



SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD

RESOLUCIÓN NÚMERO 00141 DE 2010

(**22 ENE. 2010**)

Por medio de la cual se resuelve el recurso de apelación interpuesto por el doctor **FABIO EDMUNDO ENRIQUEZ MIRANDA** Representante Legal de la **ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD MALLAMAS EPS-I** identificada con el NIT. 837.000.084-5 contra la Resolución No. 125 del 10 de agosto de 2009.

EL SUPERINTENDENTE NACIONAL DE SALUD

En ejercicio de sus facultades legales y reglamentarias y, en especial, las conferidas en la Ley 100 de 1993, Ley 1122 de 2007, el Decreto 1018 de 2007, los Códigos Contencioso Administrativo y de Procedimiento Civil, y,

CONSIDERANDO

1. HECHOS

Versan sobre el incumplimiento por parte de la **ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD MALLAMAS EPS-I** en la aplicación de las actividades contempladas en el Acuerdo 306 de 2005, y a lo dispuesto en el artículo 2 literal d) del Decreto 1485 de 1994, al negar de manera injustificada el procedimiento requerido por la señora **ELENA MARÍA VARGAS**, conducta que de igual forma, vulnera lo consagrado en el literal c) del artículo 156 de la Ley 100 de 1993.

2. SUJETO PASIVO

Lo es, la **ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD MALLAMAS EPS-I** identificada con el NIT 837.000.084-5 y con domicilio en la Avenida 13 No. 114-10 en la ciudad de Bogotá D.C.

3. ANTECEDENTES Y ACTUACIONES ADMINISTRATIVAS

- 3.1. Mediante oficio radicado el día 21 de noviembre de 2006 con el NURC 8004-1-0309879, el doctor **FERNANDO FRANCO ORTIZ**, Secretario encargado del Juzgado Primero de Menores, remitió copia del fallo proferido dentro de la acción de tutela promovida por el señor **ALVARO VARGAS** contra la Dirección Territorial de Salud de Caldas y la EPS-I Mallamas, en virtud de la cual se ordena a esta Superintendencia investigar la conducta omisiva de la **EPS-I MALLAMAS**, de no autorizar la realización de los exámenes de **VENOGRAFIA, ANESTESIA GENERAL, HOSPITALIZACIÓN Y LA RESINCRONIZACIÓN** a la señora **ELENA MARÍA VARGAS**. (Folios 1 al 10)
- 3.2. El Director General de EPS y Entidades de Prepago de esta Superintendencia, con oficio del día 5 de febrero de 2007 radicado con el NURC 8004-1-0309879, visto a folio 10 del expediente, solicitó al doctor **FABIO ENRIQUEZ MIRANDA** Representante Legal de la **ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD MALLAMAS EPS-I**,

Por medio de la cual se resuelve el recurso de apelación interpuesto por el doctor **FABIO EDMUNDO ENRIQUEZ MIRANDA** Representante Legal de la **ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD MALLAMAS EPS-I** identificada con el NIT. 837.000.084-5 contra la Resolución No. 125 del 10 de agosto de 2009.

informar todas las atenciones en salud prestadas a la señora **ELENA MARÍA VARGAS** y del cumplimiento del fallo de tutela.

- 3.3. La Superintendencia Delegada Para la Protección al Usuario y la Participación Ciudadana mediante Auto No. 099 del 20 de mayo de 2009, visible a folios 13 al 21, ordenó la Apertura de Investigación Administrativa contra la **ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD MALLAMAS EPS-I**, formulándole el siguiente cargo:

"CARGO ÚNICO: Presuntas irregularidades en la aplicación del Plan Obligatorio de Salud en el Sistema General de Seguridad Social en Salud Régimen Subsidiado, establecidos en el Acuerdo 306 de 2005, toda vez que el procedimiento médico requerido por la usuaria se encuentra consagrado en el Artículo tercero numeral 3.1 que comprende los casos de pacientes con diagnóstico de enfermedades cardíacas, de aorta torácica y abdominal, vena cava, vasos pulmonares y renales, de cualquier etiología y en cualquier grupo de edad que requieren atención quirúrgica, incluyendo actividades y procedimientos de Cardiología y Hemodinámica para diagnóstico, control y tratamiento en los casos que se requieran, así como la atención hospitalaria de los casos de infarto agudo de miocardio en el régimen subsidiado. De lo anterior es consecuente una presunta irregularidad presentada sobre los procesos normativos contenidos en el artículo 2 literal d del decreto 1485 de 1994, relacionado con la obligación de organizar y garantizar la prestación de los servicios de salud previstos en el Plan Obligatorio de Salud, al dilatar injustificadamente el procedimiento médico requerido por la usuaria ELENA MARIA VARGAS. Con tal conducta, se incurrió en violación del precepto que establece que todos los afiliados al Sistema General de Seguridad Social en Salud tendrán derecho al acceso a un plan integral de protección de la salud, con toda atención preventiva, médico-quirúrgica y medicamentos esenciales, denominado Plan Obligatorio de Salud, Consagrada en el Artículo 156 literal c.

- 3.4. El anterior Auto fue notificado por comunicación mediante oficio asignado con el NURC 8004-1-0309879 de fecha 8 de junio de 2009.(Folio 22)
- 3.5. Copia de la guía de envío de correo No. YY 18481931 del citado oficio obra folio 89 el expediente.
- 3.6. La Superintendencia Delegada Para la Protección al Usuario y la Participación Ciudadana, mediante la Resolución No. 125 del 10 de agosto de 2009 sancionó a la **ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD MALLAMAS EPS-I** con multa equivalente a cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes a la fecha en que adquiriera firmeza el citado Acto Administrativo. (Folios 23 al 33)
- 3.6. La anterior Resolución se notificó personalmente al doctor **FABIO EDMUNDO ENRIQUEZ MIRANDA** Representante Legal de la **ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD MALLAMAS EP-I**, el día 8 de septiembre de 2009. (Folios 34 al 37)
- 3.7. Mediante escrito presentado en esta Entidad el día 15 de septiembre de 2009 radicado con el NURC 8004-1-0309879, el doctor **FABIO EDMUNDO ENRIQUEZ MIRANDA** Representante Legal **ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD MALLAMAS EPS-I**, presentó recurso de reposición y en subsidio apelación contra la Resolución No. 125 del día 10 de agosto de 2009. (Folios 38 al 69)
- 3.8. La Superintendencia Delegada Para la Protección al Usuario y la Participación Ciudadana mediante la Resolución No. 162 del 13 de octubre de 2009 resolvió el recurso de reposición en el sentido de no reponer la Resolución No. 125 del 10 de agosto de 2009 y concedió la alzada. (Folios 70 al 84).

Por medio de la cual se resuelve el recurso de apelación interpuesto por el doctor **FABIO EDMUNDO ENRIQUEZ MIRANDA** Representante Legal de la **ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD MALLAMAS EPS-I** identificada con el NIT. 837.000.084-5 contra la Resolución No. 125 del 10 de agosto de 2009.

- 3.9. La Resolución No. 162 del 13 de octubre de 2009 fue notificada personalmente el doctor **FABIO EDMUNDO ENRIQUEZ MIRANDA** Representante Legal **ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD MALLAMAS EPS-I** el día 4 de noviembre de 2009. (Folios 85 al 88)

4. FUNDAMENTOS DE LA IMPUGNACION

Son motivos de la impugnación, los siguientes:

PRIMERO.- Frente al primer evento que originó los diferentes actos administrativos es preciso manifestar que si bien el fallo de tutela proferido por el Juez Primero de Menores de Manizales - Caldas a favor de la usuaria ELENA MARÍA VARGAS resuelve que la EPS Indígena MALLAMAS deberá asumir la prestación del servicio de salud denominado VENOGRAFIA SELECTIVA CON ANESTESIA GENERAL, HOSPITALIZACIÓN Y SUMINISTRO DE RESINCRONIZACION el día 21 de noviembre de 2006, la entidad inmediatamente notificada de la decisión judicial la EPS MALLAMAS autoriza la realización de los servicios solicitados con los cuales se definen la conducta o tratamiento a seguir y de ello también se responsabiliza la entidad, tal como se puede demostrar con las copias de las autorizaciones Nos. 7788 del 22 de noviembre de 2006 por la cual se autoriza al Hospital Santa Sofía los procedimientos de venografía selectiva y cateterismo combinado lados izquierdo y derecho, de la misma manera la orden No. 34728 del mismo día para el Implante resincronizador (incluyendo todos los procedimientos medico quirúrgicos) y otras órdenes adicionales para procedimientos complementarios del tratamiento de su patología.

Sin embargo vale la pena aclarar que el médico tratante emite solicitud del 20 de octubre de 2006, la solicitud se recibe en la oficina de Atención al usuario en donde se diligencia el formato de Negación de servicios No. 4101 el 23 de octubre de 2006 por parte del médico que representa a la EPS - I MALLAMAS sugiere otra alternativa terapéutica como el marcapasos, procedimiento que se encuentra expresamente determinado dentro de la cobertura del Plan Obligatorio de Salud Subsidiado, mientras que el procedimiento solicitado tal como lo manifiesta el médico tratante es con el fin de definir el diagnóstico ante lo cual la normatividad que comprende el Plan Obligatorio de Salud Subsidiado POSS estipula que la ARS responderá por la prestación de estos servicios una vez se haya determinado como procedimiento quirúrgico lo cual amerita además ser considerado como patología de Alto Costo y es solo a partir de esta definición que la póliza de reaseguro para este tipo de enfermedades inicia su cobertura. Siendo así las cosas MALLAMAS EPS-I en uso de su competencia ha venido garantizando la prestación de los servicios de salud contenidos el Plan Obligatorio de Salud, tal como lo indica la normatividad expedida para el efecto, sin embargo la entidad no se puede comprometer a realizar actividades que no estén incluidas en el POSS, so pena de incurrir en delito de peculado por aplicación oficial diferente, regulado en el artículo 136 del Código Penal Colombiano, modificado por los artículos 18 y 32 de la Ley 190 de 1995, tenga en cuenta que los recursos percibidos por la institución deben ser destinados a cumplir con la prestación del derecho a la salud de la población pobre y vulnerable y para ello se ha definido el Plan OBLIGATORIO de Salud Subsidiado que le corresponde asumir a las ARS. Por otra parte, y de conformidad con los Acuerdos 72, 74, 77, 306 y demás concordantes, proferidos por el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, la atención de las enfermedades no contenidas en el Plan Obligatorio de Salud Subsidiado, deben ser prestadas por el Estado a través de los Hospitales Públicos o Privados que tengan contrato de atención de prestación de servicios, con recursos asignados por la Ley 715 de 2001 a los entes territoriales, ..."43.2, Financiar con los recursos propios, si lo considera pertinente, con los recursos asignados por concepto de participaciones y demás recursos cedidos.

