



MINISTERIO DE LA PROTECCIÓN SOCIAL

SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD

RESOLUCIÓN NÚMERO 263 DE 2007

(26 MAR. 2007)

Por medio de la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto contra la Resolución No.0028 del 15 de enero de 2007.

EL SUPERINTENDENTE NACIONAL DE SALUD

en ejercicio de sus funciones Constitucionales y legales, especialmente las consagradas en la ley 100 de 1993, el Decreto Ley 1259 de 1994 y

CONSIDERANDO

I. ANTECEDENTES:

- 1.1. Que mediante Resolución 028 de 2007, la Superintendencia Nacional de Salud revocó el certificado de funcionamiento a la EPS del INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES;
- 1.2. Que contra el acto administrativo por el cual se revoca el certificado de funcionamiento procede únicamente el recurso de reposición;
- 1.3. Que el pasado 25 de enero de 2007 el Doctor Gilberto Quinche, actuando en representación de la EPS del **INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES**, interpuso recurso de reposición;

PS

6

SA 44

Por medio de la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto contra la Resolución No.0028 del 15 de enero de 2007.

II. REQUISITOS LEGALES DEL RECURSO:

El escrito por el cual el Doctor Gilberto Quinche, en representación de la EPS del INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES, interpuso recurso de reposición, reúne los requisitos de ley y fue presentado en tiempo, razones formales suficientes para reconocer su procedencia y resolver el fondo del asunto, a continuación.

SUJETO DE LA REVOCATORIA:

El sujeto de la revocatoria del certificado de funcionamiento es la **EPS del Instituto de Seguros Sociales (ISS)**. El ISS fue creado por el legislador en 1946, a fin de que prestara servicios de enfermedad general y maternidad a los trabajadores del sector privado. En 1992 dejó de ser un establecimiento público y pasó a constituirse en una Empresa Industrial y Comercial del Estado (EICE). En 1993, en virtud de la creación del Sistema de Seguridad Social Integral (SSSI) por parte del Legislador, se autorizó al ISS a desarrollar las actividades de:

1. Salud, como empresa promotora de salud (EPS) e Institución Prestadora de Servicios (IPS);
2. Pensiones, como administradora del régimen de prima media con prestación definida (AP), y
3. Riesgos Laborales como administradora de riesgos profesionales (ARP).

La Superintendencia Nacional de Salud expidió el certificado de funcionamiento al ISS – EPS mediante Resolución No. 24 de enero 18 de 1995. En julio de 1998 le fue suspendido el certificado, mediante Resolución 1416 atendiendo a los resultados negativos en la prestación del servicio y a la situación financiera del ISS, específicamente en el área de salud. En noviembre de 2001 le fue levantada la suspensión, mediante Resolución 2462.

La Dirección de Entidades Promotoras de Salud y Entidades Prepago de la Superintendencia Nacional de Salud, abrió investigación administrativa contra el Sujeto de la revocatoria, mediante Auto 1229 de 2006, y formuló cargos, entre los cuales encontramos el asunto que se estudia en esta decisión, evidenciado por la ausencia de acreditación periódica del margen de solvencia, situación ésta que lo haría incurso en una de las causales de revocatoria del certificado de funcionamiento, circunstancia que dio origen al traslado que la Dirección EPS y Entidades de Prepago hiciera al Despacho, por razones de competencia.

Por medio de la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto contra la Resolución No.0028 del 15 de enero de 2007.

III. LA NORMATIVIDAD APLICABLE , SU TITULARIDAD Y SU IMPERATIVIDAD:

De conformidad con los artículos 48 y 49 de la Constitución Política, la Seguridad Social en su componente de atención de la salud es un servicio público de carácter obligatorio, que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, posición reiterada recientemente por la H. Corte constitucional al precisar que:

*"(...) entre los aspectos que son objeto de intervención estatal, están los **servicios públicos**, de los cuales forma parte la atención en salud (art. 49 C. P.) y la seguridad social (art. 48 C. P.), servicios que están sometidos a la dirección, coordinación y control del Estado, con sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que señale la ley."* Corte Constitucional, Sala Plena del 28 de febrero de 2007, EXPEDIENTE D-6442, SENTENCIA C-137/07 Magistrado ponente: Dr. Jaime Araujo Rentería.

Corresponde, por tanto, a la Superintendencia Nacional de Salud, la función constitucional delegada por el Primer Mandatario, de inspeccionar, vigilar y controlar a las personas o entidades públicas y privadas, que prestan el servicio de salud o manejan recursos destinados al servicio de seguridad social en salud, con el fin de que dicho servicio se preste en forma permanente, oportuna, con calidad, eficiencia y eficacia.

A. FUNCIONES CONSTITUCIONALES CONFERIDAS AL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA:

De conformidad con la Constitución Política, artículo 189-22, corresponde al Presidente de la República *"Ejercer la inspección y vigilancia de la prestación de los servicios públicos"*, bajo estricta sujeción a las normas constitucionales y legales.

Por medio de la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto contra la Resolución No.0028 del 15 de enero de 2007.

B. FUNCIONES CONSTITUCIONALES PRESIDENCIALES DEL SUPERINTENDENTE NACIONAL DE SALUD:

Ha señalado la H. Corte Constitucional que *“A la Superintendencia Nacional de Salud le compete en términos generales, inspeccionar, vigilar y controlar a las personas o entidades públicas y privadas, que prestan el servicio de salud o manejan recursos destinados al servicio de seguridad social en salud, con el fin de que dicho servicio se preste en forma permanente, oportuna, con calidad, eficiencia y eficacia, y que los recursos destinados a la seguridad social se utilicen únicamente con ese destino. (...) Cabe agregar que la Superintendencia de Salud, mediante el ejercicio de sus competencias, busca garantizar la protección de un derecho fundamental de carácter esencial para toda persona humana: la salud.”* Corte Constitucional, Sentencia C-921 de 2002. Referencia: expediente D-3428; Demanda de inconstitucionalidad contra el numeral 23 y los literales b) y c) del numeral 24 del artículo 5, y el numeral 8 del artículo 7 del Decreto 1259 de 1994, “por el cual se reestructura la Superintendencia Nacional de Salud”; Actor: Guillermo Francisco Reyes González; Magistrado Ponente: Dr. Jaime Araujo Rentería

De la lectura de lo anterior podemos colegir que el fin de las funciones generales del Superintendente Nacional de Salud debe estar orientado a garantizar:

1. La eficiencia en la obtención, aplicación y utilización de todos los recursos con destino a la prestación de los servicios de salud;
2. La oportuna y adecuada liquidación, recaudo, giro, transferencia, cobro y utilización de los mismos.
3. El cumplimiento de las disposiciones legales y reglamentarias que regulan la prestación de los servicios de salud por parte de las entidades públicas y privadas del sector salud.
4. La cabal, oportuna y eficiente explotación de los arbitrios rentísticos que se obtengan de los monopolios de loterías, beneficencias que administren loterías, sorteos extraordinarios, apuestas permanentes y demás modalidades de juegos de suerte y azar.
5. La adopción de medidas que permitan que los entes vigilados centren su actividad en la solución de sanas prácticas y desarrollos tecnológicos que aseguren un crecimiento adecuado de las mismas.

Por medio de la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto contra la Resolución No.0028 del 15 de enero de 2007.

C. FUNCIONES LEGALES DEL SUPERINTENDENTE NACIONAL DE SALUD:

Delimitando las normas aplicables al caso que nos ocupa, tenemos que es responsabilidad de la Superintendencia Nacional de Salud, verificar el cumplimiento de los requisitos necesarios para una adecuada prestación del servicio de salud, requisitos entre los cuales encontramos alcanzar y mantener el margen de solvencia y, cuya ausencia conlleva, según el legislador, a la revocatoria del certificado de funcionamiento por parte de la Superintendencia, según normas que se señalan a continuación:

- LEY 100 DE 1993 - ARTÍCULO 230: *"El certificado de autorización que se le otorgue a las Empresas Promotoras de Salud **podrá ser revocado o suspendido por la Superintendencia mediante providencia debidamente motivada**, en los siguientes casos: (...)*

"2. Cuando la entidad deje de cumplir cualquiera de los requisitos establecidos para el otorgamiento de la autorización. "(...)" (Destaco).

- LEY 100 DE 1993 - *"ARTÍCULO 180. **Requisitos de las Entidades Promotoras de Salud.** La Superintendencia Nacional de Salud autorizará como Entidades Promotoras de Salud a entidades de naturaleza pública, privada o mixta, que cumplan con los siguientes requisitos: (...)*

"6. Acreditar periódicamente el margen de solvencia que asegure la liquidez y solvencia de la Entidad Promotora de Salud, que será fijado por el gobierno nacional."

- DECRETO 882 DE 1998: *"ARTICULO 1o. **Margen De Solvencia Para Asegurar La Liquidez De Las Entidades Promotoras De Salud Y Administradoras Del Régimen Subsidiado.** Para efecto de lo dispuesto en este decreto, se entiende por margen de solvencia, la liquidez que debe tener una Entidad Promotora de Salud y/o Administradora del Régimen Subsidiado, cualquiera sea su forma legal, para responder en forma adecuada y oportuna por sus obligaciones con terceros, sean estos proveedores de bienes o prestadores de servicios de salud o los usuarios.*

"Se entenderá por liquidez la capacidad de pago que tienen las Entidades Promotoras de Salud y/o las Administradoras del Régimen Subsidiado para cancelar, en un término no superior a 30 días calendario, a partir de la fecha establecida para el pago, las cuentas de los proveedores de bienes o prestadores de servicios de salud o usuarios."

Por medio de la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto contra la Resolución No.0028 del 15 de enero de 2007.

- DECRETO 3085 DE 2003. "Modifíquese el artículo 1° del Decreto 1566 de 2003, el cual quedará así:

"Artículo 1o. La revocatoria de autorización de funcionamiento de uno o varios negocios de las entidades promotoras de salud de carácter público, la medida de intervención para liquidar total o parcialmente dichas entidades y la resolución definitiva de tales decisiones por parte de la entidad competente, requerirá el concepto previo no vinculante del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud.

"Para tal efecto, la entidad competente remitirá al Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, la evaluación previa que sustente las razones por las cuales pretende tomar esta decisión. Cuando la decisión sea objeto de recurso, antes de resolver, enviará al Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, el expediente en el estado en que se encuentre.

"Una vez emitido el respectivo concepto por el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, este devolverá el expediente a la Superintendencia Nacional de Salud o a la entidad que haga sus veces".

IV. FUNDAMENTO DEL RECURRENTE:

Previa verificación de los requisitos de forma exigidos por la ley para proceder a resolver a los recursos presentados en contra de los actos administrativos dentro de la vía Gubernativa, el Despacho procede a estudiar los razonamientos y fundamentos de fondo que contra la Resolución 028 de 2007 ha presentado el representante legal de la EPS del ISS, y para tal efecto se procede, haciendo uso de la metodología utilizada por el memorialista:

A. ANTECEDENTES:

Procede el memorialista a hacer referencia a los antecedentes del asunto que nos ocupa, precisando:

"Mediante auto 1229 del 8 de septiembre de 2006, la Dirección de Entidades Promotoras de Salud y Entidades prepago de la Superintendencia Nacional de Salud, en uso de sus facultades legales, ordenó la apertura de la investigación administrativa en contra del Instituto de Seguros Sociales – Empresa Promotora de Salud, formulando una serie de cargos, que fueron atendidos en su oportunidad, tal y como consta en los oficios PISS 10779 y 11913 del 3 y 30 de octubre de 2006, respectivamente."

