo no todos los mercados funcionan correctamente. Muchos adolecen de las denominadas fallas de mercado derivadas del poder de mercado, la asimetría de información, las externalidades y los bienes públicos, las cuales generan comportamientos ineficientes de los agentes. Para efectos de este trabajo solo se abordará una explicación superficial acerca de las dos primeras causas.

### *El poder de mercado*

Cuando un(os) agente(s) tiene(n) poder de mercado excesivo, puede generarse ineficiencia económica ya que el (los) mismo(s) debido a su capacidad de afectar unilateralmente las principales variables del mercado (precio, cantidad e incluso calidad) pueden producir cantidades sub óptimas y a precios o condiciones inadecuadas. El caso más extremo de falla de mercado por poder de mercado se encuentra en el mercado monopolístico.

El monopolista como único productor se encuentra en una posición única, él es el mercado y controla la cantidad ofrecida en el mismo y cuenta con poder absoluto de mercado, entendido éste como la capacidad de influir ampliamente en el precio de un bien o servicio (Pindyck, 2001, 336).

El poder de monopolio y su nivel, surgen del número de empresas en el mercado (a mayor número, menor es la posibilidad de que alguna pueda influenciar el precio), lo cual a su vez está determinado por las barreras de entrada (jurídicas o económicas), la elasticidad precio de la demanda (mientras más elástica sea la demanda con relación al precio, menos poder de mercado se obtiene) y de la relación entre las empresas en el mercado; el poder dependerá también de que las mismas decidan competir o coludir (Pindyck, 2001, 354).

El ideal (en competencia perfecta) es que en un mercado los precios de los bienes y servicios se fijen por los agentes en aquél punto donde el ingreso marginal (IMg) iguala el costo marginal (CMg); a un precio superior, se excedería la disposición de pago de los compradores respecto del costo marginal de producir una unidad; a un precio inferior el costo marginal de producir la última unidad es mayor que la disposición a pagar de los compradores (Baldwin, 1998, 207).

En condiciones de monopolio la cantidad producida es menor que en estado de competencia ya que el precio monopolístico incentiva a muchos consumidores a acudir a otros productos sustitutos que en caso de tener unos costos de producción más altos que aquéllos producidos por el monopolista, esto no será más que un desperdicio para la sociedad (Posner, 1998, 264) o un costo en términos de eficiencia económica. El monopolista escoge el precio que maximiza su beneficio y como la pendiente de la demanda es negativa, reduce las cantidades ofrecidas lo cual genera una pérdida de eficiencia por una ganancia del monopolista.

Debido a que en el monopolio los precios son mayores y la cantidad producida es menor, es de esperar que la situación de los consumidores empeore respecto a un mercado competitivo y la de los productores mejore.

Un factor importante que debe analizarse en condiciones de monopolio es la elasticidad – precio de la demanda<sup>1</sup> del producto monopolizado. Entre más inelástica sea la demanda respecto al precio del bien (variación de la demanda tendiente a cero tras variaciones al alza en precios), mayores beneficios genera el precio monopolístico y por ende existen mayores incentivos para la monopolización y mayor pérdida de eficiencia económica. Debe agregarse que el poder monopolístico “depende por entero de la elasticidad de la demanda que afronte la empresa en su precio maximizador del beneficio” (Posner, 1998, 286). La elasticidad precio de la demanda está determinada además por la existencia de bienes sustitutos (dos bienes son sustitutos cuando el aumento del precio de un bien genera el aumento de la cantidad demandada de otro (Pindyck, 2001, 24,32).

La ineficiencia generada por el monopolio pue-

<sup>1</sup> La elasticidad precio de la demanda se entiende como la variación en la cantidad demandada de un bien o servicio de acuerdo a las variaciones de su precio. (Pindyck, 2001, 32)

de ser más severa cuando existen barreras de entrada para nuevos competidores ya que a pesar de existir incentivos de entrada derivados de la excesiva renta monopolística, las barreras hacen imposible la oportuna entrada de nuevos competidores.

### ***Estrategias regulatorias***

En condiciones de monopolio, la regulación usualmente pretende promover o introducir niveles óptimos de competencia o controlar los precios y/o condiciones de mercado (especialmente cuando se trata de monopolios naturales en los cuales debido a la estructura de costos hundidos y marginales decrecientes así como por la existencia de economías de escala es eficiente que exista un solo productor regulado). Por otro lado debe considerarse que la regulación de precios en un mercado monopolístico puede generar una respuesta indeseable por parte del regulado (costos de la regulación), como la de reducir la calidad o peor aún, reducir los incentivos sobre la innovación y en particular sobre aquélla que genera una disminución en materia de costos del productor, pues ante tal reducción, el regulador podría responder igualmente con una reducción de los precios controlados.