Por medio de la cual se resuelve el recurso de apelación interpuesto por el doctor **FABIO EDMUNDO ENRIQUEZ MIRANDA** Representante Legal de la **ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD MALLAMAS EPS-I** identificada con el NIT. 837.000.084-5 contra la Resolución No. 125 del 10 de agosto de 2009.

Pese a esta interpretación, los servicios solicitados por la usuaria se autorizaron y se realizaron inmediatamente se conoció el fallo de tutela tal como lo resolvió el Juez y ante la negativa del Ente Territorial de no querer asumir este tratamiento, tal como queda demostrado con las autorizaciones mencionadas, con lo cual queda demostrado que no se han vulnerado los derechos fundamentales a la vida y a la salud en condiciones dignas por cuanto se garantizó la adecuada y oportuna realización de los procedimientos requeridos.

SEGUNDO.- Si bien es cierto que la Dirección de EPS y Entidades de Prepago efectuó requerimiento de rigor el 5 de febrero de 2007, señalando un término de 10 días para que MALLAMAS diera las explicaciones necesarias ante lo cual la Gerencia de la Entidad da respuesta mediante oficio GER 0240/07 del 20 de febrero de 2007 dirigido al Doctor Yesid Carmelo Sangregorio anexando los soportes documentales que prueban la prestación de los servicios requeridos por la usuaria ELENA MARÍA VARGAS.

De esta manera se demuestra que la Entidad sí realizó los respectivos descargos frente al requerimiento que refiere en el acápite IV. Descargos.

TERCERO.- En consecuencia de lo anterior, es de observar que la entonces Dirección de EPS y Entidades de Prepago no tuvo en cuenta la información remitida por la entidad demostrando el cumplimiento en la prestación de los servicios requeridos por la usuaria tutelada, de manera que tampoco se permite el ejercicio del derecho consagrado en el artículo 29 de la Constitución Política de Colombia en cuanto obliga al respeto al debido proceso a lo cual se tiene que acoger toda actuación administrativa y por lo tanto todas las decisiones que tomen las autoridades deben garantizar al imputado el derecho de defensa y contradicción y de esta manera el principio de la presunción de inocencia, el que podrá ser desvirtuado mediante las pruebas que se aporten en el juicio. De esta manera, las situaciones de controversia requieren de una regulación jurídica, en la que se establezcan el respeto por los derechos y obligaciones de los sujetos procesales, de manera que ninguna actuación de las autoridades dependa del arbitrio sino queden sujetas a los procedimientos preestablecidos, respetando en todo caso los términos y etapas procesales descritas.

Sobre este particular, el CCA art. 35 señala lo siguiente: "Habiéndose dado oportunidad a los interesados para expresar sus opiniones y con base en las pruebas e informes disponibles se tomará la decisión que será motivada al menos en forma sumaria..."

Al respecto apreciemos de manera concreta lo referente al debido proceso como una garantía que tienen los sujetos procesales frente a un instructor que se aboga el control y la potestad del Estado para investigar. El Decreto 1018 de 2007 y La Resolución 1212 de 2007, definió con meridiana claridad el proceso aplicable a los vigilados de la Superintendencia Nacional de Salud, y como bien es de aprecio dichos lineamientos recogieron los principios consagrados en la codificación sustantiva de la reglamentación propia del civil y contencioso administrativo. Así las cosas, la actuación de la Superintendencia Nacional de Salud tiene un objetivo completamente definido y para el caso no es otro que ordenar los correctivos tendientes a la superación de la situación crítica o irregular (jurídica, financiera, económica, técnica, científico-administrativa) de cualquiera de sus vigilados y sancionar las actuaciones que se aparten del ordenamiento legal, bien sea por acción o por omisión. Esta finalidad es muy importante tenerla en cuenta, al momento mismo de hacer un análisis de la aplicación entonces de los preceptos constitucionales que regulan la materia y concretamente de los hechos fácticos que dieron lugar a la apertura del presente sancionatorio.

Ahora bien, el proceso de investigación sancionatorio adelantado por la Superintendencia Nacional de Salud, a través de los funcionarios instructores, no podrá apartarse de lo reglado por cuanto de hacerlo en esa forma estaría

Por medio de la cual se resuelve el recurso de apelación interpuesto por el doctor **FABIO EDMUNDO ENRIQUEZ MIRANDA** Representante Legal de la **ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD MALLAMAS EPS-I** identificada con el NIT. 837.000.084-5 contra la Resolución No. 125 del 10 de agosto de 2009.

contradiendo los principios dados en el Código Contencioso administrativo y oponiéndose tácitamente a los preceptos constitucionales del debido proceso y del derecho a la defensa inherentes incluso a la propia naturaleza humana de los investigados. El Art. 29 del texto constitucional establece que el debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas; Para el caso que nos ocupa, el procedimiento **investigativo** sancionatorio es calificado dentro del orden del administrativo. Igualmente la Constitución y la ley contemplan el deber de las autoridades de garantizar el principio de contradicción, esto es, ofrecer al interesado la oportunidad para debatir los argumentos que las actuaciones administrativas les presenten y que las normas que rigen el derecho procesal son de obligatorio cumplimiento, y no son susceptibles de interpretación, modificación o inaplicación por parte del operador jurídico, en virtud de que garantiza el cumplimiento del principio de la igualdad ante la ley y se constituye en un mecanismo eficaz contra la arbitrariedad.

Cabe entonces preguntarnos, si lo citado se da cumplimiento en el proceso sancionatorio de la Superintendencia Nacional de Salud, y que concluye con la Resolución No 125 del 10 de agosto de 2009. Por una parte, dentro del probatorio que en razón de verdad única y exclusivamente fue aportado por la parte investigada, se puede corroborar sin mayor dilación, que Mallamas EPS-I en cumplimiento a lo dispuesto en fallo de tutela procede a autorizar el examen paraclínico de venografía selectiva con anestesia general, y los procedimientos de hospitalización y resincronización, muy a pesar que la misma interpretación clínica con relación a la aplicación del plan de beneficios para el POS-S en el Régimen Subsidiado y reglado por el mismo Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, nos permite establecer, que este procedimiento como tal estaba efectivamente excluido del aseguramiento directo toda vez que su característica principal era la de estar considerado como un procedimiento previo al diagnóstico y a su vez de tipo invasivo, consideración esta que fue atendida en principio por el médico auditor de nuestra Empresa y que en consideración posterior a la decisión judicial fue asumida en su totalidad por nuestra Organización. Probada entonces el cumplimiento del fallo de tutela, el funcionario instructor debió obrar en Derecho y con base a lo establecido en la norma procedimental proceder a al archivo del proveído por cuanto por sustracción del materia probatoria que justificara el cometido de la falta, no exigiría la posibilidad de llegar a un fallo sancionatorio cuando efectivamente en el transcurso de la investigación se ha controvertido a plenitud el pliego de cargo.

En este punto y hecho y apartándome un poco del análisis que se realiza del debido proceso y del Derecho de contradicción que debió ser de respeto por parte del instructor, es importante manifestar, que la manifestación voluntaria de los sujetos procesales es otra de las formalidades previstas dentro del debido proceso en el sentido de accionar ciertas actuaciones dadas dentro de la esfera procedimental o de renunciar a las mismas y por esta situación, no comparto el argumento taxativo expresado por el instructor de que Mallamas EPS-I guardo silencio frente a las solicitudes de explicación efectuadas por la antigua dirección de EPS y entidades prepago y así mismo allegar los descargos al auto No. 099 del 20 de mayo de 2009. Es decir, acaso el investigador subjetivamente no esta dando a priori un juicio de valores que se aparta del acervo probatorio existente? Si bien los descartativos dentro de la formulación de pliego de cargos o en la misma antesala de un fallo sancionatorio son herramientas dadas por la norma a fin de lograr el contradictorio por parte del investigado, esto no infiere que los mismos sean de recibo obligatorio y que su no acotación sea motivo de sanción, pues es sabido que en aquellos casos en los cuales dentro de la etapa de "previas" se ha podido demostrar la no ocurrencia de la conducta previamente tipificada, o que el investigado no lo hizo, o que su conducta no estuvo revestida de dolo, no es debate derivar la demostración del hecho mediante alegatos de parte, por cuanto precisamente la actuación del investigador ya lo ha determinado y procede entonces al archivo del proveído por cuanto no cabría desde el punto de vista jurídico la continuidad de una investigación sin sentido. Entonces, no es

6

Por medio de la cual se resuelve el recurso de apelación interpuesto por el doctor **FABIO EDMUNDO ENRIQUEZ MIRANDA** Representante Legal de la **ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD MALLAMAS EPS-I** identificada con el NIT. 837.000.084-5 contra la Resolución No. 125 del 10 de agosto de 2009.

factible establecer en el caso que nos ocupa, que la omisión acaso no demostrada por parte de la Directiva de Mallamas EPS-I en el sentido de no contradecir el auto No. 029 de 2009, sea motivo de amonestación y de conclusión previa que la conducta se cometió a cabalidad. No puedo dejar pasar por alto, que al ser considerado el proceso investigativo administrativo de la Superintendencia Nacional de Salud como de carácter sancionatorio, es imperativo que la conducta motivo de reproche por parte del ente de control del Estado debe ser atribuida a título de culpabilidad en el grado de dolo. Lo cual a mi modo de entender no ha podido ser demostrado dentro del proveído y en tal caso carente de uno de los elementos establecidos por la normatividad al establecer la endiligación de la culpa a favor del procesado y susceptible además de ser conducente o no de un fallo sancionatorio en concreto.