Por medio de la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto contra la Resolución No.0028 del 15 de enero de 2007.

CONSIDERACIONES DEL DESPACHO A LOS ANTECEDENTES:

Este Despacho estima oportuno precisar que este es tan solo uno de los antecedentes en que, por competencia, se fundamentó la decisión que se controvierte mediante el presente recurso.

B. DE LOS CARGOS IMPUTADOS:

En este acápite, el memorialista procedió a analizar uno a uno los cargos formulados mediante Auto 1229 de 2006, por parte de la Dirección de Entidades Promotoras de Salud y Entidades Prepago de la Superintendencia Nacional de Salud.

CONSIDERACIONES DEL DESPACHO A LOS CARGOS IMPUTADOS

Si bien la **Dirección de Entidades Promotoras de Salud y Entidades prepago de la Superintendencia Nacional de Salud** abrió investigación en contra del Instituto de Seguros Sociales, Empresa Promotora de Salud, y formuló los respectivos cargos, mediante Auto 1229 de 2006, la resolución por la cual se revocó el certificado de funcionamiento de la EPS del Instituto de Seguros Sociales no desata aquellos diferentes al de la Competencia de este Despacho, para efectos de revocar el certificado de funcionamiento.

Por razón de lo anterior, es deber del Despacho precisar que con la decisión recurrida, no se resolvió el proceso administrativo que actualmente cursa ante la Dirección de Entidades Promotoras de Salud y Entidades Prepago, como quiera que se debe respetar el principio de la doble instancia. Así las cosas, tenemos que la revocatoria que se controvierte no es consecuencia del proceso cuya apertura se ordenó mediante auto 1229 de 2006, sino del ejercicio de una potestad consagrada en el artículo 230 de la ley 100 de 1993, sin perjuicio que la causal objeto de la medida se hubiera evidenciado en dicho proceso administrativo.

Es evidente el anacronismo en que incurre el memorialista, al confundir la investigación administrativa que le fuera iniciada mediante Auto 1229 de 2006, con la decisión de revocarle el certificado de funcionamiento, yerro cuyo origen se presume, se presenta en virtud de que gracias a aquella, se evidenció la carencia del requisito esencial que dio origen a la decisión que se debate. Es por esto que el memorialista manifiesta que de "*los nueve cargos iniciales, solo uno de ellos prosperó*", sin advertir que la Resolución que controvierte señaló claramente que el Director de Empresas Promotoras de Salud y Entidades Prepago, mediante oficio 4052-2-001900 de noviembre 30 de 2006 informó:

Por medio de la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto contra la Resolución No.0028 del 15 de enero de 2007.

“En ejercicio de las facultades conferidas por la Ley a esta Dirección, el pasado 8 de septiembre de 2006, di inicio a la investigación contra el Instituto de los Seguros Sociales, Empresa Promotora de Salud, mediante Auto 1229, por el cual ordeno la apertura de investigación administrativa, en contra de dicha entidad, el cual fue comunicado mediante oficio 4052-2-0001900 de la misma fecha, concediéndole el término de treinta (30) días hábiles, para efectos de que esclareciera el presunto incumplimiento de la parte motiva y resolutive del acto administrativo.

“Con fecha tres (3) de octubre de 2006, y mediante oficio PIS 10779, el representante legal del Instituto, rindió explicaciones a cada uno de los cargos del auto y posteriormente, con fecha 31 de octubre siguiente, dio alcance al oficio anterior, allegando información y pruebas adicionales, las cuales fueron incorporadas al expediente administrativo.

“Del análisis realizado por esta Dirección, a efectos de resolver la investigación administrativa, se han encontrado elementos de juicio que me llevan a considerar el presunto incumplimiento del Instituto de Seguros Sociales frente a los requisitos que establece la ley para su funcionamiento, asunto de su exclusiva competencia, por tener como consecuencia la revocatoria o suspensión del certificado de autorización otorgado al precitado Instituto.

“Para su análisis del incumplimiento, me permito adjuntar copia del auto 1229 de 2006, en el cual se evidencian las presuntas irregularidades, así como los escritos mediante los cuales el representante legal rindió explicaciones, en los cuales se observa que no desvirtuó, principalmente, el cargo SEXTO formulado por NO ACREDITAR PERIÓDICAMENTE EL MARGEN DE SOLVENCIA, que transcribo textualmente a continuación:

“El artículo 156 de la Ley 100 de 1993, al establecer las características básicas del sistema, en su literal k) determina que las Entidades Promotoras de Salud podrán prestar los servicios directos a sus afiliados por medio de sus propias instituciones o contratar con Instituciones Prestadoras y profesionales independientes o con grupos de práctica profesional debidamente constituidos.

Por medio de la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto contra la Resolución No.0028 del 15 de enero de 2007.

*"A su vez, la ley precitada dentro de los requisitos de las Entidades Promotoras de Salud (EPS) en su artículo 180 dispone que dichas entidades, deben disponer de una organización administrativa, financiera y **acreditar periódicamente el margen de solvencia que asegure la liquidez y solvencia de a Entidad Promotora de Salud (EPS)** y el artículo 230 de la Ley 100 de 1993 determina como una de las causales de revocatoria del certificado de autorización de una Entidad Promotora de Salud, el que la entidad deje de cumplir cualquiera de los requisitos establecidos para el otorgamiento de la autorización, para este caso el del numeral 6° del artículo 180 de la Ley 100 de 1993.*

"Posteriormente, mediante el Decreto Reglamentario 882 del 13 de mayo de 1998 se fija el margen de solvencia que asegura la liquidez de las EPS, entendido como tal, la liquidez que debe tener una Entidad Promotora de Salud y/o Administradora del Régimen Subsidiado, cualquiera sea su naturaleza jurídica, para responder en forma adecuada y oportuna por sus obligaciones con terceros, sean estos proveedores de bienes o prestadores de servicios de salud o los usuarios.

"El citado decreto, limita a las entidades promotoras de salud con deudas superiores a 30 días, contados a partir de la fecha prevista para su pago las cuales no podrán:

"1°. Realizar nuevas afiliaciones, salvo los beneficiarios de aquellos afiliados que se encontraban cotizando tratándose de régimen contributivo y los recién nacidos en el régimen subsidiado.

"2°. Realizar mercadeo de sus servicios con el objeto de obtener nuevas afiliaciones o traslado de afiliados.

"3° Afectar el flujo de ingresos provenientes de la Unidad de Pago por Capitación para cancelar obligaciones provenientes de la amortización de inversiones en infraestructura asistencial o administrativa.

"4° Realizar cualquier operación de compra o arrendamiento financiero con opción de compra sobre bienes inmuebles y realizar inversiones de cualquier naturaleza como socio o asociado".

"Así mismo, en el régimen sancionatorio, artículo 230 de la Ley 100 de 1993, faculta la Superintendencia Nacional de Salud, cuando la Entidad Promotora de Salud no acredita el Margen de Solvencia en armonía con lo prescrito por el numeral 6° del artículo 180 y demás normas reglamentarias el revocar el certificado de autorización que se otorgue a las EPS.

Por medio de la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto contra la Resolución No.0028 del 15 de enero de 2007.

"Revisada la situación de margen de solvencia del Instituto de Seguros Sociales, Entidad Promotora de Salud, con base en la información reportada por ella misma, se evidencia que a junio de 2006, esa entidad presenta deudas a proveedores por un valor total de \$315.958.752 miles, de la cual se encuentra en mora \$142.9951.24."

Dicha irregularidad fue formalizada como un cargo a investigar por parte de la Dirección de Entidades Promotoras de Salud y Entidades Prepago de la Superintendencia Nacional de Salud, la cual, además solicitó las respectivas explicaciones, obteniendo la siguiente contestación:

"Ahora, en cuanto al cálculo del margen de solvencia presenta un valor que identifica la cartera por valores y edades, también es cierto que al interior del ISS y concretamente en la unidad de negocio EPS, se presenta un gran volumen de cuentas por pagar clasificadas por:

"1. Régimen contributivo, que comprende Compras de servicios de salud (contratos de prestación de servicios, nómina de incapacidades y licencias de maternidad), compra bienes de salud que comprende elementos médico-quirúrgicos, órtesis y prótesis, oxígenos - gases medicinales, medicamentos y enfermedades de alto costo.

"2. Urgencias, que incluye urgencias y reembolsos por prestación de servicios.

"Se debe mencionar que el Instituto de Seguros Sociales está compuesto por un nivel nacional y 28 seccionales, es así como el procedimiento de cuentas por pagar es de gran complejidad, razón por la cual se definieron los procesos para la auditoría de las mismas mediante las Resoluciones 764 de 2001 y 2476 de 2004.

"En efecto, como parte de la estandarización del proceso de revisión de las cuentas por concepto de servicios médicos, en diciembre de 2004 se rediseñó el manual de auditoría de cuentas médicas. A su vez, durante las vigencias 2005 y 2006 se efectuaron capacitaciones y seguimiento del mencionado Manual, en las 28 Seccionales ISS, con un cumplimiento total del 100%.

"El proceso de cuentas por pagar inicia:

"• para el grupo relacionado en el punto número 1, con la radicación de la cuenta de cobro o factura por parte del proveedor y/o beneficiario, una vez radicadas les es asignado un número de OP, con su correspondiente fecha, y son enviadas para la respectiva auditoría médica, como resultado de la misma se obtienen informes con objeciones y glosas, en el primer caso son devueltas al proveedor o beneficiario para sustentación en el segundo caso se devuelven y terminan su ciclo, para el caso de las no objetadas se continua con el trámite de pago enviándolas a Cuentas por Pagar de la respectiva seccional donde es liquidada y remitida a la Gerencia nacional de Tesorería (Operaciones Bancarias) buscando la disponibilidad de recursos para el giro.

Por medio de la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto contra la Resolución No.0028 del 15 de enero de 2007.

“• Las correspondientes al grupo número 2, sin registro presupuestal, con la radicación de la cuenta de cobro o factura por parte del proveedor y/o beneficiario, una vez radicadas les es asignado un número de OP, con su correspondiente fecha, y son enviadas para la respectiva auditoría médica, como resultado de la auditoría se obtienen informes con objeciones y glosas, en el primer caso son devueltas al proveedor o beneficiario para sustentación en el segundo caso se devuelven y terminan su ciclo, para el caso de las no objetadas se continua con el trámite de presupuesto enviándole la solicitud a la EPS para la expedición de la respectiva Resolución reconociendo el compromiso y expidiendo el RP, se anexan los últimos documentos y se liquidan para su envío por parte de Cuentas por pagar de la respectiva seccional a la Gerencia Nacional de Tesorería (Operaciones Bancarias) buscando la disponibilidad de recursos para el giro.

“Por otro lado, la disponibilidad de recursos para el cumplimiento de los compromisos por parte de la EPS, presentan un comportamiento cíclico; analizada la vigencia fiscal existen dos situaciones que corresponden a los meses de junio y diciembre por el compromiso con los jubilados, a quienes se les cancela la doble mesada, este esfuerzo se nota por iliquidez momentánea para los compromisos de julio y enero principalmente y dentro del ciclo mensual también existen dos momentos claves, el primero entre el 15 y el 20 de cada mes, cuando se recibe aproximadamente el 60% del ingreso y el restante 40% que ingresa el 30 de cada mes, esto genera que las cuentas a girar con el segundo ingreso se realizan durante los primeros días del mes siguiente, sin embargo el proceso contable se cierra el último día hábil del mes generando el reporte de cuentas por pagar, que son la fuente para el cálculo del margen de solvencia.