Los mecanismos de regulación de precios en los mercados monopolísticos usualmente adoptan dos formas: los de tasas de retorno (*rate of return ROR* ó *revenue caps*) y los denominados *price caps*: precios techo o límite.

El primer sistema implica en su modalidad más simple la imposición de un régimen de precios basado en una simulación de mercado con un costo de producción eficiente más una tasa razonable de retorno de utilidad. El problema de estos sistemas radica en su incapacidad de incentivar a las firmas reguladas para operar de manera eficiente (reducción de costos), pues tienen "asegurado" (riesgo moral) el retorno del valor de los costos más una utilidad lo que in-

cluso puede incentivar a aumentar el valor real o nominal de los mismos, sobre invertir en bienes de capital por ejemplo para hacer subir los precios.

Un sistema de regulación de precios techo, es aquél en el cual se establece una proyección decreciente de precios hacia el futuro, lo cual le permite a la empresa apropiarse de las ganancias por el diferencial entre precio – costo, pero la obliga igualmente a innovar y actuar para reducir sus costos de manera progresiva. Sin embargo éste sistema debe utilizarse en períodos de tiempo cortos y haciendo re-cálculos continuos que permitan ajustar el sistema a ciertos costos del productor que no fueron tenidos en cuenta en un principio o que fueron sobrealorados, con el fin de no situar los precios en niveles muy bajos, lo cual llevaría a la firma a la quiebra, o en niveles muy altos, lo cual afectaría a los consumidores y sería además políticamente incorrecto (Baldwin, 1999, 224 -227).

Sin embargo, los sistemas de *price caps*, que supuestamente incentivan la reducción de costos de la firma regulada, pueden enviar señales erradas acerca de la calidad del servicio prestado; la empresa regulada puede incrementar sus ganancias no solamente por cuestiones de eficiencia (de costos) sino por recortes en la calidad de los servicios prestados (Elliot, 2006, 82 -83).

La regulación eficiente de precios en mercados con características monopolísticas se hace difícil debido al profundo problema de asimetría de información existente entre el regulador y la(s) firma (s) regulada (s), en particular sobre los costos de producción de ésta y su capacidad de acción y obtención de logros en el futuro. Para afrontar dicha situación se utilizan los sistemas de competencia por comparación tales como el *benchmarking*, los cuales implican la recopilación y el análisis de datos de costos de varias firmas que operan en mercados no competitivos, sin muchos incentivos para innovar, para obtener y fijar el nivel de costos estándar que deben tener o al que deben llegar las mismas. Como

las condiciones de cada firma son distintas y la información y las metodologías utilizadas en el cálculo empírico de los resultados pueden fallar, puede acudir a la creación de una empresa modelo para determinar los costos de acuerdo a condiciones eficientes.

El sistema de competencia comparativa por estándar (yardstick competition), implica que el regulador sitúa varias empresas en competencia respecto de sus niveles de costos, estableciendo la remuneración de las mismas de acuerdo con su desempeño y el de las demás (Baldwin, 1999, 239).

Este sistema tiene algunos inconvenientes ya que los precios deben fijarse antes de que los costos puedan ser realmente observados, pero además existe el riesgo de colusión pues los regulados pueden mantener los costos a un nivel innecesariamente alto, con su respectivo efecto sobre los precios y podrá obviarse el esfuerzo de producir de manera eficiente. Obviamente, dicho riesgo aumenta en la medida en que el mercado esté compuesto por un número pequeño de empresas o firmas lo cual puede ser producto de barreras económicas o legales de entrada (Baldwin, 1999, 243)

### *El oligopolio*

Estos mercados se caracterizan por el hecho de que unas cuantas o muy pocas empresas (debido a las barreras de entrada económicas o jurídicas) producen la mayor parte o toda la producción, independientemente de que el producto sea o no homogéneo. Cuando un agente de un mercado oligopólico toma decisiones relacionadas con el precio y la producción, debe tener en cuenta las posibles reacciones de sus competidores, partiendo de que aquéllos tomarán las suyas de manera racional y de acuerdo con la propia.