En este orden de ideas, y aportado las pruebas por parte de Mallamas EPS-I en el sentido de haber autorizado el examen paraclínico y los procedimientos dados en el fallo de tutela, no cabría, establecer como subjetivamente lo hace el instructor de primera instancia de la Superintendencia Nacional de Salud, la tipicidad de la conducta, por cuanto en la realidad no existió, y precisamente esto nos lleva a concluir, que dentro de las etapas probatoria y fallo jamás se tuvieron en cuenta las piezas probatorias aportadas con lo cual se contradice taxativamente el debido proceso y se atenta contra el Derecho de defensa, pues de haberlo hecho el proveído debería haber concluido con el archivo anticipado de la investigación. Acaso el funcionario instructor de la Superintendencia Nacional de Salud, indago con la afiliada ELENA MARÍA VARGAS la resolución de la situación que conllevo a la acción de tutela e incluso se solicito acaso una certificación incluso extraproceso al Juez de conocimiento sobre algún tipo de "Desacato" que conllevara a corroborar la ocurrencia de la conducta omisiva? Pues no, y en esto peca el Organismo de Control, por cuanto no se puede olvidar que la carga de la prueba corresponde al Estado, precisamente por ser como lo advertíamos un proceso sancionatorio, en el cual por obvias razones y por endilgarse un poder constitucional, quien debe de sancionar lo debe hacer con base en pruebas que fueron obtenidas con apego a la Constitución y la Ley y que posteriormente sufrieron el rigor del análisis hermenéutico por parte del sustanciado a fin precisamente de tener un sustento jurídico para poder sancionar. Cuando la actuación se estaría dando en base a supuestos fácticos como se puede corroborar en el caso que nos ocupa, la decisión vulnera los principios dados por la norma procedimental, atenta contra la constitución y la ley y en consecuencia los vicios de nulidad pueden ser abogados como efectivamente puede ser tratado en el presente recurso.

No olvidemos que el principio de contradicción y noción de parte implica la confrontación de criterios entre la Administración y los administrados antes de que ésta decida, de allí que las garantías jurídicas de los administrados exigen su participación efectiva en el procedimiento administrativo para exponer sus puntos de vista y con ello ejercer su derecho a la defensa, de los cual se deriva el derecho a formular alegaciones y a probar. Entonces si Mallamas EPS-I pudo corroborar que efectivamente fue autorizada la atención de la usuaria en razón de la queja que genera el controvertido, fácilmente podríamos manifestar que la prueba no fue tenida en cuenta por el instructor y apenas se evidencia que lo que si tuvo en efecto cuenta fue las circunstancias de hecho que en un comienzo genera la apertura preliminar de la investigación. Si esto no fuera así, caeríamos en la órbita de la subjetividad lo cual se encuentra proscrito dentro del panorama sancionatorio en nuestro País.

CUARTO.- En Sentencia C-540 de 2007, se aprecia: *"El desconocimiento en cualquier forma del derecho al debido proceso en un trámite administrativo, no sólo quebranta los elementos esenciales que lo conforman, sino que igualmente comporta una vulneración del derecho de acceso a la administración de justicia, del cual son titulares todas las personas naturales y jurídicas (C.P., art. 229), que en calidad de administrados deben someterse a la decisión de la administración, por conducto de sus servidores públicos competentes"* lo cual nos permite recalcar como sustento de

Por medio de la cual se resuelve el recurso de apelación interpuesto por el doctor **FABIO EDMUNDO ENRIQUEZ MIRANDA** Representante Legal de la **ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD MALLAMAS EPS-I** identificada con el NIT. 837.000.084-5 contra la Resolución No. 125 del 10 de agosto de 2009.

nuestro apelativo, es precisamente la inobservancia de los elementos propios del proceso y la falta de apego a los principios que rigen precisamente la actuación y que por ordenamiento constitucional deben ser de aprecio de los funcionarios con facultad para investigar y sancionar. En este orden de ideas el Estado en su función de vigilancia y control no puede arbitrariamente asumir unas conductas que conlleven a un resultado sin que obre de por medio el agotamiento de cada una de las etapas previstas en la ley. Es importante determinar, que el objetivo final del proceso administrativo a cargo de un Organismo de vigilancia superior, no es el de lograr una sanción a toda costa, por cuanto en nuestro ámbito de Derecho Impera el principio de la buena fe y de presunción de inocencia y es por ello, que a todas luces, los funcionarios que desarrollan las facultades investigativas deberán hacer uso de la filosofía misma del contenido procesal y sustraer la esencia misma de los principios que regulan el contexto de abordaje y conducción de la instrucción, a fin de garantizar precisamente los preceptos constitucionales que a la postre forman parte de aquellos Derechos fundamentales y que redundan en el reconocimiento de la dignidad humana de todo ciudadano a lo largo y ancho de nuestro territorio.

QUINTO,- Permítame ahora hacer referencia a un aspecto de importancia suprema dentro de los procesos sancionatorios como es el caso el mostrado en el proveído por parte de la Superintendencia Nacional de Salud: "La carga de la prueba" que al parecer no fue de uso por parte del Instructor cuando bien lo señalábamos es potestativo exclusivo y obligatorio para el Estado y por ende para quien ejerce funciones de investigador dentro de un proceso reglado. En primer término Al definir lo que se entiende por prueba, JESÚS GONZÁLEZ PÉREZ ha expresado que con ella se designan realidades muy distintas. Así, en algunos casos, ella se refiere a la actividad encaminada a probar ciertos hechos; en otros, contempla los instrumentos que llegan a producir la convicción del juez acerca del hecho que se prueba; y en otras, es el resultado de las operaciones por las cuales se obtiene la convicción del juez con el empleo de aquellos instrumentos. La actividad probatoria tiende a convencer al juez de la existencia o inexistencia de los datos procesales que han de servir de fundamento a la decisión del proceso.

FRAGA PITALUGA, citando a GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO señala que la prueba constituye una actividad procesal dirigida a la aportación al proceso de datos lógicos convincentes respecto a su exactitud y certeza. Se trata de una actividad procesal impulsada por las partes o incluso por el Tribunal, tendente a obtener el conocimiento del juzgador acerca de la concordancia con lo realmente acaecido de las afirmaciones fácticas realizadas por las partes y, excepcionalmente, por el propio órgano judicial, que integran el objeto del proceso, o a lograr su fijación en la premisa menor de la sentencia.

Por otro lado, JOSÉ ARAUJO JUÁREZ sostiene que la noción de prueba no puede desvincularse del hecho, cosa o acto sobre el cual versa (materialidad), de su actividad demostrativa, del medio o procedimiento de comprobación (acto jurídico) y del conocimiento que aporta esa actividad (subjetividad). Por su parte, HENRIQUE MEIER señala que en materia administrativa, la acción probatoria no es otra cosa que la actividad probatoria desarrollada por la Administración, por los administrados o terceros, dirigida a llevar al expediente los elementos de juicio con los que se ha de verificar la exactitud o inexactitud de las afirmaciones sobre los hechos y que han de servir de fundamento a la resolución del procedimiento.

Ahora bien, si apreciamos el proceso sancionatorio adoptado por norma por la Superintendencia Nacional de Salud, podremos traer a colación, que este debe ser interpretado desde el punto de vista del sistema inquisitivo y en consecuencia el instructor o funcionario competente para llevar a cabo el proceso, desempeña un papel más activo en la búsqueda de la prueba, convirtiéndose en investigador de la verdad y conductor del proceso. Ejemplo de ello es la posibilidad del instructor en el contencioso-administrativo de actuar de oficio cuando la Ley se lo autoriza expresamente, otro caso sería la facultad de la que están investidos los competentes para solicitar informaciones o para hacer evacuar las pruebas que

Por medio de la cual se resuelve el recurso de apelación interpuesto por el doctor **FABIO EDMUNDO ENRIQUEZ MIRANDA** Representante Legal de la **ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD MALLAMAS EPS-I** identificada con el NIT. 837.000.084-5 contra la Resolución No. 125 del 10 de agosto de 2009.

consideren pertinentes. No obstante, como bien lo señala BOSCAÑ DE RUESTA, este poder inquisitivo del instructor no es limitado desde que al funcionario le está vedado suplir de oficio alegatos o defensas de las partes. Ciertamente, el Juez está sujeto al deber de congruencia que lo obliga a atenerse, exclusivamente, a lo alegado y probado en autos, por consiguiente, su facultad para solicitar de oficio información o evacuar pruebas deberá estar relacionado con las cuestiones controvertidas por las partes.

El principio de la carga de la prueba establece que, la parte que invoca a su favor una norma jurídica, tiene la carga de probar los hechos que sirven de presupuesto para la aplicación de esa norma). En los procedimientos administrativos, esta regla se modifica en perjuicio del recurrente, puesto que es a éste a quien le corresponde probar y desvirtuar la presunción de legalidad del acto administrativo. En efecto, los actos dictados por la Administración gozan de una presunción de legitimidad conforme a la cual se estima que los mismos se encuentran apegados a derecho hasta que no se demuestre lo contrario, de allí que, para enervar sus efectos corresponderá al accionante producir la prueba en contrario de esa presunción. No obstante ello, en algunos casos, dependiendo del vicio que se alegue, se invierte la carga de la prueba y es a la Administración a quien le corresponderá probar la legalidad del acto por ella dictado, como es el caso en el cual discurre el proceso de investigación apropiado por la Superintendencia Nacional de Salud.

Si hubiere lugar como efectivamente lo corroboramos en el proceso en cuestión, ante la falta de prueba que permita efectivamente enlugar una conducta típica en contra de la Directiva de Mallamas EPS-I y que a su vez en caso de darse esa conducta tenga la comisión a título de dolo, el funcionario instructor de segunda instancia deberá hacer acotación de lo establecido en el "in dubio prorecurrante" que no es otra cosa que un principio imperante en todo Estado de Derecho en donde el instructor deberá decidir a favor del recurrente si la administración no prueba los hechos que sirvieron de fundamento al acto recurrido.