“Efectivamente, el valor de \$315.958,7 millones, son las cuentas por pagar registradas en los Estados Financieros de la EPS, con corte a 30 de junio de 2006, sin embargo también es cierto que debido a un mayor valor recibido por compensación en el mes de julio, que presentó un incremento con respecto a junio del orden del 20.52% al pasar de \$95.539 millones a \$115.145 millones y un incremento del orden del 23.37% para el mes de agosto, frente al mes de julio al llegar a \$142.057 millones, permitiendo este mayor ingreso durante el bimestre observado, cancelar aproximadamente el 64% de las cuentas por pagar que existían al mes de junio de 2006.

“Adicionalmente, cabe mencionar que en el grupo de la cuentas con Mora mayor a sesenta (60) días, cuyo valor asciende a \$57.002 millones, existe un porcentaje aproximado al 31.40% que equivale a \$17.904 millones, que corresponden a personas naturales que no han cumplido requisitos para su reconocimiento, se adelanta un trámite mediante el cual se circularizará con las seccionales la identificación de la totalidad de estas personas y el estado actual de la obligación, para viabilizar su reclasificación en los Estados Financieros, como CUENTAS DE ORDEN ACREEDORAS y al momento de su reclamación se ingresan nuevamente a los Estados Financieros.”

Por medio de la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto contra la Resolución No.0028 del 15 de enero de 2007.

Una vez evidenciada la causal, la Dirección de Entidades Promotoras de Salud y Entidades Prepago, actuando dentro de la órbita de su competencia, dio traslado del asunto al competente conforme a lo dispuesto en el numeral 2° del artículo 230 de la ley 100 de 1993.

Este es el fundamento esencial que explica el por qué este Despacho no se pronunciará sobre los demás cargos, a fin de no incurrir en un prejuzgamiento que conllevaría, de contero, a la vulneración al principio de la doble instancia.

C. DE LA DECISIÓN DE REVOCATORIA DEL CERTIFICADO DE FUNCIONAMIENTO:

Arguye el memorialista que la Superintendencia Nacional de Salud a través de la Resolución 028 de 2007, *"resolvió revocar el certificado de funcionamiento otorgado al Instituto de Seguros Sociales como entidad promotora de salud, al considerar que este último no desvirtuó principalmente lo atinente a los cargos sexto y parte del séptimo formulados por No acreditar el Margen de Solvencia e incumplir parcialmente el Plan de Gestión acordado en la resolución 2462 de 2001 en lo concerniente al mismo tema, incumpliendo de esta forma lo establecido en el artículo 180, numeral 6° de la ley 100 de 1993, en concordancia con el numeral 2° del artículo 230 de la misma ley."*

CONSIDERACIONES DEL DESPACHO A LOS ARGUMENTOS ESBOZADOS SOBRE LA DECISIÓN DE REVOCATORIA DEL CERTIFICADO DE FUNCIONAMIENTO:

No le asiste razón al memorialista, al considerar que el fundamento de la decisión consiste en que el Instituto *"no desvirtuó principalmente lo atinente a los cargos sexto y parte del séptimo formulados"*, por las razones que este Despacho ha venido exponiendo a través del presente escrito, esto es, que no se trata de un acto administrativo por el cual se resuelve parcialmente la investigación administrativa iniciada mediante Auto 1229 de 2006, sino que se trata del ejercicio de una potestad o facultad propia del Superintendente Nacional de Salud, y dirigida a proteger al Grupo Poblacional afiliado al ISS-EPS, ante su evidente incumplimiento del margen de solvencia, lo cual pone en riesgo la prestación del servicio de salud, con oportunidad, continuidad y calidad.

Por medio de la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto contra la Resolución No.0028 del 15 de enero de 2007.

D. SUSTENTACIÓN DEL RECURSO DE REPOSICIÓN:

Inicia el memorialista, presentando el cuadro que contiene el balance General de la EPS, dentro del período 1995-2006, en el que demuestra un crecimiento desproporcionado del pasivo, frente al aumento del activo, lo cual, según lo afirma el mismo memorialista, evidencia un notorio deterioro del patrimonio.

"El valor del activo pasó de \$516.182 millones en 1995 a \$904.161 millones en junio de 2006, que representa un incremento del 75%. A su vez, el pasivo pasó de ser \$476.726 millones a \$3.351.636 millones, que significa un incremento del 603%. Es decir, durante el período señalado el pasivo aumentó más de 8 veces que el activo. Esta desproporción en las variaciones generó un decremento notable del patrimonio, el cual pasó de \$39.456 millones a un valor negativo de \$2.447.475 millones.

"La situación del patrimonio negativo se puede caracterizar mediante las siguientes observaciones:

"- Decreto 2148 de 1992: por el cual se modifica la naturaleza jurídica del Instituto de Seguros Sociales como Empresa Industrial y Comercial del Estado, debiendo asumir el pago de los pasivos pensionales de aquellos trabajadores que recibieron dicho beneficio como empleados públicos, y cuyo pago estaba bajo responsabilidad del Estado. Consideramos que este es el punto de origen de la afectación patrimonial de la EPS-ISS.

"De conformidad con el artículo 77 del decreto 2649 de 1993 y la Circular Externa 010 de 1988 de la Contaduría General de la Nación, el Instituto inició la amortización del cálculo actuarial a 13 años, el cual debía culminar en el año 2005; estos registros impactaron el Pasivo de la EPS durante el período objeto de análisis (1995-2005).

"Al incluir \$149.545 millones en el año 1995 y llegar al año 2001 con \$712.559 millones alertó sobre la forma acelerada en que impactaba el cálculo actuarial y la incidencia directa de este pasivo sobre el Patrimonio, que lo llevó de un patrimonio positivo de \$39.456 millones en el año 1995 a un patrimonio negativo \$821.899 millones en el año 2001; con esto queremos significar que durante ese período de tiempo la situación financiera de la EPS fue el resultado de la asunción del cálculo actuarial a partir del Decreto 2148 de 1992.

"- En el año 2002 se entiende la aceleración que tuvo la asunción del cálculo actuarial y se reprograma a 30 años, presentando una disminución en los pasivos del orden de \$370.000 millones, con lo cual mejora el comportamiento de los pasivos a pesar de ir generándose el registro de los Empréstitos de la Nación.

Por medio de la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto contra la Resolución No.0028 del 15 de enero de 2007.

“Ley 758 de 2002: mediante esta Ley, el Gobierno Nacional contribuye en la financiación del pago de los jubilados que adquirieron el derecho a su pensión antes del 23 de diciembre de 1993, transfiriendo anualmente recursos que para el año 2004 ascendieron a \$125.000 millones aliviando en parte la carga por este concepto. A la fecha, la obligación pensional del ISS-Patrono frente a los servidores de la actividad de salud del Instituto de Seguros Sociales continúa afectando la capacidad de operación de la EPS-ISS, teniendo en cuenta que del total de ingresos obtenidos anualmente se está destinando un porcentaje para el pago de pensiones de jubilación, lo que ocasiona que se restrinja el gasto de los rubros prioritarios como compra de servicios de salud, de urgencias y medicamentos, entre otros, que constituyen la razón de ser del aseguramiento de la EPS-ISS.

“Decreto 1750 de 2003, mediante el cual se escinde del ISS las Clínicas y Centros de Atención Ambulatoria, y se crean siete Empresas Sociales del Estado. En este sentido el impacto es mayor, debido a que la EPS por una parte castigó sus Activos por valor de \$238.000 millones, por la cesión de los Activos fijos e inventarios que pasaron a ser propiedad de las ESEs, e incrementó sus Pasivos, como consecuencia del cálculo actuarial de pensiones de jubilación del personal escindido.

“Esto genera un impacto directo en el Patrimonio en disminución de alrededor de \$970.000 millones de pesos como se observa en los Estados Financieros del 2003, pero ante los compromisos que asumió la EPS-ISS por cuenta de Enfermedades de alto costo con el FOSYGA, generó liquidez entre el período 1998-2003; para contrarrestar y cancelar estas cuentas por pagar, se inició un crecimiento acelerado de endeudamiento vía Empréstitos de la Nación, llegando en el 2003, a \$1.2 billones.

“Se colige del anterior análisis que el costo de la Escisión y Empréstitos de la Nación, incrementaron los Pasivos de \$2,06 billones de pesos en el 2002 a \$3.12 billones en el 2003, equivalente a un incremento del 51.41% y los Activos que pasan de \$1.4 billones en el 2002 a \$0.86 billones en el 2003 con una disminución del 32.24%. Este impacto se muestra en un incremento del Patrimonio negativo de \$0.91 billones a \$2.26 billones en el 2003, que equivale a un crecimiento de 246,48% cifra esta del patrimonio que ha venido mejorando durante los años 2004 (-\$2.09 billones) y para el 2005 se vuelve a incrementar a (-\$2.18 billones).

“Aquí aparece la cifra negativa de Patrimonio del orden de \$2.09 billones de pesos referenciada en el requerimiento y que consideramos se genera por el impacto presentado durante el año 2003 como consecuencia de lo anteriormente expuesto.

Por medio de la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto contra la Resolución No.0028 del 15 de enero de 2007.

“Así mismo, la Carga Pensional de los jubilados propios del ISS y de los jubilados de las empresas escindidas, que pasaron a formar parte de las Empresas Sociales del Estado, que para la vigencia 2005 la EPS asume con recursos propios \$319.653 millones.

“El pago del servicio de la deuda a la Nación por los créditos otorgados al Instituto que en el año 2005 se redujo a \$66.185.4 millones de la primera cuota del crédito de \$500.000 millones en diciembre de 2001.

“Al cierre de mayo de 2006 el Instituto debe a la Nación \$1.5 billón incluyendo capital e intereses, como consecuencia de los créditos otorgados por \$100.000 millones en el año 1999 el cual ha sido reestructurado ante la imposibilidad de cumplir con las condiciones de pagos inicialmente pactadas y, por un crédito por un Billón de pesos cuyo primer desembolso condonable se realizó en diciembre de 2002 por \$500.000 millones.

“Para el primer desembolso de pactó –Sic- un Convenio de Desempeño el cual establece que una vez se termine un ejercicio fiscal se evalúa el desempeño para determinar la pertinencia de su condonación. Para el propósito se designó un Comité de seguimiento, el cual conceptuó en noviembre de 2003 y febrero de 2005, que el Instituto no cumplió con sus compromisos para el 2002 y 2003, por lo cual recomendó que no hubiese condonación de la cuota correspondiente a ese período, cuotas que de acuerdo con lo pactado deben cancelarse en diciembre de 2005 y 2006 respectivamente, en cumplimiento de lo anterior, el Instituto otorgó las garantías necesarias.

“- Para el análisis de la composición del patrimonio entre los años 1995 a 2005, se evidencian 3 etapas a saber:

“Primera etapa: (1995 – 1997) – Durante ese período, el Patrimonio es positivo, generado por un mayor activo y esencialmente en el rubro Inversiones y Activos fijos valorados; a tal punto que para 1996 el incremento con referencia a 1995 fue del 48%. En 1997, disminuyó el 33,5% como consecuencia del movimiento en el rubro de deudores.