Esta racionalidad de toma de decisiones y sus respectivas acciones, se denomina como el

equilibrio de Nash: cada empresa elige la mejor estrategia posible a la vista de lo que hacen sus competidoras, fija sus precios y cantidades de acuerdo a lo que hagan o puedan hacer las demás. Si ninguna empresa se beneficia cambiando su estrategia mientras los otros no cambien la suya, entonces ese conjunto de estrategias y las ganancias correspondientes constituyen un equilibrio de Nash (Pindyck, 2001: 441 – 443).

Sin embargo, (sin regulación o control) las empresas podrían coludir buscando fijar los niveles de producción en un nivel de maximización del beneficio total o sea al nivel en el cual la cantidad hace que el costo marginal (CMg) sea igual al ingreso marginal (IMg), y se repartirían el mismo. De esta forma cada una de las empresas produce menos y obtiene mayores beneficios encontrándose en una situación aún mejor que en la de competencia perfecta.

Todo lo anterior indica que los agentes inmersos en mercados oligopólicos, se encuentran en la dicotomía de competir para capturar una mayor cuota del mercado o cooperar entre ellos y competir de manera moderada, manteniendo su participación de mercado e incluso coludiendo ya que la competencia pasiva y la colusión pueden darles más beneficios. En la mayoría de los casos estos agentes fijan sus niveles de producción y precios una y otra vez observando la conducta de sus competidores y adaptando la propia de acuerdo a aquélla, por lo cual, predomina la cooperación oligopólica que se traduce en figuras como los cárteles o la colusión (Pindyck, 2001, 457 - 459).

### *Los cárteles y la colusión*

Los productores de un cártel, explícitamente han acordado cooperar para fijar los precios y las cantidades ofrecidas (colusión expresa), independientemente de que en aquél no se encuentren todos los agentes productores. Su éxito radica en dos aspectos: debe existir un acuerdo estable sobre los precios y las canti-

dades y un cumplimiento fiel del mismo. Los miembros deberán tener en cuenta la racionalidad de aquéllos agentes no integrantes del cártel (Pindyck, 2001, 465).

Si los agentes de un mercado, oligopólico en este caso, actúan como si fueran uno solo gracias a la colusión expresa o tácita, tendrán poder monopólico (Posner, 1998: 285) en los términos que antes se mencionaron. Los cárteles pequeños tienen menos posibilidades de ser descubiertos; además entre menor sea el número de miembros, más bajos serán los costos de coordinar sus acciones y de monitorearse mutuamente. Las barreras de entrada también generan una tendencia hacia la cartelización: "(...) si la entrada puede efectuarse rápidamente y los que ingresan no tienen costos a largo plazo mayores que los de los miembros del cartel, los beneficios de la cartelización serán pequeños y por tanto, también será pequeño el incentivo para la cartelización" (Posner, 1998, 274).

### **Las asimetrías de información**

Esta fuente de falla de mercado implica un desequilibrio fuerte en la cantidad y/o la calidad de la información con la que cuentan los agentes involucrados en una transacción debido a la imposibilidad o carestía de conocer todo lo que la otra parte conoce, lo cual puede incluso anular completamente la posibilidad de que la transacción ocurra.

Existen básicamente dos modelos de análisis de las asimetrías de información: la relacionada con información oculta (selección adversa) y la relacionada con la acción oculta (riesgo moral). La selección adversa surge del alto costo para los agentes de distinguir los productos o servicios de buena calidad (o bajo riesgo) y los de mala calidad (alto riesgo), lo cual hace que se terminen transando bienes de diferente calidad a un mismo precio y una cantidad mayor a la eficiente de bienes de mala calidad y una cantidad inferior a la óptima de los de buena calidad.

Esta falla se resuelve proveyendo de información al mercado a través de las denominadas señales de mercado, proceso por medio del cual los agentes envían señales a los demás sobre la calidad de un producto tales como la reputación, las garantías, la estandarización etc. (Pindyck, 2001, 622 – 626).

El riesgo moral aparece cuando un agente se encuentra asegurado (usualmente por un contrato) y por consiguiente cambia su comportamiento de manera tal que aumenta la probabilidad de que el riesgo ocurra y/o de que el monto de la pérdida aumente. Obviamente existe un alto costo de monitorear el comportamiento del agente ex post al aseguramiento. En términos de Posner R, (...) "*se conoce como riesgo moral a la tendencia de un asegurado a disminuir sus esfuerzos para impedir la materialización del riesgo contra el que se ha asegurado* (...) (Posner, 2001, 107).