Es necesario además precisar que por orden jurisprudencial, al proceso administrativo concurren los principios del proceso ordinario previsto dentro del código de procedimiento civil y cabe destacar aquel manifestado en su Art. 395 donde se precisa, que los hechos sobre los cuales debe fundarse la decisión judicial, deben estar demostrados con pruebas aportadas al proceso por cualquiera de los interesados o por el juez, sin que dicho funcionario pueda suplirlas con el conocimiento privado que los hechos sobre los cuales debe fundarse la decisión administrativa, deben estar demostrados con pruebas aportadas al proceso por cualquiera de los interesados o por el investigador, sin que dicho funcionario pueda suplirlas con el conocimiento privado que tenga sobre ellos, de acuerdo a lo previsto en la doctrina referente al Código de Procedimiento Civil, sobre la imposibilidad de que el investigador use su conocimiento privado, traemos a colación lo manifestado sobre el actuar del juez dentro del proceso contencioso-administrativo: *"El conocimiento privado del juez es aquello que él sabe y que no está en el expediente; la solución clásica es que no puede usar su conocimiento privado para resolver una cuestión, sin perjuicio de que pueda ordenar medidas para mejor proveer, inquisitorias o de oficio, para introducir al expediente bajo el control de las partes, su conocimiento privado. De este modo y no de otro, puede llevarlo a la sentencia"* En idéntico sentido se pronuncia el profesor DEVIS HECHANDÍA quien señala que el juez puede hacer uso del conocimiento privado que tenga sobre los hechos relacionados con el proceso que sustancia a fin de ordenar de oficio la producción de pruebas dirigidas a acreditarlos. Como bien lo señala el mencionado autor, *"una cosa es que el juez llegue al conocimiento directo de los hechos por su iniciativa probatoria, y otra que sin necesidad de pruebas declare un hecho porque lo conoce privadamente"*.

En tal sentido podemos concluir que el instructor del proceso administrativo de la Superintendencia Nacional de Salud debió considera la prueba como el

Por medio de la cual se resuelve el recurso de apelación interpuesto por el doctor **FABIO EDMUNDO ENRIQUEZ MIRANDA** Representante Legal de la **ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD MALLAMAS EPS-I** identificada con el NIT. 837.000.084-5 contra la Resolución No. 125 del 10 de agosto de 2009.

medio aceptado por el legislador para llegar a una conclusión para llegar a una conclusión sobre los hechos que dieron origen a la apertura de la investigación como tal; es decir, si el investigado aportó en su debida forma la prueba conducente a desvirtuar el hecho investigado, no podría omitir su valoración y sostener su tesis con exclusividad a la referencia de la queja por cuanto la misma en su momento fue resuelta favorablemente en la forma prescrita por el facultativo médico. Si esto no ocurrió, la vulnerabilidad de los principios de Derecho es más que evidente. A esto debo sumarle la necesidad que tiene el instructor de lograr la unidad de la prueba, que no es otra cosa que una vez aportada por las partes un medio probatorio, este va a conformar un todo unívoco con las demás probanzas del expediente que constituye la materia probatoria sobre la que se basará la decisión final.

Como bien se puede apreciar en el acápite alusivo a las piezas procesales, en el fallo contenido en la Resolución 125 de 2009, el análisis que el instructor hace de las mismas es inexistente y solo se traduce en una afirmación manifiesta de encontrar probada la existencia de los hechos que originaron el auto de apertura de investigación No. 099 del 20 de mayo de 2009 a cargo de la entidad promotora de salud Mallamas EPS-I sin que en la realidad y junto a la veracidad de los hechos demostrados por el investigado hubiere tenido ocurrencia. Acorde a lo establecido en CPC, investigador debe valorar las pruebas según la regla de la sana crítica -salvo que exista una regla legal expresa. Así mismo, el instructor debe analizar todas las pruebas que se hayan producido, aún aquellas que a su juicio no fueran idóneas para ofrecer algún elemento de convicción.

SEXTO.- El tratadista Jaime GUASP nos enseña que el objeto de la prueba lo constituyen los mismos datos que integran el contenido de las alegaciones procesales. Existe entonces una identificación de principio entre objeto de la prueba y objeto de la alegación aunque, como bien lo señala, puede ocurrir que el dato no alegado sea probado directamente o que no se admita o sea innecesaria la prueba de una alegación.

LIEBMAN, por su parte, define el objeto de la prueba como los hechos de la causa, es decir, todas las circunstancias de hecho alegadas por las partes como fundamento de sus demandas o excepciones, no obstante, como lo reconoce el autor, esta afirmación está sujeta a ciertas limitaciones desde que no todos los hechos son objeto de prueba. La prueba es una de las actividades en que se descompone la instrucción del proceso, así como bien lo señala GONZÁLEZ PÉREZ, el objeto de la prueba es el dato de cuya existencia o inexistencia debe convencer al investigador la parte sobre la que recae la carga de probar. Igualmente expresa que cuando la doctrina se preocupa por el objeto de la prueba, suele distinguirse entre los datos sobre lo que es necesaria la prueba y los datos sobre los cuales existe derecho a probar; sólo la falta de prueba de los primeros implicará los perjuicios de no haber cumplido con la carga de la prueba.

En el proceso contencioso administrativo el objeto de la prueba está integrado por los datos que conforman el contenido de las alegaciones procesales, generalmente dirigidas a demostrar la nulidad de un acto. El tratadista Jaime GUASP nos enseña que el objeto de la prueba lo constituyen los mismos datos que integran el contenido de las alegaciones procesales. Existe entonces una identificación de principio entre objeto de la prueba y objeto de la alegación aunque, como bien lo señala, puede ocurrir que el dato no alegado sea probado directamente o que no se admita o sea innecesaria la prueba de una alegación.

Por último debo recordar, que por razones vinculadas al objeto quedan fuera del tema de la prueba las llamadas presunciones de ley que eximen de toda carga probatoria a los favorecidos por ellas y que pueden ser desvirtuadas por prueba en contrario.

Por medio de la cual se resuelve el recurso de apelación interpuesto por el doctor **FABIO EDMUNDO ENRIQUEZ MIRANDA** Representante Legal de la **ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD MALLAMAS EPS-I** identificada con el NIT. 837.000.084-5 contra la Resolución No. 125 del 10 de agosto de 2009.

SÉPTIMO.- En sentencia de la Corte Suprema de Justicia del 14 de agosto de 1989, se afirmó que: *"Si bien en virtud de la presunción de legalidad de los actos administrativos sería, en principio, al recurrente a quien correspondería destruir tal presunción comprobando los vicios de ilegalidad que esgrime adolecen los actos impugnados, sin embargo, si se trata de procedimientos sancionatorios y de pérdida de derechos, cuando se requiere de la Administración que suministre la demostración de los motivos o presupuestos de hecho de la decisión administrativa impugnada, la Administración soporta la carga de la prueba y al recurrente sólo le toca alegar que el órgano administrativo no cumplió con el procedimiento legalmente previsto o que incurrió en falta para que la Administración se vea obligada a presentar la prueba contraria a la justificación de su actuación". Así, como se señaló, cuando se trate de procedimientos sancionatorios se invierte la carga de la prueba a favor del recurrente, pues es a la Administración a quien corresponde probar que el procedimiento seguido se ajustó completamente a derecho. (Art 37 Numeral 4, 179, y 180 del CPC)*

OCTAVO.- El Consejo de Estado en su sala de lo contencioso administrativo mediante sentencia No. 20001-23-31 del 16 de noviembre de 2001, determino: " la carga procesal es una situación jurídica instituida en la ley, consistente en el requerimiento de una conducta de realización facultativa normalmente establecida en interés del propio sujeto y cuya omisión trae aparejada una consecuencia gravosa para él" También lo es lo que los Arts. 37, 179 y 180 del Código de procedimiento civil, aplicables en materia contenciosa administrativa por mandato expreso del Art. 267 del C.C.A, muestran que la actuación del juez en el campo de la prueba debe tener presente el principio inquisitivo, el cual le impone a dicho funcionario el deber de esclarecer oficiosamente la realidad fáctica en litigio, para garantizar de esa manera que sus decisiones de fondo sean adoptadas de forma justa Resulta así que el cometido del juez no puede quedarse en la simple aplicación de las leyes ante un material probatorio dado, sin probabilidad alguna, motu proprio, de adelantar inquisiciones propias que lo lleven a formar su conciencia y a adquirir el grado de convicción necesario para desatar el litigio planteado. El juez tiene la misma iniciativa, o incluso una mas amplia frente a el debate probatorio que la propia de los extremos en litigio, pues a el no lo mueven intereses privados como a las partes, sino una publica, de mayor jerarquía, cual es la realización de la justicia, como fin esencial del Estado. (Negritas y subrayado fuera de texto)

NOVENO.- Llama además la atención que el Instructor de primera instancia al momento de "dosificar" la sanción mediante aplicación de lo establecido en el Art. 45 de la ley 795 de 2003, no hace la valoración de la conducta y por ende no encasilla el resultado final propio de la conducta bien por acción u omisión, y sin dar mayor detalles procede a establecer una sanción. Es claro, que en razón a lo referenciado en los ordinales manifiestos por el investigador, nos hace pensar, que la totalidad de los mismos que guardan características especiales para dosificar una sanción, fueron percibidos en el caso en estudio, lo cual compromete la objetividad de la valoración y más aun corrobora lo señalado con antelación al establecer que durante el proceso no se respetaron las garantías propias del debido proceso, máxime cuando el resultado aludido en la parte motiva de la resolución sancionatoria no tubo ocurrencia en la realidad y por el contrario fue desvirtuada de manera contundente con las pruebas aportadas por la Directiva de Mallamas EPS-I.