“En ese mismo sentido se comportó el Patrimonio, siendo positivo y que pasó de \$39.456 millones en 1995 a \$619.681 en 1996; el incremento es alto (1.470%), sustentado principalmente por la cuenta Capital Fiscal por \$405.492 millones para 1997, que correspondía a Inversiones de renta variable equivalente al 100% de los activos de la IPS; esta cuantía pasa a \$110.873 millones con un decrecimiento del 73% en 1997 y el impacto en el patrimonio fue una disminución del 80%.

Por medio de la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto contra la Resolución No.0028 del 15 de enero de 2007.

“Segunda etapa: (1998 a 2002) – El patrimonio se convierte en negativo por el mayor valor que toman los pasivos en el período, especialmente la cuenta Empréstitos de la Nación, que aparecen en 1999 con \$100.411 millones y en el 2002 llega a \$1,2 billones y pasivos estimados de \$342.301 millones, como consecuencia de una disminución por la reprogramación del cálculo actuarial.

“El patrimonio toma el comportamiento inducido por las cuentas de resultado de ejercicios anteriores, especialmente a partir de 1998, cuando su valor ascendía a \$-371.416 millones e inicia en caída con tendencia acelerada hasta el 2002, siendo de \$-916.632 millones.

“Tercera Etapa: (2003-2005)- En este período como ya se observó, el análisis de pasivos sobrepasaron los \$3 billones de pesos frente a unos activos apenas superiores a \$1 billón.

“Las causas se pueden establecer en:

- 1 La Escisión: la EPS absorbió los pasivos correspondientes a los jubilados de las ESEs.*
- 2 La escisión originó una disminución de activos en la EPS-ISS por la cesión de bienes a las recién creadas ESEs.*
- 3 Endeudamiento con la Nación para dar liquidez a la EPS y cumplir con las cuentas por pagar por enfermedades de alto costo.*
- 4 La sanción de la Superintendencia Nacional de Salud entre julio de 1998 y noviembre de 2001, impactó desfavorablemente los ingresos por UPC.*
- 5 Las pérdidas recurrentes de los ejercicios para el período de 1995 a 2005 que ascienden a \$2.58 billones y que en promedio anual representan \$235.255 millones.*
- 6 Mayores pasivos, menores Activos, igual disminución del Patrimonio.*

“-Ahora bien, en lo relacionado con la gestión de la EPS, se busca con la reestructuración del panorama financiero del Instituto lograr una posición financiera sólida, garantizando la obtención de los recursos necesarios para que el Instituto pueda funcionar, es así como el Instituto ha mejorado sus procesos internos para buscar el incremento de los recaudos mediante una gestión efectiva en la compensación, recobros de cartera, cobro de cuotas partes, recobros al Fosyga por medicamentos y atenciones fuera del POS, fiscalización y cobro coactivo, así como una renegociación de los pasivos y empréstitos con el Ministerio de Hacienda y las búsquedas de nuevos recursos mediante créditos del gobierno nacional.

Por medio de la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto contra la Resolución No.0028 del 15 de enero de 2007.

“La gestión por procesos ha sido asumida por la EPS como una herramienta para el fortalecimiento de procesos, procedimientos y sistemas de información propios del aseguramiento, por lo que viene desarrollando la construcción del modelo de gestión que articule los macro procesos básicos del asegurador, un modelo de atención con enfoque de riesgo que permita minimizar y prevenir la presentación de eventos adversos en salud de la población asegurada, enmarcada en los macro procesos definidos y apoyados en el perfil epidemiológico de los afiliados.

Es así, como las EPS-ISS ha venido –Sic- garantizando la prestación de los servicios de salud a sus afiliados.

“De acuerdo con lo anterior, la EPS busca definir, desarrollar e implementar un modelo estructural, organizativo y operacional que le permita a la EPS-ISS consolidarse como una empresa rentable, autónoma y viable capaz de competir con otras EPS del mercado.

“Si bien es cierto el Patrimonio de la EPS-ISS en el 2004 es negativo en cifra de \$2.09 billones de pesos, de acuerdo al análisis realizado también es cierto que el impacto y crecimiento negativo de este obedeció a factores exógenos al ISS y asumidos por este”.

A continuación, mediante cuadro presenta el memorialista el respectivo balance, con sus conclusiones sobre el mismo, y añade las gestiones realizadas por la EPS para mejorar su situación financiera, reportando una *“Reducción de gastos administrativos”*.

En cuanto al *“MARGEN DE SOLVENCIA”* asunto de competencia de esta instancia, el memorialista ratifica y amplía su respuesta con datos a corte 31 de diciembre de 2006 y presenta su evolución de pagos realizados mensualmente durante las vigencias fiscales de 2005 y 2006, al pasar de \$1,15 billones a \$1,36 billones, respectivamente observándose un incremento del 19% aproximadamente, con lo cual se puede evidenciar:

“Notable mejoría, compromiso de la Administración bajo el entendido que en cumplimiento de sus obligaciones económicas, se genera confianza tanto en los afiliados como en los beneficiarios por la adecuada prestación de los servicios en todo el territorio nacional. A fin de cumplir con este último, se cuenta con una red prestadora de servicios del orden de 818 IPS, con cubrimiento para el 100% de sus afiliados, aclarando que el 98.5% recibe atención en su municipio de residencia, cifra verificada por la propia Superintendencia y razón por la cual el cargo INSUFICIENCIA DE LA RED PRESTADORA, no prosperó.

“Cumplimiento en la cancelación oportuna de las facturas presentadas por las IPS, que hacen posible la prestación de los servicios, información corroborada mediante un muestreo selectivo que evidencia el porcentaje de pago de estas antes de la promulgación de la resolución 028 de 2007.

Por medio de la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto contra la Resolución No.0028 del 15 de enero de 2007.

“Como parte de la estandarización del proceso de revisión de las cuentas por concepto de servicios médicos, en diciembre de 2004 se rediseñó el manual de auditoría de cuentas médicas. A su vez, durante las vigencias 2005 y 2006 se efectuaron capacitaciones y seguimiento a la implementación del mencionado Manual, en las 28 Seccionales, con un cumplimiento total del 100%, razón por la cual el proceso de cuentas por pagar avanzó ostensiblemente.”

Por estas razones, solicita el recurrente que la Superintendencia Nacional de salud, revoque la decisión contenida en la Resolución 028 de 2007:

“por los motivos expuestos y teniendo en cuenta la gravedad de la decisión y los esfuerzos de esta entidad para cumplir con sus compromisos, situación que se ve reflejada, en las siguientes cifras: para garantizar el servicios –Sic- a los afiliados y beneficiarios en lo referente a la cancelación de compromisos con los proveedores, partiendo de un valor de \$315.958,7 millones en septiembre frente a un dato preliminar a dic 31 de 2006, así: cartera plazo convenido \$80.264 millones, de 1 a 30 días de \$6.532 millones, de 31 a 60 días de \$4.918 millones, mayores de 60 días de \$24.026 millones.”

En cuanto al *“INCUMPLIMIENTO DEL PLAN DE DESEMPEÑO”*, delibera el memorialista que *“en la resolución 028 de 2007, la Superintendencia desestima parcialmente el cargo formulado en lo atinente al Cumplimiento del Plan de desempeño, específicamente por incumplir lo concerniente al margen de solvencia.*

Para sustentar su parecer, se remite a la Resolución 2462 por la cual la Superintendencia Nacional de Salud levantó la suspensión impuesta a la EPS ISS.

SINÓPSIS DE ASPECTOS FINALES QUE CONTROVIERTEN LA DECISIÓN:

1. Sostiene el memorialista que la decisión tomada por la Superintendencia Nacional de Salud, mediante Resolución 028 de 2007, es la que *“más afecta al Instituto, como es la cancelación de permiso para ofrecer y atender las actividades propias de la EPS”* y agrega que, además, *“no se guarda la proporción debida entre la causa y el efecto, habida consideración a las facultades legales con que se cuenta, razón más que suficiente para considerar la revisión de la providencia”*, para lo cual cita jurisprudencias de la H. Corte Constitucional, Sentencias C-591 de 1993, C-404 de 2001, C-181 de 2002.

2. Añade el memorialista que la Superintendencia Nacional de Salud contaba con otras posibilidades, entre las cuales se encuentran *“multas, revocatoria, suspensión, intervención, órdenes y algunas limitaciones especiales a su operación”*, en virtud de lo dispuesto en el artículo 230 de la ley 100 de 1993.

Por medio de la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto contra la Resolución No.0028 del 15 de enero de 2007.

3. Asegura el recurrente que la decisión que controvierte, no hizo alusión al concepto que emitió el Consejo Nacional de Seguridad Social.
4. Juzga el memorialista, que los argumentos axiomáticos señalados en el acto administrativo que recurre no aluden expresamente al *"cargo en estudio"*.
5. Considera que, atendiendo lo dispuesto en el artículo 37 de la Ley 1122 de 2007, concordante con el artículo 13 del Decreto 055 de 2007, *"hubo una omisión por parte del ente de control"*, consistente en que no se pronunció sobre la liquidación.
6. Manifiesta, como lo ha sostenido la H. Corte Constitucional, que *"nadie está obligado a lo imposible"*, y por ende, *"resulta un imposible para el Instituto de Seguros Sociales darle cumplimiento a la decisión contenida en la parte resolutive por no ser existir –Sic- actualmente elementos previstos en la norma para implementar el mecanismo diseñado en la ley, ya que la única Empresa prestadora de Salud con participación del Estado es el Instituto de seguros Sociales."*
7. Estima que, si en gracia de discusión en un corto plazo se concretaran las directrices contenidas en el documento CONPES 3456 del 15 de enero de 2007, la decisión no deja de ser una mera expectativa.
8. Finaliza señalando que la decisión podría generar un problema de mayor envergadura, como la afectación de la salud pública.

CONSIDERACIONES DEL DESPACHO A LA SUSTENTACIÓN DEL RECURSO DE REPOSICIÓN

Este Despacho reitera que la decisión que aquí se controvierte no tiene como fundamento ningún proceso administrativo sancionatorio anterior, sino el ejercicio de una facultad legal, por carencia de un requisito esencial para continuar prestando servicios de salud. Por tanto, no está desatando cargos imputados, sino procediendo bajo el fundamento de una potestad legal dirigida a proteger al grupo poblacional afiliado a la ISS EPS. Por tanto, resulta anodina la discusión sobre el cumplimiento de las recomendaciones tomadas en otro escenario procesal, razones suficientes, para que este Despacho no se pronuncie sobre dichos aspectos.

Es evidente la confusión en que incurre el memorialista, al confundir la investigación administrativa que le fuera iniciada mediante Auto 1229 de 2006, con la decisión de revocarle el certificado de funcionamiento, yerro cuyo origen se presume, se presenta en virtud de que gracias a aquella, se evidenció la carencia del requisito esencial que dio origen a la decisión que se debate.

Por medio de la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto contra la Resolución No.0028 del 15 de enero de 2007.

Ahora bien, del texto del recurso se revela en forma permanente un innegable reconocimiento sobre la existencia de la situación estructural que le impide el cumplimiento del margen de solvencia, argumento éste de tipo axiomático que se constituyó en el fundamento de la decisión de la Superintendencia Nacional de Salud, consistente en la revocatoria del certificado de funcionamiento de la EPS del ISS.