Cuando un agente está asegurado y su conducta no puede ser monitoreada por quien lo asegura (debido a los altos costos de monitoreo – información) puede tener incentivos para actuar de una manera tal que la probabilidad de ocurrencia del riesgo o el monto del perjuicio se aumenten, alterando la capacidad de los mercados para asignar los recursos eficientemente ya que el asegurado cree en un costo o beneficio de su actividad diferente al que realmente genera a la sociedad (Pindyck, 2001, 631-633).

La imposibilidad de monitorear la conducta de otro agente (debido a su alto costo – costo de agencia), ya que solo es observable el resultado final de su actividad (un cierto nivel de beneficios por ejemplo) (Coloma, 2001, 127) cuando entre los agentes existe una relación de agencia, o sea que el bienestar de uno depende de la acción del otro, se denomina por la economía como el problema del principal y del agente. En estos casos debe tenerse en cuenta que el agente (quien realiza la acción no monitoreable a bajo costo y que afecta al principal) gracias al individualismo y oportunismo, puede tener

incentivos para desalinearse de los objetivos del agente y alinearse con sus objetivos propios de maximización de su beneficio (Márquez, 2005, 215). De ahí que deban establecerse sistemas de gobierno (toma de decisiones – responsabilidad etc.) y de remuneración de los agentes que permitan alinear los intereses de aquéllos con los de los principales (Pindyck, 2001, 635).

### ***Las fallas de mercado en el Sistema de salud colombiano***

El sistema de salud colombiano, en lo relativo al régimen contributivo adolece de fallas de mercado asociadas al poder de mercado (monopolios u oligopolios) y a la asimetría de información (selección adversa – riesgo moral).

#### ***Concentración (oligopolio)***

Según la Superintendencia de Salud, existen 24 EPS registradas en este régimen, con un total de 23.256.582 de afiliados<sup>2</sup>. A pesar de la aparente pluralidad de oferentes, se trata de un mercado altamente concentrado ya que sólo 8 EPS agrupan al 81% de los afiliados y tan sólo 5 de las 24 agrupan las 2/3 partes del mercado (65%). Con este índice de concentración, el mercado funciona realmente como un oligopolio, en el cual existen incentivos para que los agentes coludan con el fin de fijar directamente o indirectamente (y no por las fuerzas libres del mercado) las variables de mercado y obtener rentas oligopolísticas.

Así, estos agentes pueden coludir para negar servicios como mecanismo de contención de costos y de fijación indirecta de la UPC (Unidad de pago por capitación – precio del bien o servicio). De acuerdo con la regulación del Sistema de Salud colombiano, los recursos de las cotizaciones son del sistema, no de los asegu-

radores, y es el Fondo de solidaridad y Garantía de Salud (FOSYGA) el que le paga al asegurador por cada afiliado un valor anual preestablecido, con el cual se cubren los costos de aseguramiento del Plan Obligatorio de Salud. En la medida en que el valor de dicha unidad se determina por el regulador (Comisión de Regulación de Salud – CRES) entre otros, con datos de la misma industria, al negarse más servicios por supuesta exclusión del plan de beneficios, el regulador estará incentivado a incrementar el valor de la UPC para incluirlos; adicionalmente los agentes pueden coludir para sobrevalorar los precios de procedimientos y medicamentos y así no solo lograr mejores ingresos por recobros sino inflar los su valor real, que luego el regulador tomará como datos de la industria para incrementar el valor de la UPC.

#### ***Barreras de entrada***

Las Empresas promotoras de Salud tienen requisitos mínimos de calidad, de capital y de margen de solvencia. A pesar de ser políticamente deseables pues implican que cualquier persona o entidad y en cualquier tipo de condiciones no pueda obrar como asegurador en materia de salud, se constituyen en barreras jurídicas de entrada que incrementan el poder de mercado de los agentes dominantes en el mismo; ante un abuso excesivo por parte de los agentes que componen el cártel antes mencionado, con el fin de obtener mayores rentas oligopólicas, el mercado no puede responder de manera rápida, por ejemplo, con la entrada de un nuevo oferente que compita por dicha renta y beneficie a los consumidores.