DÉCIMO.- La Procuraduría General de la República en repetidas ocasiones al hacer alusión al proceso sancionatoria ha dicho: "Los principios contenidos en el artículo 29 de la Constitución, y en los tratados de derechos humanos arriba citados, tienen como finalidad preservar el debido proceso. En virtud de ellos, la presunción de inocencia sólo puede ser desvirtuada mediante una mínima y suficiente actividad probatoria por parte de las autoridades represivas del Estado, de modo tal que toda disposición que establezca presunción de culpa o dolo para la imposición de una sanción, sea ésta de

Por medio de la cual se resuelve el recurso de apelación interpuesto por el doctor **FABIO EDMUNDO ENRIQUEZ MIRANDA** Representante Legal de la **ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD MALLAMAS EPS-I** identificada con el NIT. 837.000.084-5 contra la Resolución No. 125 del 10 de agosto de 2009.

carácter penal o administrativo, y deje en cabeza del presunto infractor la carga de desvirtuarla, hace nugatorio el núcleo esencial de dicho derecho fundamental (subrayado y negrilla fuera de texto)

"De otra parte, la legislación preconstitucional contencioso administrativa recoge en sus principios orientadores la imparcialidad, publicidad y contradicción de todas las actuaciones administrativas (D. 001 de 1984, art. 3º). La potestad sancionatoria de la administración debe ceñirse a los principios generales que rigen las actuaciones administrativas, máxime si la decisión afecta negativamente al administrado privándolo de un bien o de un derecho: revocación de un acto favorable, imposición de una multa, pérdida de un derecho o de una legítima expectativa, modificación de una situación jurídica de carácter particular y concreto, etc. En tales casos, la pérdida de la situación jurídico-administrativa de ventaja debe ser consecuencia de una conducta ilegal y culposa cuya sanción sea impuesta al término de un procedimiento en el que esté garantizada la participación del sujeto y el ejercicio efectivo de su derecho de defensa." (Subrayado fuera del original)

ONCE.- Quedaría por lo tanto mostrado dentro del presente memorial de recusación, que el trámite instaurado por el funcionario investigador de la Superintendencia Nacional de Salud, quebrantaría los principios anteriormente acotados y en consecuencia existiría una vulneración del debido proceso con lo cual sus argumentos sancionatorios serían motivo de nulidad desde el mismo auto de apertura de investigación y que deberá ser tenido en cuenta por la instrucción en primera instancia al momento de resolver el recurso de reposición o en subsidio por el funcionario competente en segunda instancia al momento de resolver el recurso subsidiario de apelación. Ahora bien, en caso de no ser de aceptación nuestra pretensión, el instructor deberá adoptar la figura del archivo del proveído pues el acervo probatorio mostrado dentro del expediente, conllevan a concluir que la queja instaurada con motivo de la supuesta omisión en la autorización para prestar un servicio de salud a favor de la señora ELENA MARÍA VARGAS en la realidad fue subsanada dentro del formalismo que se tiene previsto para este tipo de requerimiento con relación a determinados procedimientos de índole clínico dentro del sistema general de seguridad social en salud.

PRETENSION

Por lo anteriormente referido solicito respetuosamente ante el funcionario de primera instancia recurrir el contenido de la Resolución 125 del 10 de agosto de 2009 por los motivos expuestos dentro del presente petitorio y en consecuencia ordenar la nulidad de lo proveído y proceder a ordenar el archivo definitivo de la investigación. En segunda instancia ante la negativa de aceptar esta pretensión, la apelación tendrá por objetivo se tenga en cuenta los manifiestos expuestos, el acervo probatorio ofrecido dentro del proceso y los aportados con el petitorio y se proceda en consecuencia a la anulación de lo actuado o al archivo definitivo de la instrucción adelantada de manera definitiva. Con la resolución de los recursos se entenderá surtido el agotamiento de la vía gubernativa.

5. CONSIDERACIONES DEL DESPACHO

El memorial que contiene el recurso de reposición y, en subsidio el de apelación fue presentado en el término legal y con el lleno de los requisitos exigidos por los artículos 51 y 52 del Código Contencioso Administrativo en armonía con el artículo 29 de la Constitución Política. En consecuencia, entra esta instancia a resolver lo de su cargo respecto al recurso de apelación incoado contra el acto administrativo de sanción.

6

Por medio de la cual se resuelve el recurso de apelación interpuesto por el doctor **FABIO EDMUNDO ENRIQUEZ MIRANDA** Representante Legal de la **ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD MALLAMAS EPS-I** identificada con el NIT. 837.000.084-5 contra la Resolución No. 125 del 10 de agosto de 2009.

5.1. Principios del Sistema General de Seguridad Social en Salud

El artículo 153 de la Ley 100 de 1993 estableció las reglas rectoras del Sistema General de Seguridad Social en Salud entre las cuales encontramos:

1. **Equidad.** El Sistema General de Seguridad Social en Salud proveerá gradualmente servicios de salud de igual calidad a todos los habitantes en Colombia, independientemente de su capacidad de pago. Para evitar la discriminación por capacidad de pago o riesgo, el Sistema ofrecerá financiamiento especial para aquella población más pobre y vulnerable, así como mecanismos para evitar la selección adversa.
2. **Obligatoriedad.** La afiliación al Sistema General de Seguridad Social en Salud es obligatoria para todos los habitantes en Colombia. En consecuencia, corresponde a todo empleador la afiliación de sus trabajadores a este Sistema y del Estado facilitar la afiliación a quienes carezcan de vínculo con algún empleador o de capacidad de pago.
3. **Protección Integral.** El Sistema General de Seguridad Social en Salud brindará atención en salud integral a la población en sus fases de educación, información y fomento de la salud y la prevención, diagnóstico, tratamiento y rehabilitación, en cantidad, oportunidad, calidad y eficiencia de conformidad con lo previsto en el artículo 162 respecto del Plan Obligatorio de Salud.
4. **Libre escogencia.** El Sistema General de Seguridad Social en Salud permitirá la participación de diferentes entidades que ofrezcan la administración y la prestación de los servicios de salud, bajo las regulaciones y vigilancia del Estado y asegurará a los usuarios libertad en la escogencia entre las Entidades Promotoras de Salud y las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud, cuando ello sea posible según las condiciones de oferta de servicios. Quienes atenten contra este mandato se harán acreedores a las sanciones previstas en el artículo 230 de esta Ley.
5. **Autonomía de instituciones.** Las instituciones prestadoras de servicios de salud tendrán, a partir del tamaño y complejidad que reglamente el gobierno, personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio independiente, salvo los casos previstos en la presente Ley.
6. **Descentralización administrativa.** La organización del Sistema General de Seguridad Social en Salud será descentralizada y de ella harán parte las direcciones seccionales, distritales y locales de salud. Las instituciones públicas del orden nacional que participen del sistema adoptarán una estructura organizacional, de gestión y de decisiones técnicas, administrativas y financieras que fortalezca su operación descentralizada.
7. **Participación social.** El Sistema General de Seguridad Social en Salud estimulará la participación de los usuarios en la organización y control de las instituciones del Sistema General de Seguridad Social en Salud y del sistema en su conjunto. El Gobierno Nacional establecerá los mecanismos de vigilancia de las comunidades sobre las entidades que conforman el sistema. Será obligatoria la participación de los representantes de las comunidades de usuarios en las juntas directivas de las entidades de carácter público.
8. **Concertación.** El sistema propiciará la concertación de los diversos agentes en todos los niveles y empleará como mecanismo formal para ello a los Consejos Nacional, departamentales, distritales y municipales de Seguridad Social en Salud.
9. **Calidad.** El sistema establecerá mecanismos de control a los servicios para garantizar a los usuarios la calidad en la atención oportuna, personalizada, humanizada, integral, continua y de acuerdo con estándares aceptados en procedimientos y práctica profesional. De acuerdo con la reglamentación que expida el gobierno, las Instituciones

Por medio de la cual se resuelve el recurso de apelación interpuesto por el doctor **FABIO EDMUNDO ENRIQUEZ MIRANDA** Representante Legal de la **ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD MALLAMAS EPS-I** identificada con el NIT. 837.000.084-5 contra la Resolución No. 125 del 10 de agosto de 2009.

Prestadoras deberán estar acreditadas ante las entidades de vigilancia. (Negrilla fuera de texto)

De esta manera es importante resaltar que lo que pretende el Sistema General de Seguridad Social en Salud es una protección integral al ciudadano contra la serie de riesgos y patologías que puedan presentarse, de una manera eficaz y oportuna, siendo la salud un derecho inalienable de la persona como ser humano y conexo con la vida que es un derecho inherente y fundamental en nuestro estado social de derecho.

5.2. De las funciones de las EPS-I dentro del SGSSS

El Sistema General de Seguridad Social en Salud plantea que podrán administrar los subsidios de los Pueblos Indígenas, las Entidades autorizadas para el efecto, previo cumplimiento de los requisitos exigidos por la ley. Las autoridades de Pueblos Indígenas podrán crear Administradoras Indígenas de Salud de conformidad con los siguientes presupuestos:

- a) Afiliar a indígenas y población en general beneficiarios del régimen subsidiado de Seguridad Social en Salud;
- b) El número mínimo de afiliados con los que podrán operar las Administradoras Indígenas de Salud (ARSI), será concertado entre el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud (CNSSS) y los Pueblos Indígenas teniendo en cuenta sus especiales condiciones de ubicación geográfica y número de habitantes indígenas en la región, de los cuales por lo menos el 60% deberá pertenecer a Pueblos Indígenas tradicionalmente reconocidos;
- c) Disponer de un patrimonio mínimo equivalente al valor de ciento cincuenta (150) SMLMV (salarios mínimos legales mensuales vigentes) por cada cinco mil (5.000) subsidios administrados.

Con el Decreto 330 del 27 de febrero de 2001, se expiden normas para la constitución y funcionamiento de Entidades Promotoras de Salud, conformadas por cabildos y/o autoridades tradicionales indígenas, establece los requisitos para la constitución y funcionamiento de las Entidades Promotoras de Salud Indígenas, estableciendo entre otros aspectos lo siguiente:

Para organizar y garantizar la prestación de los servicios incluidos en el POS-S, los cabildos y/o autoridades tradicionales indígenas, podrán conformar Entidades Promotoras de Salud, EPS, con personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa, previo el cumplimiento de los siguientes requisitos:

- a) Establecer de manera expresa en sus Estatutos que su naturaleza es la de ser una Entidad Promotora de Salud que administra recursos del Régimen subsidiado del Sistema General de Seguridad Social en Salud;
- b) Constituir una cuenta independiente del resto de las rentas y bienes de cabildos y/o autoridades tradicionales indígenas;
- c) Estar debidamente autorizada por la Superintendencia Nacional de Salud, previo el cumplimiento de los requisitos establecidos en el presente decreto para administrar los recursos del Régimen Subsidiado del Sistema General de Seguridad Social en Salud;
- d) Las Administradoras del Régimen Subsidiado Indígenas que existan actualmente, como las Entidades Promotoras de Salud Indígenas que en el futuro se constituyan, deberán contar para su funcionamiento, con un número mínimo de 20.000 afiliados

Por medio de la cual se resuelve el recurso de apelación interpuesto por el doctor **FABIO EDMUNDO ENRIQUEZ MIRANDA** Representante Legal de la **ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD MALLAMAS EPS-I** identificada con el NIT. 837.000.084-5 contra la Resolución No. 125 del 10 de agosto de 2009.