En efecto, visible a folio 14 del escrito, el recurrente manifestó:

*"A la fecha, la obligación pensional del ISS-Patrono frente a los servidores de la actividad de salud del Instituto de Seguros Sociales continúa afectando la capacidad de operación de la EPS-ISS, teniendo en cuenta que del total de ingresos obtenidos anualmente se está destinando un porcentaje para el pago de pensiones de jubilación, lo que ocasiona que se **restrinja el gasto en rubros prioritarios como compra de servicios de salud, urgencias y medicamentos, entre otros, que constituyen la razón de ser del aseguramiento de la EPS.**" (Resaltado fuera de texto)*

De la lectura del texto traído a colación, se deduce con absoluta claridad que las obligaciones pensionales mantienen en riesgo permanente la razón de ser de la entidad, esto es, el aseguramiento y la garantía en la prestación de servicios. De la misma forma, el texto revela un deterioro permanente de la situación patrimonial, manifestación mediante la cual sostiene que: *"Se colige del anterior análisis que el costo de la Escisión y los Empréstitos de la Nación, incrementaron los Pasivos de \$2.06 billones de pesos en el 2002 a \$3.12 billones en el 2003, equivalentes a un incremento del 51.41%; y los Activos que pasan de \$1.14 billones en el 2002 a \$0.86 billones en el 2003 con una disminución del 32.24%."*

"Este impacto se muestra en un incremento del Patrimonio negativo de \$0.91 billones a \$2.26 billones en el 2003, que equivale a un crecimiento de 246.48%, cifra esta del Patrimonio que ha venido mejorando durante los años 2004 (-\$2.09 billones) y para el año 2005 se vuelve a incrementar a (-\$2.18 billones)." (Resaltado fuera de texto)

En efecto, como lo sostiene el libelista, la situación financiera del Instituto del Seguro Social no tiene una tendencia positiva y, por el contrario, visible a folio 15 del escrito, última señalando que: *"Al cierre de mayo de 2006 el Instituto debe a la Nación \$1.5 billón incluyendo capital e intereses, como consecuencia de los créditos otorgados por \$100.000 millones en el año 1999 el cual ha sido **reestructurado ante la imposibilidad de cumplir con las condiciones inicialmente pactadas**" (...)* (Resaltado fuera de texto)

Estas dificultades financieras, así como los incumplimientos a los compromisos pactados, no solamente fueron objeto de investigación por parte de la Superintendencia Nacional de Salud, sino por la propia administración del Instituto, la cual sostuvo visible a folio 16 del escrito que:

Por medio de la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto contra la Resolución No.0028 del 15 de enero de 2007.

*“Para el primer desembolso de (sic) pactó un Convenio de Desempeño el cual establece que una vez se termine un ejercicio fiscal se evalúa el desempeño para determinar la pertinencia de su condonación. Para el propósito se designó un Comité de seguimiento, el cual conceptuó **en noviembre de 2003 y febrero de 2005, que el Instituto no cumplió con sus compromisos para el 2002 y 2003, por lo cual recomendó que no hubiese condonación de la cuota correspondiente a ese período, cuotas que de acuerdo con lo pactado deben cancelarse en diciembre de 2005 y 2006.**” (...)*
(Resaltado fuera de texto)

Así mismo, si nos detenemos en la lectura del recurso interpuesto, el memorialista relata paso a paso, en las páginas 16 y 17, las causas de la composición patrimonial en la cual destaca las dificultades financieras del ISS, dificultades éstas que, según lo expone el mismo recurrente, no son de reciente ocurrencia, sino que constituyen un reflejo de la situación estructural permanente de más de 10 años de existencia, precisando que **“las pérdidas recurrentes de los ejercicios para el período 1995 a 2005 que ascienden a \$2.58 billones y que en promedio anual representan \$235.255 millones.”** (Resaltado fuera de texto)

Ahora bien, tenemos que esta Superintendencia Nacional de Salud había realizado un cálculo del déficit estructural sin tener en cuenta las pensiones, señalándolo en \$119 mil millones, producto de unos ingresos máximos posibles de \$1.603 mil millones y unos costos y gastos permanentes de \$1.722 mil millones. El análisis estructural consiste en comparar únicamente los ingresos posibles con los costos y gastos recurrentes y excluir ingresos y gastos que suceden por situaciones coyunturales.

Este cálculo fue realizado por funcionarios de la Superintendencia Nacional de Salud en reuniones sostenidas con funcionarios de la EPS del ISS utilizando para el cálculo de los ingresos y los gastos la información entregada por la EPS del ISS. El cálculo de los ingresos se basó en la distribución de la población por grupo etáreo, zona normal, zona especial y el valor de la UPC que el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud asignó para cada uno de ellos.

Por medio de la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto contra la Resolución No.0028 del 15 de enero de 2007.

Los costos y gastos se elaboraron con fundamento en la distribución de 84 servicios de los niveles I a IV agrupados así: Medicina, complementación diagnóstica y terapéutica, salud oral, atención a la maternidad, hospitalización, ambulancias, consultas, UCI general, diálisis hemodiálisis y pacientes renales, quimioterapia y radioterapia y pacientes oncohematología, medicamentos antirretrovirales pacientes VIH, tratamiento pacientes VIH, cirugía cardiovascular, otros tratamientos de alto costo, tratamiento anomalías congénitas, cirugía SNC, Gran Quemado, Reemplazo articular, trasplantes renales, trasplantes cardíacos, trasplante médula Ósea, Transplante de Hígado, Transplante de Córnea, Medicamentos de fórmula paciente ambulatorio, fórmula paciente hospitalizado, Oxígeno Paciente Oxígeno dependiente, prótesis y órtesis. El ISS hizo entrega de la información de Valor Unitario, Número de actividades y costo total de cada una de ellas y costo total general. Esta información corresponde a una serie de los años 2000 a 2005.

De la página 18 del recurso se puede deducir que sin pensiones el monto total de los costos y gastos es de \$1.512 mil millones, es decir, que comparado con unos ingresos permanentes de \$1.650 mil millones habría un presunto Superávit de operación de la EPS del ISS.

Estas cifras son alejadas de la realidad si se comparan no solamente con la evaluación estructural realizada por la Superintendencia sino con el presupuesto que fue entregado por los funcionarios de la EPS del ISS y con el presupuesto definitivo aprobado de 2006 que puede consultarse en la página WEB del ISS en la dirección www.iss.gov.co. Las cifras se resumen en el siguiente cuadro:

	CIFRAS EN MILES DE MILLONES DE PESOS	
	31-12 2006 PÁGINA WEB ISS	PÁGINA 18 DEL RECURSO
<i>GASTOS ADMINISTRATIVOS</i>	<i>263.1</i>	<i>230.0</i>
<i>Gastos de Personal</i>	<i>105.0</i>	<i>78.1</i>
<i>MÉDICO ASISTENCIALES</i>	<i>1.704.9</i>	<i>1.282.0</i>
<i>Promoción y Prevención</i>	<i>45.4</i>	<i>45.4</i>
<i>Medicamentos</i>	<i>203.8</i>	<i>161.2</i>
<i>JUBILADOS</i>	<i>430.8</i>	<i>300.0</i>
TOTAL SIN PENSIONES Y SIN INVERSIÓN	1.968.0	1.512.0

Por medio de la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto contra la Resolución No.0028 del 15 de enero de 2007.

En la resolución 0028 de 2007 se anotó: *"Se evidencia en las respuestas dadas por el Presidente del ISS en la comunicación 11913 del 30 de octubre de 2006 que la EPS continúa sin cumplir con el margen de solvencia ocasionado por un déficit presupuestal superior a los \$500 mil millones, aún cuando desde esa fecha el representante legal de la época, garantizó el cumplimiento de las obligaciones contraídas."* De lo cual se puede colegir que la EPS del ISS presenta un déficit y no un superávit.

La cifra de \$1.512 mil millones del total de costos y gastos presentada por el libelista se encuentra totalmente alejada de la realidad financiera del ISS de acuerdo con la información que aparece en el Presupuesto presentada en el cuadro anterior, razón por la cual no fue ni será de recibo de este Despacho.

Ahora bien, si observamos lo señalado en la página 19 del recurso de reposición, el recurrente ratifica las dificultades administrativas y financieras de la EPS del ISS, señalando claramente que:

"El ISS tiene un gasto administrativo aumentado por falta de sistematización y automatización de procesos administrativos y financieros; personal concentrado en áreas no misionales pero a la vez sin formación orientada hacia las características nuevas de la empresa como administradora de riesgos, con generación de costos laborales no competitivos en relación con empresas del sector por convención colectiva de trabajo que no ha sido posible negociar desde el 2004. Adicionalmente se evidencia un gasto de más del 22% en relación con la UPC para pago de jubilados ex trabajadores del ISS que no tiene fuente expresa de financiación." (Resaltado fuera de texto)

La EPS del ISS propone que la Nación financie las jubilaciones, destacando el impacto de éstas sobre la prestación del servicio, y visible a folios 24 y 25 del recurso, de la siguiente manera:

"Para mejorar la situación de la EPS es necesario que la Nación realice un mayor aporte para la financiación de los jubilados ex funcionarios del ISS ampliando la cobertura de la norma" (...) *"A diciembre 31 de 2006, la obligación pensional del ISS- patrono frente a los servidores de la actividad de salud del Instituto de Seguros Sociales continuaba **afectando la capacidad de operación** de la EPS-ISS teniendo en cuenta que del total de ingresos obtenidos anualmente por concepto de aportes de seguridad social se está destinando un porcentaje aproximado del 30.1% para el pago de pensiones de jubilación, situación que impacta en los recursos de la aseguradora e implica la realización de grandes esfuerzos para garantizar la prestación integral de los servicios a los usuarios"* (Resaltado fuera de texto)

Por medio de la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto contra la Resolución No.0028 del 15 de enero de 2007.

En su escrito, el recurrente insiste en cuanto a la decisión del Comité de seguimiento de los empréstitos de la Nación, precisando que *“Este comité conceptúo mediante comunicación de noviembre del 2003 y febrero del 2005 que el Instituto no cumplió con sus compromisos para 2002 y 2003, por lo cual recomendó que no hubiese condonación de la cuota correspondiente a estos períodos, de acuerdo con lo pactado la primera de estas cuotas debería haberse cancelado en diciembre del 2005, **sin embargo, en noviembre de ese año se llevó a cabo una reestructuración de los empréstitos con la Nación y se reprogramaron los pagos, el primero se realiza el 20 de diciembre de 2007.** Lo expuesto anteriormente amerita que el Ministerio de Hacienda estudie la posibilidad de condonar la totalidad de los empréstitos que la Nación otorgó al Instituto.”* (Resaltado fuera de texto)

Ahora bien, en cuanto al apoyo que reclama el recurrente por parte de la Nación, es preciso recordar que el Ministerio de Hacienda, mediante oficio de enero 11 de 2007 le informó a la Superintendencia Nacional de Salud, sobre la imposibilidad de financiamiento de un déficit estructural en la EPS del ISS, explicando decisivamente acerca del impedimento legal de financiar una empresa en competencia, la inexistencia de recursos y las fuentes extraordinarias con las que se ha financiado el Instituto que impiden cubrir déficit permanentes.