#### ***Demanda inelástica***

El poder de mercado de un monopolio o de un oligopolio aumenta si la demanda del produc-

<sup>2</sup> Datos a marzo de 2011

to o servicio es inelástica respecto al precio, la cantidad o la calidad. La demanda de salud (en el régimen contributivo) está legalmente inducida (es obligatoria) lo cual impide que los consumidores reaccionen frente a un aumento de precios o una baja en la calidad o cantidad de salud ofrecida, demandando menos salud.

### ***Bienes sustitutos***

De igual manera, la inexistencia de bienes sustitutos exagera el poder de mercado. El sistema de salud colombiano obliga a conservar períodos mínimos (1 año) de permanencia con una determinada aseguradora (EPS), lo cual impide que el asegurado cambie de asegurador cuando éste ha disminuido la calidad o cantidad del servicio ofrecido o cuando ha incrementado su precio. En ese mismo sentido por tratarse de productos completamente homogéneos desde su contenido (POS), como en su precio, el usuario solo tendría incentivos para sustituir el asegurador por razones de servicio.

### ***Asimetría de información y colusión***

A pesar de que el sistema está diseñado financieramente para evitar la selección adversa del riesgo ex ante (esto es, que las personas pobres o con mayor riesgo de salud no sean excluidas del aseguramiento), especialmente a través del pago por capitación (UPC) y la prohibición de preexistencias (art. 164, ley 100 de 1993) es posible que el asegurador y el prestador sí seleccionen el riesgo ex post, ubicando un medicamento o procedimiento como no POS a pesar de sí estar incluido en aquél y así apropiarse del valor completo de la UPC y recobrar indebidamente el servicio o medicamento asignado. En este sentido, debe tenerse en cuenta que la regulación de salud permite la integración vertical, es decir que una EPS puede contratar hasta el 30%

de su gasto en salud con una misma IPS propia (art. 15 ley 1122 de 2007). La integración vertical no solo disminuye los niveles de competencia real del mercado de salud (uno de los objetivos del modelo constitucional de salud), sino que facilita la colusión para determinar las variables del mercado unilateralmente o el riesgo moral al seleccionar el riesgo que permite capturar renta. Para la Corte Constitucional<sup>3</sup>, ésta práctica (la integración vertical), al igual que la posición de dominio, resultan social y constitucionalmente indeseables, más aún tratándose del servicio de salud (QUINTERO, 2011: 179).

Esta posible práctica ha quedado dilucidada en diversos escenarios. A finales del año 2009, el gobierno nacional declaró la emergencia social en salud, Decreto 4975 del mismo año, con el fin de tomar medidas para financiar y reorganizar el sistema. A pesar de que dicho estado de emergencia social (y los decretos dictados bajo dicho estado) fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional, debe resaltarse el hecho de que dentro de las justificaciones dadas por el gobierno para su declaración aparecen entre otras:

“La imposibilidad estatal para identificar adecuadamente situaciones de abuso en la demanda de servicios por fuera de los planes de beneficio.

La práctica de algunos reguladores y agentes del sistema, tanto en el régimen contributivo como en el subsidiado, de incentivar la demanda o la oferta de servicios de salud por fuera de los planes de beneficios, sin considerar criterios de racionalidad en el uso de los servicios y recursos, o la capacidad socioeconómica de los pacientes” (Quintero, 2011, 124,125).

Esta posible selección del riesgo, propia de fallas de mercado relativas a la asimetría de información (riesgo moral), pareciera fortalecerse al ana-

<sup>3</sup> Véase sentencia C-1041 de 2007. M.P. Luis Eduardo Montealegre.

lizarse las cifras relativas a las razones argüidas por las entidades aseguradoras o prestadoras para negar servicios de salud. El estudio realizado por Diana Patricia Quintero, cuyos resultados se reflejan en su obra *La Salud como Derecho*, Estudio comparado sobre grupos vulnerables, permite determinar que una de las principales razones expuestas por los prestadores y aseguradores para negar servicios de salud, es que los mismos no se encuentran incluidos en el POS; en las personas de la tercera edad, esta razón fue utilizada en un 67.5% de las negaciones; respecto de las personas con discapacidad en un 22.7% (junto a la "carencia de obligación legal" con un 27.3%) y frente a los menores de edad en un 43.3% de los casos.

Sin embargo, en el 70% de las tutelas presentadas durante 1999 y 2003, se trató de servicios que sí estaban incluidos en el POS. (Quintero, 2011, 329).

En este mismo sentido la Superintendencia de Industria y Comercio durante 2011 sancionó a 13 Empresas Promotoras de Salud por coludir con el fin de negar servicios de salud y así, determinar indirectamente el precio del producto, entendido éste como la unidad de pago por capitación.