Indígenas, sin exceder de un 10% de la población afiliada no indígena, a partir del año siguiente de la vigencia del presente decreto.

PARÁGRAFO. Las Entidades Promotoras de Salud, EPS Indígenas, que administren recursos del régimen subsidiado del Sistema General de Seguridad Social en Salud, deberán acreditar para su funcionamiento a partir del 1o. de abril del año 2003, un mínimo de 50.000 personas afiliadas.

ARTÍCULO 2. OBJETO SOCIAL. Las Entidades Promotoras de Salud, EPS Indígenas, tendrán como objeto garantizar y organizar la prestación de los servicios incluidos en el Plan Obligatorio de Salud Subsidiado POS-S. En consecuencia deberán afiliar y carnetizar a la población beneficiaria de subsidios en salud en los términos establecidos por las normas vigentes y administrar el riesgo en salud de los miembros de sus comunidades.

ARTÍCULO 3. COBERTURA. Con el fin de proteger la unidad étnica y cultural de los pueblos indígenas, las Entidades Promotoras de Salud, EPS Indígenas, serán autorizadas por la Superintendencia Nacional de Salud para operar en todo el territorio nacional, de acuerdo con lo establecido en el presente decreto.

ARTÍCULO 4. CAPITAL SOCIAL. Las Entidades Promotoras de Salud, EPS Indígenas, a que se refiere el presente decreto, serán autorizadas por la Superintendencia Nacional de Salud para afiliar a beneficiarios del régimen subsidiado, con el objetivo de garantizar la prestación del POS-S, cuando acrediten mediante contador público, un capital social equivalente a 250 salarios mínimos por cada 5.000 afiliados. Este capital social podrá estar compuesto por los aportes de las comunidades, las donaciones recibidas y los excedentes que logre capitalizar.

De lo anterior se infiere que se les ha reconocido a las comunidades indígenas un área como la salud máxime si de lo que se trata es del respeto de sus usos y costumbres. La salud no se reduce a ser una forma terapéutica de preservar la salud sino también entraña una manifestación cultural. El país ha suscrito diversos convenios y declaraciones de carácter internacional que comprometen su responsabilidad, no sólo en la protección de la vida y los bienes físicos de esta comunidad, sino también de la salud.

5.3. De las enfermedades cardíacas.

Mediante el Acuerdo 306 de 2005 "por la cual se define el Plan Obligatorio de Salud del Régimen Subsidiado" el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, quiso aclarar, precisar y compilar los contenidos del Plan Obligatorio de Salud del régimen subsidiado en los esquemas de subsidios plenos y de subsidios parciales, garantizando la atención en salud a todos los afiliados en los casos de enfermedades cardíacas incluyendo actividades y procedimientos de Cardiología para diagnóstico, control y tratamiento en los casos que se requieran.

Ahora bien, el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud actualizó el Manual de Medicamentos del Plan Obligatorio de Salud indicando que los medicamentos son un conjunto básico dentro del Plan Obligatorio de Salud y deben ser suministrados por las Entidades Promotoras de Salud del Régimen Contributivo y Subsidiado, bajo los criterios de calidad y oportunidad que se establezca por el Ministerio de la Protección Social, así las cosas y de conformidad con estudios realizados se ha establecido que las enfermedades cardíacas se han constituido en la principal causa de muerte en algunos sectores de la población, razón por la cual se han venido implementado herramientas para que las personas que padecen estas enfermedades le sean garantizados en su totalidad sus derechos fundamentales.

6

Por medio de la cual se resuelve el recurso de apelación interpuesto por el doctor **FABIO EDMUNDO ENRIQUEZ MIRANDA** Representante Legal de la **ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD MALLAMAS EPS-I** identificada con el NIT. 837.000.084-5 contra la Resolución No. 125 del 10 de agosto de 2009.

5.4. Análisis del asunto en estudio

Ahora bien, una vez recreado el anterior escenario jurídico, este Despacho procederá a resolver el recurso de alzada interpuesto contra la Resolución No. 125 del 10 de agosto de 2009 de la siguiente forma:

5.4.1 Autorización del procedimiento.

De conformidad con lo expuesto por el recurrente en el sentido de que una vez notificada la decisión judicial a la **EPS-I MALLAMAS**, autorizó la realización de los servicios solicitados, esta Instancia considera pertinente traer a colación el artículo 3 del Acuerdo No. 306 de 2005 que para el efecto establece:

3. Atenciones de Alto Costo: Garantiza la atención en salud a todos los afiliados en los siguientes casos:

3.1. Casos de pacientes con diagnóstico de enfermedades cardíacas: de aorta torácica y abdominal, vena cava, vasos pulmonares y renales, de cualquier etiología y en cualquier grupo de edad que requieran atención quirúrgica, incluyendo actividades y procedimientos de Cardiología y Hemodinámica para diagnóstico, control y tratamiento en los casos que se requieran, así como la atención hospitalaria de los casos de infarto agudo de miocardio.

La cobertura se establece a partir de la prescripción del procedimiento por parte del especialista e incluye:

¿ En la fase preoperatoria, las actividades, procedimientos e intervenciones de complementación diagnóstica necesarias para la determinación de riesgos quirúrgicos y/o anestésicos.

¿ En la fase postoperatoria, el manejo ambulatorio y hospitalario por parte de la especialidad tratante de las complicaciones del procedimiento y de las complicaciones anestésicas por el anestesiólogo, y termina cuando el paciente es dado de alta para el evento quirúrgico respectivo.

Igualmente están cubiertas:

¿ La reprogramación de marcapasos durante los primeros treinta (30) días posteriores al egreso.

¿ La prótesis endovascular Stent Coronario Convencional no recubierto.

¿ La cardiectomía del donante y el transporte o preparación del órgano en los casos de trasplante de corazón.

¿ Las actividades, intervenciones y procedimientos de medicina física y rehabilitación cardíaca para los casos quirúrgicos contemplados.

Si bien es cierto la EPS investigada una vez conoció el fallo de tutela emitió las correspondientes autorizaciones para que se le prestaran los servicios requeridos a la señora **ELENA MARÍA VARGAS**, también lo es, que dicho tratamiento se encuentra dentro de las coberturas del POS-S de conformidad con el Acuerdo referenciado, situación esta que reprocha este Organismo de Inspección, Vigilancia y Control, por cuanto la señora **VARGAS** tuvo que acudir a un estrado judicial a que un Juez ordenara la protección de sus derechos fundamentales como son la salud, la vida y la dignidad amenazados por la actitud asumida por la EPS-I.

Por medio de la cual se resuelve el recurso de apelación interpuesto por el doctor **FABIO EDMUNDO ENRIQUEZ MIRANDA** Representante Legal de la **ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD MALLAMAS EPS-I** identificada con el NIT. 837.000.084-5 contra la Resolución No. 125 del 10 de agosto de 2009.

No entiende esta Superioridad, cómo es que la EPS desconoce la normatividad que regula el SGSSS, cuando lo que está en juego es la salud y la vida de un ser humano que se ve obligado a solicitar auxilio al poder judicial para aliviar su dolor y desesperanza ante la enfermedad que lo aqueja, cuando el procedimiento requerido, según el Acuerdo 306 de 2005 expedido por el Consejo Nacional de Seguridad Social se encuentra dentro del POS-S.

Adicionalmente, a esta Instancia le llama la atención la afirmación del doctor **FABIO ENRIQUEZ MIRANDA**, Representante Legal de la EPS investigada, por cuanto reconoce y aceptando que con ocasión del fallo de tutela le fueron autorizados los servicios solicitados por la señora **VARGAS**, quien en vista de que su EPS le estaba vulnerando sus derechos fundamentales acudió a un Juez Constitucional para que los protegiera, máxime cuando la EPS tenía la obligación de autorizar los procedimientos incluidos en el POS-S.

Por lo expuesto, se despacha de forma desfavorable la argumentación propuesta por el recurrente.

5.4.2. Debido Proceso.

El apelante aduce que el debido proceso es una garantía que tienen los sujetos procesales el cual debe ser acogido en toda actuación administrativa y por lo tanto todas las decisiones que tomen las autoridades deben garantizar al imputado el derecho de defensa y contradicción y de esta manera el principio de la presunción de inocencia, el que podrá ser desvirtuado mediante las pruebas que se aporten en el juicio. De esta manera, las situaciones de controversia requieren de una regulación jurídica.

En primer término, y respecto a lo anterior este Despacho debe precisar que la actividad de los funcionarios tiene y ha tenido por objeto, el cumplimiento de los cometidos estatales, la adecuada prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados, reconocidos por la ley, filosofía propia de nuestro ordenamiento constitucional. En tal sentido el artículo 3 del Código Contencioso Administrativo relaciona los principios orientadores con los cuales desarrolla su acción.

El artículo 29 de la Constitución Política exige que todo juzgamiento se lleve a cabo con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio. Entre éstas, que son señaladas por la ley, está la posibilidad de impugnar las determinaciones que se van adoptando en el curso del trámite procesal o al finalizar el mismo, siempre y cuando se agote y se surta el procedimiento indicado por la ley para tal efecto, esto es, con las ritualidades procedimentales tipificadas por el legislador.

Con relación al principio del debido proceso, la Corte Constitucional en la Sentencia C-491 de 26 de septiembre de 1996 expresó:

“DEBIDO PROCESO - Formas propias de cada juicio

La garantía constitucional del debido proceso incluye, como elemento determinante, el de la obligatoriedad de las formas propias de cada juicio.

Se trata de asegurar que, en todos los trámites judiciales o administrativos, se apliquen las normas previamente definidas por la ley para el tipo de asunto materia de examen, con el objeto de que quien acude a los jueces -ó a la administración, en su caso-, o es llamado por ellos, no sea sorprendido por

Por medio de la cual se resuelve el recurso de apelación interpuesto por el doctor **FABIO EDMUNDO ENRIQUEZ MIRANDA** Representante Legal de la **ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD MALLAMAS EPS-I** identificada con el NIT. 837.000.084-5 contra la Resolución No. 125 del 10 de agosto de 2009.

nuevas disposiciones, ni sea tratado de manera diferente a aquella en que lo son quienes se encuentran en sus mismas circunstancias.¹

Se preserva así el valor de la seguridad jurídica y se hacen valer los postulados de la justicia y de la igualdad ante la ley.