En efecto, el Ministerio sostuvo:

*“El Instituto de Seguro Social es una Empresa Industrial y Comercial del Estado que por razón de su objeto como Empresa Promotora de Salud, se encuentra en competencia. Por lo tanto, de acuerdo con la ley 489 de 1998, el Gobierno Nacional **no puede transferirle recursos para cubrir sus déficit permanentes**, pues implicaría menoscabo de los principios de igualdad y de libre competencia, principios que la ley ordena preservar.*

*“En ese orden de ideas, el Marco Fiscal de Mediano Plazo **no tiene previstos recursos de la Nación a favor de la EPS del ISS**, distintos a los que de acuerdo con la Ley 758 de 2002, debe aportarle para financiar las pensiones que como patrono legalmente reconoció a Diciembre 23 de 1993, monto que para la vigencia 2007 esta previsto en \$147.6 mil millones. Cabe señalar que en estos años recientes, el ISS ha utilizado como fuente de financiación recursos provenientes de procesos especiales de compensación, créditos de presupuesto de la Nación y excedentes de reservas de la unidad de riesgos profesionales, **fuentes todas ellas contingentes y extraordinarias y a las que no podrá por tanto acudir para cubrir un déficit de carácter permanente.**”* (Resaltados fuera de texto)

Por medio de la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto contra la Resolución No.0028 del 15 de enero de 2007.

Igualmente, visible a folio 27 del recurso, el libelista sostiene que se van a liberar recursos del orden de \$287 mil millones que estaban siendo destinados para el pago de pensiones por cuanto la ley 1122 de 2007 impide el pago de éstas con el valor de la UPC. Este argumento no es de recibo pues parte de una base equivocada como quiera que la ley 1122 de 2007 impide el pago de pensiones con cargo a la UPC del régimen subsidiado y no del contributivo que es el que opera la EPS del ISS. En efecto, el segundo inciso del artículo 9 en su parte pertinente establece: *"Los recursos de la UPC no podrán destinarse al pago de pensiones a cargo de las Empresas Promotoras de Salud (EPS´s)." La ley 1122 de 2007 cambió la denominación de las antiguas ARS y las identificó con la sigla EPS´S.*

Basta leer el artículo 14 en su parte pertinente para concluir que es verdad lo afirmado por este despacho: *"Las Entidades que a la vigencia de la presente ley administran el Régimen Subsidiado se denominarán en adelante Entidades Promotoras de Salud del Régimen Subsidiado (EPS´S)."*

De otra parte, tenemos una manifestación expresa del Presidente del ISS en su recurso de reposición, en cuanto a las deudas del Instituto a 31 de diciembre de 2006, las cuales violan el margen de solvencia establecido en el Decreto 882 de 1998. En efecto, es preciso destacar lo manifestado por el recurrente sobre el particular:

"(...) en lo referente a la cancelación de compromisos con los proveedores, partiendo de un valor de \$315.958.7 millones en septiembre frente a un dato preliminar a dic 31 de 2006, así; de 31 a 60 días de \$4.918 millones, mayores de 60 días de \$24.026 millones."

Visto lo anterior, y ante la indudable e indiscutible manifestación que el mismo recurrente presenta en su escrito, contrario a desvirtuar el fundamento de la revocatoria del certificado de funcionamiento, confiesa palmariamente la falta estructural de capacidad de pago que pone en riesgo la prestación del servicio y los derechos de los afiliados.

Así mismo, visible a folios 31 a 33, presenta y sustenta el argumento según el cual: *"Frente a la pertinencia de la liquidación del Instituto de Seguros Sociales, se observa que hubo una omisión por parte del ente de control, al no pronunciarse expresamente sobre este aspecto."*

Sobre el planteamiento del libelista es preciso señalar que el Instituto de Seguros Sociales, Empresa Industrial y Comercial del Estado desarrolla tres negocios diferentes a saber: Administra en materia de pensiones el régimen solidario de prima media con prestación definida, artículo 52 de la Ley 100 de 1993. A su turno el artículo 275 de la ley 100 de 1993, en su parágrafo primero señala que el Seguro Social respecto de los servicios de salud que presta, actuará como una Entidad Promotora y Prestadora de Servicios de Salud con jurisdicción nacional. Igualmente administra el Sistema de Riesgos profesionales. Por lo anterior al ser tres negocios distintos y sobre los cuales la Superintendencia de Salud solo vigila la prestación de los servicios de salud, no puede pronunciarse sobre la liquidación del Seguro Social como tal.

Por medio de la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto contra la Resolución No.0028 del 15 de enero de 2007.

De otra parte, la ley 790 de 2003 prohibió la liquidación del ISS conforme se puede apreciar en el artículo 20 cuyo texto se transcribe a continuación:

*“ARTÍCULO 20. ENTIDADES QUE NO SE SUPRIMIRÁN. En desarrollo del Programa de Renovación de la administración Pública el Gobierno Nacional no podrá suprimir, liquidar ni fusionar el Servicio Nacional de Aprendizaje (SENA), el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF), **el Instituto de Seguros Sociales (ISS)**, el INCI, el INSOR, el Instituto Caro y Cuervo ni la Corporación Nasa Kiwe, esta última hasta tanto no culmine la misión para la cual fue creada. Los ahorros realizados en el proceso de reestructuración de dichas entidades, serán destinados a una mayor cobertura de los servicios prestados por ellas. (...)” (Destaca el Despacho)*

La ley 790 de 2002, aplicable al caso en estudio por razón del principio *“tempus regit actus”* o de ultra-actividad de la ley, por ser la norma vigente al momento de la ocurrencia de la irregularidad en que se fundamentó la revocatoria, expresamente **prohibió la liquidación del ISS**. Pronunciarse sobre tal aspecto sería contrario a la ley.

De otro lado, contrario a lo sostenido por el libelista, el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud emitió concepto y presentó las respectivas recomendaciones. Y si bien se refirió a una “falta de competencia”, ello no fue óbice para hacer su respectivo planteamiento de la siguiente forma:

“El Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud en desarrollo de la reunión del día 15 de enero escuchó, por solicitud del Superintendente Nacional de Salud, un informe sobre la situación del ISS en la que expresa el incumplimiento que actualmente tiene la EPS del ISS frente a los requisitos de Patrimonio y Margen de Solvencia.

“El Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud considera que en el marco del artículo 37 de la ley 1122 de 2007 no es necesario un pronunciamiento previo, aunque no sea vinculante, por parte del Consejo. Sin embargo, se tienen algunas consideraciones que, dada la importancia del tema desean expresar:

“1) Algunos Consejeros consideran que no tienen la suficiente ilustración para pronunciarse sobre un posible retiro de la licencia de la EPS del ISS.

“2) Consideran que el Superintendente Nacional de Salud, al igual que debe proceder en todos los casos, debe cumplir con las funciones que le establece la ley.

“3) Que al igual que se ha revisado el margen de solvencia y el patrimonio de la EPS del ISS, se haga el estudio con la totalidad de las EPS para estar seguros que cumplen con los requerimientos de ley.

Por medio de la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto contra la Resolución No.0028 del 15 de enero de 2007.

"4) Que independientemente de cual sea la decisión, asegure la existencia de un plan que permita mejorar la calidad y la oportunidad de atención para los afiliados a la EPS del ISS.

"5) Que debe recordar que un porcentaje importante de los afiliados de la EPS del ISS, cerca del 45% son mayores de 45 años, dentro de los cuales están vinculados un número importante de pensionados. Que frente a esta situación y frente a los pacientes de alto costo, debe tener extremo cuidado para asegurar el servicio a esta población.

"6) Solicitarle al Gobierno Nacional hacer los esfuerzos necesarios para que se mantenga la presencia del estado en el aseguramiento en salud. Asimismo, independientemente de la decisión, se hace un llamado para que los actuales prestadores, que estén haciendo un buen servicio, sigan vinculados a la alternativa de solución que se plantee.

"7) Que la EPS del ISS, independientemente de la medida que se tome, asegure el pago de los proveedores y de los prestadores y que entendamos que los problemas financieros no deben obstaculizar la prestación de los servicios a los afiliados.

"8) Que, independientemente de la decisión, es importante que se asegure el respeto de los derechos adquiridos de los trabajadores y de los pensionados.

"9) Se le pide al Gobierno que, en el marco de la ley 1122 de 2007, revise la aplicación del decreto 3085 de 2003 que ordena que, para un pronunciamiento de la Superintendencia Nacional de Salud sobre la revocatoria o liquidación de una EPS Pública, debe existir un concepto previo por parte del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud.

"10) El Consejero Aldo Cadena, Orlando Restrepo y la ANDI, proponen que, previo a la decisión de la Superintendencia, se cite a una audiencia pública con los diferentes actores involucrados en el ISS.

De la misma forma, y con fecha 16 de febrero de 2007 la Secretaría Técnica del CNSSS remitió el pronunciamiento oficial de dicho cuerpo colegiado:

*"En respuesta a su solicitud de fecha febrero 12 de 2006 (sic), relacionada con la emisión por parte del CNSSS de Concepto no Vinculante sobre el tema del ISS, me permito informarle que en sesión realizada el día 16 de febrero de 2006, (sic) este cuerpo colegiado entiende que dentro de las funciones asignadas a la Superintendencia Nacional de Salud y la autonomía que tiene dicha entidad, debe proceder a adoptar la decisión que jurídicamente corresponda conforme a la ley."
"Lo anterior teniendo en cuenta que de conformidad con el artículo 37 numeral 5º de la ley 1122 de 2007 esta competencia está asignada a la Superintendencia Nacional de Salud sin la exigencia de ningún requisito adicional."*

Por medio de la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto contra la Resolución No.0028 del 15 de enero de 2007.

De otro lado, no le asiste razón al libelista sobre la “obligación de cumplir con lo imposible” al referirse al traslado excepcional de afiliados de acuerdo con el artículo 3 del decreto 055 de 2007, ya que la Superintendencia Nacional de Salud autorizó la creación de la nueva EPS mediante comunicación 8025-1-0316602 dirigida a los Directores Administrativos de COLSUBSIDIO, COMPENSAR, CAFAM, COMFENALCO VALLE, COMFANDI CALI y COMFENALCO ANTIOQUIA en los términos del acuerdo de intención suscrito entre ellas y LA PREVISORA VIDA S. A. el 15 de enero de 2007.

V. DE LA DECISIÓN

El ejercicio de las funciones de la Superintendencia Nacional de Salud establecidas en la Constitución y en la ley deben cumplirse tomando como marco fundamental de referencia la protección de los usuarios y la garantía del derecho a la salud de los colombianos. Este marco ha sido exhaustivamente desarrollado por la Corte Constitucional en todas sus actuaciones y a fin de fortalecer lo afirmado nos permitiremos citar alguna de la jurisprudencia constitucional.

En la SENTENCIA No. T-505-92 la Corte Constitucional resalta que el Estado Social de Derecho no es una retórica, es una realidad e inclusive afirma que la búsqueda de la justicia social supera el estado de legalidad. Dice así la parte pertinente de la Sentencia:

“El carácter social de nuestro Estado de Derecho no es una fórmula retórica o vacía. Por el contrario, la naturaleza social que identifica al ordenamiento jurídico tiene clara expresión en la prevalencia de los derechos fundamentales, en la superación de la crisis del Estado de Derecho como sinónimo de la legalidad abstracta y en la inmediata realización de urgentes tareas sociales, todo lo anterior en desarrollo de los principios de solidaridad y dignidad humana.

“La dignidad humana y la solidaridad son principios fundantes del Estado social de derecho. Las situaciones lesivas de la dignidad de la persona repugnan al orden constitucional por ser contrarias a la idea de justicia que lo inspira. La reducción de la persona a mero objeto de una voluntad pública o particular (v.gr. esclavitud, servidumbre, destierro), los tratos crueles, inhumanos o degradantes (CP art. 12) o simplemente aquellos comportamientos que se muestran indiferentes ante la muerte misma (p. ej. el sicariato), son conductas que desconocen la dignidad humana y, en caso de vulneración o amenaza de derechos fundamentales, pueden ser pasibles de repulsa inmediata por vía de la acción de tutela, sin perjuicio de las acciones legales correspondientes.