Los recobros al FOSYGA por medicamentos y procedimientos no POS aumentaron en un 280% desde 2007 (Lamprea, 2011, 80), pasando de 142 millones de dólares en 2006 a 963 millones de dólares en 2009 (Lamprea, 2011, 135, 136). Entre 2002 y 2008, los valores recobrados crecieron casi 20 veces, llegando al billón de pesos (Guzmán, 2010, 78). Esto se exacerbó aún más con el proceso de desregulación de precios de medicamentos; en 2006 a través de la Resolución 04 de 2006, la Comisión Nacional de precios de medicamentos (CNPM) le asignó la categoría de "libertad" a todos los medicamentos comercializados en Colombia (Lamprea, 2011, 133).

Recientemente la ley 1438 de 2011 reguló este

tema en su artículo 26, modificando el art. 14, literal J, de la ley 1122 de 2007. La decisión de otorgar este tipo de servicios (no Pos) parte de la autonomía del acto médico pero debe validarse ante un Comité Técnico, en un procedimiento bastante ágil (2 días) previo a su suministro. Con esta nueva reglamentación, desaparece la responsabilidad compartida, del asegurador y el FOSYGA, en cuanto a los costos de los procedimientos y medicamentos no POS no asignados oportunamente, sino por vía de tutela, lo cual implica que aún cuando la EPS niegue el medicamento o procedimiento no POS, en caso de ser obligado a otorgarlo por vía judicial (tutela), puede recobrarle al FOSYGA el 100% del valor de dicho servicio. Esta estrategia regulatoria profundiza la selección del riesgo arriba mencionada ya que la renta para la EPS derivada de la misma se incrementa.

### *A modo de conclusión*

La regulación actual del sistema de Salud en cuanto al Régimen Contributivo promueve la existencia de fallas de mercado derivadas del poder de mercado, las cuales se crean paradójicamente por una preocupación del regulador por la calidad en la prestación del servicio; y de la asimetría de información, originadas en la "captura" de la decisión del riesgo propias de los costos de agencia de la intermediación y la integración vertical. Estas fallas no solo generan fuertes ineficiencias al Sistema de Salud sino a que a su vez permiten a los aseguradores y prestadores del servicio obtener rentas a todas luces ilegítimas a costa de la indebida provisión de los servicios de salud para los usuarios.

Sin un Estado regulador o con una regulación que promueva las fallas de mercado antes de reducirlas o evitarlas, se corre el riesgo de que la entrada de capital privado en sectores tan sensibles como el de la salud genere un "desarraigo institucional" del mercado que dé al traste con el interés general y ceda ante intereses privados (Lamprea, 2011, 25).

## Referencias

- Arenas, Gerardo. (2011). El derecho colombiano de la seguridad social. Bogotá: Legis.
- Baldwin, Robert y otro. (1999) Understanding regulation. Theory, strategy and practice. Nueva York: Oxford University Press.
- Coloma, Germán. (2001). Análisis económico del derecho privado y regulatorio. Buenos Aires: Ciudad Argentina.
- Díaz-Granados, Juan Manuel y otro. (2010) Sistema de salud en Colombia, cobertura, acceso y esquemas de financiación. En: Cuadernos del Doctorado, la sentencia T – 760 alcances y limitaciones. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia.
- Elliott, Dan. (2006) Regulating prices and service quality. En: International Handbook of economic regulation. UK: Edward Elgar Publishing.
- Guzmán, Nelson Alvis y otro. (2010) La protección del derecho a la salud en Colombia y la sentencia T – 760 de 2008. En: Cuadernos del Doctorado, la sentencia T – 760 alcances y limitaciones. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia.
- Lamprea, Everaldo. (2011). La Constitución de 1991 y la crisis de la salud. Encrucijadas y salidas. Bogotá: Universidad de los Andes.
- Márquez, Carlos Pablo. (2005). Anotaciones sobre Análisis Económico del Derecho. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana.
- Pindyck, Robert S. y otro. (2001). Microeconomía. Madrid: Prentice Hall.
- Posner, Richard A. (1998) El análisis Económico del Derecho. México: Fondo de Cultura Económica.
- Quintero, Diana Patricia. (2011). La Salud como Derecho. Estudio comparado sobre grupos vulnerables. Bogotá: Siglo del Hombre.