El precepto constitucional, sin embargo, no se puede interpretar en el sentido que las reglas legales plasmadas para los distintos procesos sean inmodificables, pues, de conformidad con los numerales 1 y 2 del artículo 150 de la Carta, el legislador tendrá siempre las posibilidades de introducir en ellas las variaciones y adaptaciones que estime indispensables. Lo que la Constitución exige es la observancia de la normatividad en el curso de los procesos y en modo alguno la petrificación de ella.

El artículo 228 de la Constitución establece que la Administración de Justicia es una función pública. Sus decisiones son independientes. Las actuaciones serán públicas y permanentes con las excepciones que establezca la ley y en ellas prevalecerá el derecho sustancial. Los términos procesales se observarán con diligencia y su incumplimiento será sancionado. Su funcionamiento será desconcentrado y autónomo.

Las formalidades son un medio de concreción del derecho sustancial y no un fin en sí mismo. Es claro que las exigencias formales que consagra la ley para darle validez a ciertos actos deben ser observadas y tenidas en cuenta, pero su verificación no puede conllevar a que se sacrifiquen derechos fundamentales, tales como el derecho de defensa o el principio constitucional de la prevalencia del derecho sustancial. La administración, dentro de un proceso que adelanta, no puede desconocer o ignorar sus propias actuaciones ni exigir el cumplimiento de un requisito que está acreditado dentro del mismo. Tal proceder desconoce el postulado de la buena fe que rige las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas (artículo 83 C. Pol).

Esta Superintendencia en todo momento ha sido respetuosa del debido proceso que le asiste a la EPS-I, prueba de ello se expedido el oficio de fecha 28 de diciembre de 2006 radicado con el NURC 8004-1-0309879 visible a folio 10, mediante la cual se solicitó a la EPS de Autos informar todas las atenciones en salud prestadas a la señora ELENA MARÍA VARGAS y respecto del cumplimiento del fallo de tutela.

Posteriormente, el Auto de Apertura de Investigación se comunicó a la EPS-I mediante oficio identificado con el NURC 8004-1-0309879 de fecha 8 de junio de 2009, prueba de ello es que a folios 13 al 21 del expediente obra la guía No. YY 18481931 donde se puede constatar que la EPS-I recibo copia del Auto, cosa distinta es que la investigada no hizo uso de su derecho de defensa y contradicción.

Subsiguientemente, la Superintendencia Delegada Para la Protección al Usuario y la Participación Ciudadana, mediante la Resolución No. 125 del 10 de agosto de 2009 sancionó a la **ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD MALLAMAS EPS-I** con multa equivalente a cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes a la fecha en que adquiriera firmeza el citado Acto Administrativo. Resolución que fue notificada personalmente al doctor **FABIO EDMUNDO ENRIQUEZ MIRANDA** Representante Legal de la **EPS-I**, el día 8 de septiembre de 2009.

Por lo anterior, mediante escrito presentado en esta Entidad el día 15 de septiembre de 2009 radicado con el NURC 8004-1-0309879, el doctor **FABIO EDMUNDO ENRIQUEZ**

¹ Corte Constitucional, Sentencia C-491 del 26 de septiembre de 1996

Por medio de la cual se resuelve el recurso de apelación interpuesto por el doctor **FABIO EDMUNDO ENRIQUEZ MIRANDA** Representante Legal de la **ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD MALLAMAS EPS-I** identificada con el NIT. 837.000.084-5 contra la Resolución No. 125 del 10 de agosto de 2009.

MIRANDA Representante Legal **ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD MALLAMAS EPS-I**, presentó recurso de reposición y en subsidio apelación contra la Resolución No. 125 del día 10 de agosto de 2009.

La Superintendencia Delegada para la Protección al Usuario y la Participación Ciudadana con la expedición de la Resolución No. 162 del 13 de octubre de 2009 resolvió el recurso de reposición confirmando la sanción y concedió la alzada. Acto Administrativo notificada personalmente al doctor **FABIO EDMUNDO ENRIQUEZ MIRANDA** Representante Legal de la sancionada el día 4 de noviembre de 2009.

Nótese, como esta Superintendencia en todo momento ha respetado y garantizado el debido proceso a la EPS-I, diferente es que la investigada quiera escudar su negligencia o descuido en no dar respuesta al Auto de Apertura de Investigación señalando que la Superintendencia le vulneró el derecho al debido proceso consagrado en el artículo 29 de la Constitución Política. Cosa distinta es que el Representante Legal de la EPS-I pretenda confundir a este Despacho señalando que dio respuesta a la solicitud para ese entonces del Director General de EPS y Entidades de Prepago de esta Superintendencia, con oficio del día 5 de febrero de 2007 radicado con el NURC 8004-1-0309879, consistente en informar todas las atenciones en salud prestadas a la señora **ELENA MARÍA VARGAS**, cuando como bien lo debe saber el doctor **ENRIQUEZ MIRANDA**, que es con el Auto de Apertura de Investigación que se vincula formalmente a la actuación administrativa a la entidad de que se trate.

Por lo manifestado este Despacho no acepta lo esgrimido por el recurrente.

5.4.3. Carga de la Prueba

Sobre el Particular el impugnante manifestó que el proceso sancionatorio aplicado por esta Superintendencia debe desempeñar un rol mas activo en lo relacionado con la búsqueda del material probatorio, adicionalmente manifiesta que la prueba anexada por **MALLAMAS EPS-I** es la mas conducente para desvirtuar el cargo endilgado.

De conformidad con lo anterior este Despacho considera importante frente al principio de la carga de la prueba hacer alusión a la Sentencia del 4 de marzo de 1998, Exp. Núm. 4921; M.P.: Dr. Carlos E. Jaramillo S, señaló:

"En cuanto al fundamento de la providencia del Tribunal a quo, la Sala observa que si bien es cierto que la carga de la prueba o la "... carga procesal es una situación jurídica, instituida en la ley consistente en el requerimiento de una conducta de realización facultativa normalmente establecida en interés del propio sujeto, y cuya omisión trae aparejada una consecuencia gravosa para él."; también lo es que los artículos 37, numeral 4, 179 y 180 del Código de Procedimiento Civil, aplicables en materia contencioso administrativa por mandato expreso del artículo 267 del C.C.A., muestran que la actuación del juez en el campo de la prueba debe tener presente el principio inquisitivo, el cual le impone a dicho funcionario el deber de esclarecer oficiosamente la realidad fáctica en litigio, para garantizar de esa manera que sus decisiones de fondo sean adoptadas en forma justa. Resulta así que el cometido del juez no puede quedarse en la simple aplicación de las leyes ante un material probatorio dado, sin posibilidad alguna, motu proprio, de adelantar inquisiciones propias que lo lleven a formar su conciencia y a adquirir el grado de convicción necesario para desatar el litigio planteado. El juez tiene, pues, la misma iniciativa, o incluso una más amplia, frente al debate probatorio que la propia de los extremos en litigio, pues a él no lo mueven intereses privados, como a las partes, sino uno público, de mayor jerarquía, cual es la realización de la justicia, como fin esencial del Estado.

Por medio de la cual se resuelve el recurso de apelación interpuesto por el doctor **FABIO EDMUNDO ENRIQUEZ MIRANDA** Representante Legal de la **ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD MALLAMAS EPS-I** identificada con el NIT. 837.000.084-5 contra la Resolución No. 125 del 10 de agosto de 2009.

La legislación contencioso administrativa le impone al juez el deber de solicitar en el auto admisorio de la demanda los antecedentes administrativos del acto acusado, los cuales están representados en el sub lite por el expediente administrativo que condujo a la imposición de la sanción.

En el mismo sentido, la Corte Constitucional en Sentencia C-836 de 2003 expresó lo siguiente:

Desde luego que en desarrollo del debido proceso la revocatoria establecida en el artículo 19 de la ley 797 de 2003 tiene que cumplir satisfactoriamente con la ritualidad prevista en el Código Contencioso Administrativo o en los estatutos especiales que al respecto rijan. Vale decir, con referencia al artículo 19 acusado el acto administrativo por el cual se declara la revocatoria directa de una prestación económica, deberá ser la consecuencia lógica y jurídica de un procedimiento surtido con arreglo a los artículos 74, 28, 14, 34 y 35 del Código Contencioso Administrativo, sin perjuicio de la aplicación de las normas de carácter especial que deban privilegiarse al tenor del artículo 1 del mismo estatuto contencioso. Pero en todo caso, salvaguardando el debido proceso. Igualmente, mientras se adelanta el correspondiente procedimiento administrativo se le debe continuar pagando al titular -o a los causahabientes- de la pensión o prestación económica las mesadas o sumas que se causen, esto es, sin solución de continuidad. Y como respecto del titular obra la presunción de inocencia, le corresponde a la Administración allegar los medios de convicción que acrediten la irregularidad del acto que se cuestiona. Es decir, la carga de la prueba corre a cargo de la Administración.

Así las cosas y de conformidad con el estudio realizado se concluye que la carga de la prueba le corresponde a la administración, razón por lo cual el funcionario de conocimiento utilizó todas las herramientas jurídicas del caso llegando a la conclusión de que el tratamiento diagnosticado a la señora **VARGAS** se encontraba ajustado al POS-S tal como se ha explicado en acápites anteriores de conformidad con el Acuerdo 306 de 2005, y que para que hubiese sido autorizado la señora **VARGAS** se vio en la necesidad de acudir a la acción de tutela.

Anudado a lo anterior esta instancia considera que la prueba aportada por la EPS visible a folios 56 al 69 que para el caso que nos atañe es la autorización del procedimiento, no desvirtúa el cargo imputado, pues la mencionada autorización se dio como consecuencia de una orden judicial.

De esta manera se desvirtúa lo manifestado por el Representante Legal de la EPS-I.