Por medio de la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto contra la Resolución No.0028 del 15 de enero de 2007.

“Toda persona tiene el deber constitucional de obrar de conformidad con el principio de solidaridad social, respondiendo con acciones humanitarias ante situaciones que pongan en peligro la vida o la salud de las personas (CP art. 95-2). Las autoridades de la República, a su vez, tienen la función de asegurar el cumplimiento de los deberes sociales de los particulares (CP art. 2). La omisión de una acción humanitaria que podría evitar la vulneración de derechos fundamentales justifica la intervención judicial y compromete la responsabilidad de la persona renuente. El principio de solidaridad social no sólo se circunscribe a eventos de catástrofes, accidentes o emergencias, sino que es exigible también ante situaciones estructurales de injusticia social, en las cuales la acción del Estado depende de la contribución directa o indirecta de los asociados. (...)

“La justicia social no es un valor o ideal de libre apreciación por parte de los jueces constitucionales. Las concepciones de la comunidad y lo comúnmente aceptado como correcto o incorrecto son ejes referenciales para el enjuiciamiento y la determinación de lo razonablemente exigible. El juez constitucional no debe ser ajeno a las nociones de lo justo e injusto que tiene la opinión pública, más aún cuando la interpretación constitucional se apoya en los valores y principios consagrados en la Carta Política, bien para reconocerlos ora para promover su realización.

“El Estado social de derecho mantiene el principio de legalidad, pero lo supera y complementa al señalar entre sus finalidades la de garantizar un orden político, económico y social justo (CP Preámbulo). La naturaleza social del Estado de derecho colombiano supone un papel activo de las autoridades y un compromiso permanente en la promoción de la justicia social. (Resaltado fuera de texto)

“La defensa de los valores supremos del ordenamiento obliga al Estado a intervenir - dentro del marco constitucional - para proteger a las personas en su dignidad humana y exigir la solidaridad social cuando ella sea indispensable para garantizar derechos fundamentales como la vida y la salud. (...)

“El Estado Social de Derecho, los principios de dignidad humana y de solidaridad social, el fin esencial de promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los derechos, deberes y principios constitucionales y el derecho fundamental a la igualdad de oportunidades, guían la interpretación de la Constitución económica e irradian todos los ámbitos de su regulación - propiedad privada, libertad de empresa, explotación de recursos, producción, distribución, utilización y consumo de bienes y servicios, régimen impositivo, presupuestal y de gasto público.”

Por medio de la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto contra la Resolución No.0028 del 15 de enero de 2007.

En la SENTENCIA C-615/02 la Corte Constitucional consagra el derecho a la Salud como un derecho prestacional que debe ser objeto de protección inmediata por cuanto compromete la vigencia de otros derechos fundamentales, especialmente el derecho a la vida y a la dignidad personal. Dice así la parte pertinente de la Sentencia:

“El sistema de seguridad social en salud y su vinculación a la satisfacción de necesidades básicas de la población y a la efectividad de los derechos fundamentales.

“3. La Constitución consagra la seguridad social como un servicio público de carácter obligatorio, sometido a la dirección, coordinación y control del Estado, con sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad en los términos que establezca la ley (C.P artículo 48, inciso 1°). Correlativamente reconoce a todos los habitantes del territorio nacional el derecho irrenunciable a la seguridad social cuya efectividad debe garantizar el Estado (C.P artículo 48 inciso 2°). Señala también la Carta que la prestación del servicio público de seguridad social estará a cargo del Estado con la intervención de los particulares, en los términos en que lo señale la ley.

“Concretamente en relación con la seguridad social en salud, la Constitución reitera que se trata de un servicio público a cargo del Estado, el cual debe organizar, dirigir y reglamentar su prestación. El artículo 49 afirma que “se garantiza a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud”. (...)

“La caracterización del derecho a la salud como derecho prestacional, corresponde a una tendencia internacional en nuestro tiempo. Razones que tocan con la situación de subdesarrollo o de crisis por la que atraviesan comúnmente las naciones, hacen imposible pensar que el Estado o la sociedad satisfagan todas y cada una de las necesidades sociales, económicas o culturales de los individuos y los grupos. De ahí la imposibilidad fáctica de consagrar con efecto jurídico de aplicación inmediata determinados derechos de carácter social. En otras palabras, razones de justicia distributiva derivadas de la escasez que debe administrar el Estado, impiden la consagración jurídica de la eficacia directa de ciertos derechos sociales, entendida esta eficacia como la posibilidad de reclamarlos judicial o extrajudicialmente sin que medie una ley que desarrolle la Constitución indicando en qué circunstancias y bajo qué condiciones es posible tal reclamación. Este es el caso del derecho a la salud. (...)

Por medio de la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto contra la Resolución No.0028 del 15 de enero de 2007.

“4. De otro lado, la jurisprudencia reiterada de esta Corporación ha puesto de presente cómo, a pesar del carácter primariamente prestacional del derecho a la salud, el mismo debe ser objeto de protección inmediata cuando quiera que su efectividad comprometa la vigencia de otros derechos fundamentales, especialmente el derecho a la vida y a la dignidad personal. Abundan los casos en los cuales la jurisprudencia sentada en sede de tutela ha amparado el derecho a la salud por considerarlo en conexión inescindible con el derecho a la vida o a la dignidad e incluso al libre desarrollo de la personalidad.⁵ En este punto, además, no debe perderse de vista que la salud de los niños es per se un derecho fundamental, pues así lo dispone el artículo 44 superior, disposición que, como lo ha sostenido la Corte, debe entenderse como configurativa de un tratamiento privilegiado o de primacía de sus derechos sobre los de las demás personas. De otra parte, también la Corte ha sostenido que la seguridad social - y por consiguiente la salud- como derecho constitucional, adquiere su connotación de fundamental cuando atañe a las personas de la tercera edad y aquellas personas cuya debilidad es manifiesta.

“Las anteriores consideraciones son importantes a la hora de estudiar las acusaciones que formula el demandante, pues la naturaleza jurídica del derecho a la salud que, como se acaba de explicar, en ciertos casos es per se un derecho fundamental y en otros lo es por conexidad al comprometer la efectividad de otros derechos fundamentales, así como las características constitucionalmente definidas del sistema de seguridad social en salud, imponen al legislador ciertos límites en el diseño legal de dicho sistema”.

En la SENTENCIA C-1040/03 la Corte Constitucional reconoce la importancia del equilibrio financiero pero teniendo claro el objetivo del Sistema de Seguridad Social en Salud cual es la cobertura de las necesidades sociales a las que está expuesta la población protegida. Dice así la parte pertinente de la Sentencia:

“1. En desarrollo de lo dispuesto en los artículos 48 y 49 de la Constitución, la Ley 100 de 1993 creó el Sistema de Seguridad Social integral, cuyo objeto es garantizar los derechos irrenunciables de la persona y la comunidad para obtener la calidad de vida acorde con la dignidad humana, a través de la protección de las contingencias que las afecten. Dicho sistema comprende además de las obligaciones del Estado y la sociedad, las instituciones y los recursos destinados a garantizar la cobertura de las prestaciones de carácter económico, de salud y de servicios complementarios regulados en la citada ley y en normas futuras. (...)

Por medio de la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto contra la Resolución No.0028 del 15 de enero de 2007.

“5. El hecho de que los recursos de la seguridad social en salud tengan carácter parafiscal no significa otra cosa que los mismos deban destinarse a la función propia de la seguridad social: la salud de los afectados. Con tal fin, la Ley 100 de 1993 diseñó un sistema de seguridad social en salud (SGSSS) , cuyo objetivo fundamental es crear las condiciones de acceso a un Plan Obligatorio de Salud (POS) para todos los habitantes del territorio nacional, y el cual permitirá la protección integral de las familias a la maternidad y enfermedad general, en las fases de promoción y fomento de la salud y la prevención y diagnóstico, tratamiento y rehabilitación para todas las patologías, según la intensidad de uso y los niveles de atención y complejidad que se definan . (...)”

“6. Para la prestación eficiente del servicio público, es importante que el sistema de seguridad social en salud cuente con un equilibrio financiero. Ha dicho la Corte:

“Hay que admitir que al delegarse la prestación del servicio público de salud a una entidad particular, ésta ocupa el lugar del Estado para algo muy importante cual es la prestación de un servicio público; pero eso no excluye que la entidad aspire obtener una legítima ganancia. Así está diseñado el sistema. Pero, lo principal es que se tenga conciencia de que lo que se recauda no pertenece a las EPS, ni mucho menos entra al presupuesto nacional ni a los presupuestos de las entidades territoriales, sino que pertenece al sistema general de seguridad social en salud, es, pues, una contribución parafiscal. Por tal razón, la Corte no puede ser indiferente al equilibrio estructural del Sistema Nacional de Seguridad Social en Salud, al plan obligatorio de salud del régimen subsidiario y a los principios de universalidad y solidaridad que deben ir paralelos. La vigilancia de estos preceptos forma parte de uno de los objetivos del Estado social de derecho: la solución de las necesidades insatisfechas de salud.”

“Dentro del diseño del sistema de la seguridad social en salud el equilibrio financiero tiene como objetivo garantizar la viabilidad del sistema y por lo tanto su permanencia en el tiempo a efectos de que se pueda seguir manteniendo el fin primordial: la cobertura de las necesidades sociales a las que está expuesta la población protegida. (Resaltado fuera de texto)”

“El centro de ese equilibrio financiero es la denominada Unidad de Pago por Capitación –UPC-, que es un valor per capita que paga el Estado a la EPS “por la organización y garantía de la prestación de los servicios incluidos” incluido en el POS para cada afiliado. Esta unidad se establece 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 Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud (CNSSS) de acuerdo con los estudios técnicos hechos por el Ministerio de Salud (hoy Ministerio de Protección Social).”

Por medio de la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto contra la Resolución No.0028 del 15 de enero de 2007.

“Los recursos de la UPC, deben manejarse por las EPS en cuentas independientes del resto de rentas y bienes de la entidad.

“7. Teniendo en cuenta que conforme al artículo 48 Superior, todos los recursos de la seguridad social deben estar afectos a los objetivos de este servicio público, por tratarse de recursos parafiscales, en la configuración legal de la Unidad de Pago por Capitación se encuentran incorporados en un todo indivisible los costos que demanda la organización y los que garantizan la prestación del servicio público de la salud. Así lo ha reconocido la Corte:

“La Unidad de Pago por Capitación no representa simplemente el pago por los servicios administrativos que prestan las EPS sino representa en especial, el cálculo de los costos para la prestación del servicio de salud en condiciones medias de calidad, tecnología y hotelería. Esto significa la prestación del servicio en condiciones de homogenización y optimización. La relación entre las entidades que pertenecen al sistema y los recursos que fluyen dentro del ciclo de prestación del servicio de salud, forman un conjunto inescindible...”

En la SENTENCIA T-101- DE 2006 la Corte Constitucional ya considera como derecho fundamental autónomo el derecho a recibir la atención en salud sin que exista amenaza a la vida o a otro derecho fundamental. Dice así la parte pertinente de la Sentencia:

***“Puede sostenerse que tiene naturaleza de derecho fundamental, de manera autónoma, el derecho a recibir la atención de salud, definidas en el Plan Básico de Salud, el Plan Obligatorio de Salud y el Plan Obligatorio de Salud Subsidiado, así como, respecto de los elementos derivados de las obligaciones básicas definidas en la Observación General No 14 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas. La naturaleza de derecho fundamental que tiene el derecho a la salud en los términos del fundamento anterior, implica que tratándose de la negación de un servicio, medicamento o procedimiento establecidos en el P.O.S., se estaría frente a la violación de un derecho fundamental. En consecuencia, no es necesario, que exista amenaza a la vida u otro derecho fundamental, para satisfacer el primer elemento de procedibilidad de la acción de tutela – violación o amenaza de un derecho fundamental. Ahora bien, el derecho a la salud comprende, entre otros, la protección del derecho al diagnóstico y a la continuidad en la prestación del servicio.”* (Resaltado fuera de texto)**

La Corte Constitucional también se ha ocupado de la relación prioritaria de los derechos de los usuarios y la prestación del servicio sobre la situación financiera de las entidades de salud, es así como en sentencia 837 de 2001 precisó que:

Por medio de la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto contra la Resolución No.0028 del 15 de enero de 2007.

"La finalidad prioritaria no es la de reportar utilidades económicas sino beneficio social.

"Su función está directamente vinculada al cumplimiento de los fines esenciales y de las obligaciones sociales del Estado, en el marco general del Estado social de derecho (C.P., arts. 1,2 y 49). Además de no estar comprendidas en las actividades señaladas en el artículo 336 de la Constitución, por la naturaleza de su actividad, los criterios para determinar su eficiencia no pueden ser exclusivamente de carácter económico ni de rentabilidad financiera."

En el mismo sentido se pronunció la H. Corte en Sentencia C-559-04 en la que sostuvo:

"(...) Así las cosas, la rentabilidad financiera como objetivo de rango legal para la administración de las Empresas Sociales del Estado a que se alude no debe ser entendida como una suerte de parámetro de gestión preponderante de naturaleza netamente especulativa y que tiende a toda costa a la obtención de beneficios cuya constatación sólo sea posible reflejar en los estados contables, y en un año determinado, ni mucho menos como argumento oponible a los usuarios del sistema de seguridad social en salud para justificar el sacrificio de los demás principios superiores que gobiernan el ejercicio de esta actividad".

Le corresponde entonces a la Superintendencia Nacional de Salud vigilar que los actores del Sistema General de Seguridad Social en Salud – SGSSS- cumplan con el objetivo principal e ineludible de garantizar el servicio de salud a todos los colombianos. Su misión es ante todo social. El equilibrio financiero se debe buscar pero siempre con el objetivo de respetar los derechos de acceso a la salud de sus beneficiarios.

El déficit estructural que aqueja a la EPS del ISS pone en riesgo la prestación del servicio de salud y los derechos de sus afiliados y por ello la Superintendencia está obligada a intervenir en defensa de cada uno de ellos.

La intervención de la Superintendencia podría haberse dado aplicando automáticamente las disposiciones legales vigentes tomando únicamente en consideración el incumplimiento de los parámetros expresamente consagrados en la ley para retirar el certificado de funcionamiento pero ello no sólo atentaría contra la protección de los afiliados sino que iría en contravía de los principios constitucionales tan expresamente desarrollados en la jurisprudencia citada.

Por medio de la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto contra la Resolución No.0028 del 15 de enero de 2007.

En lugar de transitar por el camino estrictamente formal la Superintendencia tuvo la absoluta conciencia de que adoptar una decisión sobre una EPS que le presta los servicios de salud y le garantiza los derechos a más de 3 millones de afiliados tiene unas implicaciones que se escapan a sus competencias y unos efectos sobre el sistema de seguridad social en salud que deben preverse adecuadamente.

Por ello requirió del concurso del Gobierno Nacional el cual diseñó una estrategia para enfrentar las eventualidades de las decisiones a adoptar. Esta estrategia está plasmada en el Decreto 55 del 15 de enero de 2007 y Las decisiones adoptadas por el CONPES 3456 de la misma fecha.

El CONPES 3456 del 15 de enero de 2007 dejó expresa constancia de la importancia de mantener el aseguramiento público pero con una empresa competitiva y que garantice la mayor calidad en la prestación de los servicios.

Para estos efectos previó la creación de una nueva EPS con la participación del Estado a través de LA PREVISORA VIDA S.A. y las Cajas de Compensación de clara orientación social y con experiencia en el manejo del régimen contributivo como quiera que la mayoría de ellas tiene una EPS en operación.

Por su parte el decreto 55 de 2007 dejó claro que prevalecen los derechos de los usuarios y la prestación del servicio.

El artículo 1º del Decreto 55 de 2007 así lo consagra:

***“Artículo 1º. Objeto y campo de aplicación.** El presente Capítulo tiene por objeto establecer las reglas para garantizar la continuidad del aseguramiento y la prestación del servicio público de salud a los afiliados y beneficiarios del régimen contributivo, cuando a una entidad promotora de salud cualquiera sea su naturaleza jurídica, se le revoque la autorización de funcionamiento para administrar el régimen contributivo del Sistema General de Seguridad Social en Salud o sea intervenida para liquidar por la Superintendencia Nacional de Salud.”*

“Igualmente aplicará a las entidades públicas y a las entidades que fueron autorizadas como entidades adaptadas al Sistema General de Seguridad Social en Salud, cuya liquidación sea ordenada por el Gobierno Nacional, y a aquellas entidades que adelanten procesos de liquidación voluntaria.”

“Para los mismos eventos, definir las reglas y procedimientos para garantizar la preservación de los recursos para la prestación de los servicios de salud del régimen contributivo del Sistema General de Seguridad Social en Salud.”

Por medio de la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto contra la Resolución No.0028 del 15 de enero de 2007.

El despacho es pues conciente de la prevalencia de los derechos de los afiliados sobre consideraciones económicas e inclusive normativas y obrará sobre consideraciones de carácter económico únicamente porque ponen en riesgo la prestación de los servicios y los derechos de los afiliados.

El despacho también es conciente que mientras no se de el traslado efectivo de los afiliados existirá riesgo en la prestación de los servicios y por ello dispondrá que la medida tendrá efectos plenos únicamente cuando se haga efectivo dicho traslado bien sea sobre la base de la normatividad vigente o sobre los cambios que de esta sean requeridos por cualquier circunstancia que se presente.

En virtud de lo expuesto, evidenciándose la ausencia de uno de los requisitos esenciales para el funcionamiento de la EPS del ISS, este Despacho confirmará la decisión contenida en el acto administrativo recurrido. Esta medida, de conformidad con la normatividad legal vigente y con el fin de proteger a los afiliados a la EPS del ISS tendrá efectos hasta tanto se haga su traslado efectivo a una nueva EPS, atendiendo las recomendaciones del CONPES, y de conformidad con lo dispuesto por el Gobierno Nacional mediante Decreto 55 de 2007 y demás normas que lo modifiquen, complementen o adicionen.

Para tal efecto, este Despacho ejercerá su función constitucional de vigilancia, a fin de garantizar la efectiva prestación de los servicios de salud del grupo poblacional y su efectivo traslado con las garantías propias del servicio de salud.

Por lo anterior, el Superintendente Nacional de Salud,

RESUELVE

ARTÍCULO PRIMERO: NO REPONER la Resolución 028 de 2007 y en consecuencia, **CONFIRMAR** el acto administrativo en su totalidad, por las razones expuestas en la parte motiva de la presente resolución, la cual tendrá todos sus efectos a partir del momento en que se haga el traslado efectivo de los afiliados de la EPS del ISS en los términos dispuestos en el siguiente artículo.

ARTÍCULO SEGUNDO: DISPONER que, de conformidad con lo establecido en la normatividad vigente y con el CONPES 3456 del 15 de enero de 2007, el grupo poblacional afiliado a la EPS del ISS continuará recibiendo de ella los servicios a que tiene derecho hasta tanto se garantice su traslado efectivo a una o varias EPS nuevas o existentes según sea el caso, en los términos del decreto 055 de 2007 o las normas que lo modifiquen, complementen o adicionen.

Por medio de la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto contra la Resolución No.0028 del 15 de enero de 2007.

PARÁGRAFO 1º El Presidente del ISS rendirá informes mensuales a la Superintendencia Nacional de Salud sobre la garantía de la prestación de los servicios y las actividades y procedimientos tendientes al traslado de los afiliados de acuerdo con la normatividad vigente.

ARTICULO TERCERO: NOTIFICAR al doctor GILBERTO QUINCHE TORO, en su calidad de representante legal del Instituto de los Seguros Sociales - Entidad Promotora de Salud, o quien hiciere sus veces, o quien estuviere delegado para tal efecto, en la Carrera 10º Nº 64 - 28 de esta ciudad, informándole que con la presente decisión ha quedado agotada la vía gubernativa.

PARÁGRAFO: Si no se pudiese hacer la notificación personal, ésta deberá surtirse por edicto, con inserción de la parte resolutive de la misma, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 45 del C. C. A.

ARTÍCULO CUARTO: COMUNICAR, una vez ejecutoriado el presente acto administrativo, al señor Ministro de la Protección Social, al Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, a los representantes legales de los Departamentos, Municipios y Distritos y a las Entidades Promotoras de Salud de la Jurisdicción donde el Instituto de Seguros Sociales tenga afiliados y al Fondo de Solidaridad y Garantía - FOSYGA.

ARTÍCULO QUINTO: La presente resolución rige a partir de su expedición.

Dada en Bogotá D. C., a los

26 MAR. 2007

NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE, PUBLÍQUESE Y CÚMPLASE


JOSÉ RENÁN TRUJILLO GARCÍA
SUPERINTENDENTE NACIONAL DE SALUD

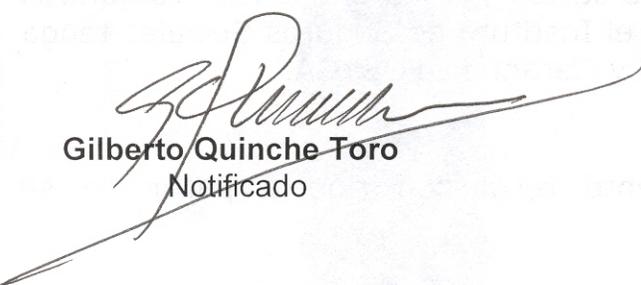
Proyectó: María Claudia Soto Franco
Revisó: Margarita Henao Cabrera
Aprobó: Mario Mejía Cardona y Ana Milena Rizo

NOTIFICACIÓN PERSONAL

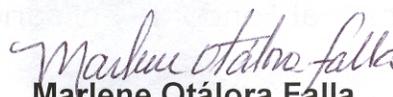
En Bogotá, D.C., a los veintiséis (26) días del mes de marzo de dos mil siete (2007), se hizo presente en la Secretaría del Despacho del Superintendente Nacional de Salud, el doctor **Gilberto Quinche Toro**, quien se identificó con la cédula de ciudadanía número 19.497.294 expedida en Bogotá D.C., actuando en calidad de Representante Legal del INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES-ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD, con el fin de notificarse personalmente del contenido de la **Resolución número 263 del 26 de marzo de 2007**.

La suscrita Secretaria, previa verificación de la documentación, procede a realizar la notificación, y le hace entrega de la fotocopia respectiva en treinta y siete (37) folios, informándole que contra ésta no procede recurso alguno, quedando agotada la vía gubernativa.

Para constancia de lo anterior, se suscribe.



Gilberto Quinche Toro
Notificado



Marlene Otálora Falla
Notificadora