5.4.4. Dosificación de la Sanción

El recurrente expresó que el funcionario de primera instancia al momento de dosificar la sanción mediante la aplicación de lo establecido en el artículo 45 de la Ley 795 de 2003 no hace la valoración de la conducta y por ende no encasilla el resultado final propio de la conducta bien por acción u omisión, y sin dar mayor detalles procede a establecer una sanción. Lo que lleva a establecer que durante el proceso no se respetaron las garantías propias del debido proceso, máxime cuando el resultado aludido en la parte motiva de la resolución sancionatoria no tuvo ocurrencia en la realidad y por el contrario fue desvirtuada de manera contundente con las pruebas aportadas por la Directiva de Mallamas EPS-I.

Al respecto es necesario precisar por parte de este Despacho que el funcionario de primer grado fue claro en señalar en la Resolución No. 125 del día 10 de agosto de 2009, al momento de imponer la multa que ésta se daba en razón a la dimensión del daño y el grado de prudencia y diligencia con que la EPS atendió sus deberes, es

6

Por medio de la cual se resuelve el recurso de apelación interpuesto por el doctor **FABIO EDMUNDO ENRIQUEZ MIRANDA** Representante Legal de la **ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD MALLAMAS EPS-I** identificada con el NIT. 837.000.084-5 contra la Resolución No. 125 del 10 de agosto de 2009.

decir que con el actuar de la EPS se puso en riesgo la salud y vida de la señora **ELENA MARÍA VARGAS**, adicionalmente la **EPS** pasó por alto sus funciones, pues si bien la entidad expidió la autorización del procedimiento médico, también lo es que la paciente tuvo que acudir a estamentos judiciales para la autorización del mismo, vulnerando lo consagrado en el literal d) del artículo 2 del Decreto 1485 de 1994, y lo dispuesto en el Acuerdo 306 de 2005.

No está por demás indicar, como lo ha sostenido este Despacho a lo largo del presente estudio, que la sanción no es desproporcionada cuando está en juego la vida de una persona, más aun cuando en el presente caso la señora **ELENA MARÍA VARGAS** es una persona vulnerable debido a la enfermedad que padece, y que el examen denominado **VENOGRAFIA SELECTIVA CON ANESTECIA GENERAL, HOSPITALIZACIÓN Y SUMINISTRO DE RESINCRONIZACIÓN** le fue ordenado por su médico tratante, así que el Estado es quien debe brindar la máxima protección por su condición, motivo por el cual se expidió el tantas veces mencionado Acuerdo 306 de 2005.

De conformidad con la gradualidad de la sanción pecuniaria impuesta, esta Superioridad observa que el fundamento y función de la sanción administrativa no es el retributivo como en materia penal, sino correctivo o ejemplificador. El carácter de la misma impone, por consiguiente, que no deba ser impuesta de manera discrecional, es decir, no guardando relación con el fin perseguido por ella. Pero además de necesaria, debe ser útil es decir, ser un instrumento adecuado para servir a sus fines de prevención y protección. Debe ser, adicionalmente, proporcional, lo cual impone que guarde relación con el daño ocasionado. En su concepción moderna se exige de la sanción, entre otras, tres características fundamentales: que se encuentre establecida por la Ley; que tenga como presupuesta la culpabilidad del sujeto; y que sea necesaria para la restauración del orden jurídico vulnerado.

Dentro del Sistema de Seguridad Social en Salud las sanciones impuestas por la Superintendencia Nacional de Salud como Órgano de Inspección, Vigilancia y Control del Sistema, tienen un fin preventivo, vale decir, como amenaza dirigida a los sujetos de vigilancia para que se abstengan de cometer las conductas descritas en la normativa correspondiente.

Ahora bien, este Despacho considera procedente determinar ciertos escenarios que incrementan o reducen la sanción, los cuales son:

En primer término, calidad de la Investigada. - No puede olvidarse que las Entidades Promotoras de Salud, juegan un papel importante como actores dentro del SGSSS, aunado a lo anterior, cada actor debe cumplir con una responsabilidad social previamente establecida en las disposiciones legales.

En segundo lugar, la perturbación del servicio. - En este caso es evidente que la conducta asumida por la investigada conllevó una perturbación en la prestación del servicio de salud a la señora **ELENA MARÍA VARGAS**, quien se vio en la necesidad de acudir a la acción de tutela con el fin de salvaguardar sus derechos fundamentales.

En tercer lugar procedimientos ordenados por el médico tratante. - La regla general es que la determinación sobre cual ha de ser el tratamiento o la rehabilitación y si se practica o no la intervención, corresponde al médico tratante, entendiendo por tal el profesional vinculado laboralmente, o adscrito a la EPS o IPS que hace parte de la red de prestadores de la misma y que examinó, como médico general o especialista, al paciente. Es esta la prescripción que obliga legalmente a las EPS frente al requerimiento del empleado.

Por medio de la cual se resuelve el recurso de apelación interpuesto por el doctor **FABIO EDMUNDO ENRIQUEZ MIRANDA** Representante Legal de la **ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD MALLAMAS EPS-I** identificada con el NIT. 837.000.084-5 contra la Resolución No. 125 del 10 de agosto de 2009.

Por lo expuesto se despacha de forma desfavorable la argumentación presentada por la Representante de la **ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD MALLAMAS**.

En cuarto lugar, la perturbación del servicio.- En este caso es evidente que la conducta asumida por la investigada conllevó una perturbación en la prestación del servicio de salud a la señora **ELENA MARÍA VARGAS**, quien se vio en la necesidad de acudir a la acción de tutela con el fin de salvaguardar sus derechos fundamentales.

6. PRINCIPIO DE LA NO REFORMATIO IN PEIUS

La prohibición de la reformatio in pejus es un precepto general del derecho procesal punitivo y constituye, además, una garantía constitucional integrante del debido proceso, aplicable tanto a las actuaciones judiciales, como a las administrativas. Con la no reformatio in pejus le está vedado al superior empeorar la pena impuesta al apelante único, cuando revisa una actuación del inferior.

La figura tiene dos presupuestos:

a. Sólo cabe si existe un acto o resolución de autoridad judicial o administrativa susceptible de reforma por el superior, o por el que dictó la primera resolución, al regresar el expediente para revisión sobre el mismo punto. Esta última eventualidad se da en la teoría general de la reformatio in pejus, y,

b. Supone de otro lado, la causación de un perjuicio al recurrente, quien, de esa manera ve agravada su situación fijada por la resolución de primer grado.

La Corte Constitucional en numerosos y uniformes pronunciamientos ha reiterado y dictado sus fallos dando clara y manifiesta operancia al citado principio en materia administrativa, en cuanto ha defendido:

"... por ser la no "reformatio in pejus" un principio general de derecho y una garantía constitucional del debido proceso es aplicable a todas las actividades del Estado que implique el ejercicio de su poder sancionatorio. La prohibición de la reformatio in pejus tiene plena aplicabilidad en materias administrativas, tanto en el agotamiento de la vía gubernativa como en el desarrollo del procedimiento ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, circunstancia que se origina en la interpretación armónica y sistemática de los artículos 29 y 31 de la Constitución Política, logrando de esta manera hacer efectivo el derecho al debido proceso y por ende de los demás principios y derechos constitucionales que guardan correspondencia con dicha institución jurídica. De suerte que la congruencia y la prohibición de la no reformatio in pejus, limitan la actuación de la Administración en aras de la transparencia, legalidad y garantía en la actuación administrativa".

Por último, este Despacho considera necesario señalar respecto a la investigación adelantada contra la **ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD MALLAMAS EPS-I** que quedó demostrado fehacientemente el incumplimiento a sus deberes como aseguradora al no autorizar la realización del examen de **VENOGRAFIA, ANESTESIA GENERAL, HOSPITALIZACIÓN Y LA RESINCRONIZACIÓN**, por lo que la sanción impuesta no se compadece con las circunstancias de modo tiempo y lugar de la conducta investigada, no obstante el *ad quem* no puede hacer más gravosa la sanción debido a que se desconocería el principio **NO REFORMATIO IN PEIUS** anteriormente reseñado, razón por la cual se confirmará el Acto Administrativo atacado.

Por medio de la cual se resuelve el recurso de apelación interpuesto por el doctor **FABIO EDMUNDO ENRIQUEZ MIRANDA** Representante Legal de la **ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD MALLAMAS EPS-I** identificada con el NIT. 837.000.084-5 contra la Resolución No. 125 del 10 de agosto de 2009.

En mérito de lo expuesto, éste Despacho,

RESUELVE

ARTÍCULO PRIMERO. CONFIRMAR el contenido de la Resolución No. 125 del 10 de agosto de 2009 en el sentido de fijar la multa impuesta a **ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD MALLAMAS** identificada con el NIT 837.000.084-5, equivalente a cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales, entendiéndose vigentes a la fecha de expedición de la Resolución sanción.

ARTÍCULO SEGUNDO. NOTIFICAR personalmente el contenido de la presente Resolución al doctor **FABIO ENRIQUEZ MIRANDA**, Representante Legal de la **ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD MALLAMAS EPS-I**, o a quien se designe para tal fin de conformidad con lo previsto en el artículo 5 de la Ley 962 de 2005, en la Carrera 1N No. 4-56 Avenida Panamericana de la Ciudad de Ipiales-Nariño.

PARÁGRAFO: Si no pudiere hacerse la notificación personal, ésta deberá surtirse por edicto con inserción de la parte resolutive de la misma.

ARTÍCULO TERCERO. COMUNICAR el contenido del presente acto administrativo al doctor **HORACIO DE JESÚS OROZCO HENAO** Juez Primero de Menores, en el Palacio Municipal oficina 404, en la ciudad de Manizales-Caldas.

ARTÍCULO CUARTO. PUBLICAR el contenido de la presente resolución en la página Web de esta Superintendencia.

ARTÍCULO QUINTO. La presente Resolución rige a partir de su expedición y contra ella no procede ningún recurso, quedando agotada la vía gubernativa.

NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE

Dada en Bogotá D. C., a los

22 ENE. 2010



MARIO MEJÍA CARDONA
SUPERINTENDENTE NACIONAL DE SALUD

Proyectó: Abel Eduardo Guicosaque León
Revisó: Sandra Manroy
Luz Karina Fernández
Aprobó: Karina Yence Pelaez

