



SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD

RESOLUCIÓN NÚMERO 002481 DE 2014

(28 NOV. 2014)

"Por la cual se adopta la Política de Prevención del Daño Antijurídico en la Superintendencia Nacional de Salud"

EL VICEMINISTRO DE PROTECCIÓN SOCIAL DEL MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL ENCARGADO DE LAS FUNCIONES DEL DESPACHO DEL SUPERINTENDENTE NACIONAL DE SALUD

En ejercicio de sus facultades legales y reglamentarias, en especial de las conferidas por el numeral 1 del artículo 7 del Decreto 2462 de 2013, y

CONSIDERANDO

Que el artículo 1 del Decreto 2462 de 2013 *"por medio del cual se modifica la estructura de la Superintendencia Nacional de Salud"*, dispone que tal entidad es *"la cabeza del Sistema de Inspección, Vigilancia y Control del Sistema General de Seguridad Social en Salud; es una entidad de carácter técnico adscrita al Ministerio de Salud y Protección Social, con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio independiente."*

Que el artículo 15 del Decreto 1716 de 2009, *"Por el cual se reglamenta el artículo 13 de la Ley 1285 de 2009, el artículo 75 de la Ley 446 de 1998 y del Capítulo V de la Ley 640 de 2001"*, establece que las normas relacionadas con los comités de conciliación son obligatorias para las entidades públicas de cualquier orden.

Que el artículo 16 del mismo decreto dispone que el comité de conciliación es una instancia administrativa, a la que le corresponde el estudio, análisis y formulación de políticas para la prevención del daño antijurídico, y la defensa de los intereses de la entidad.

Que los numerales 1° y 2° del artículo 19 del decreto en cita establecerán que son funciones del comité de conciliación *"Formular y ejecutar políticas de prevención del daño antijurídico"*; y *"Diseñar las políticas generales que orientarán la defensa de los intereses de la entidad"*, respectivamente.

Que, en concordancia con lo anterior, la Superintendencia Nacional de Salud expidió la Resolución 002096 de 2010 *"Por medio de la cual se modifica el Comité de Conciliación de la Superintendencia Nacional de Salud"*, modificada por la Resolución 0303 de 2014 *"Por medio de la cual se modifica la estructura del Comité de Conciliación de la Superintendencia Nacional de Salud"*. El numeral 1 del artículo 5 de la Resolución 002096 de 2010 establece que es una de las funciones del Comité de Conciliación de la Superintendencia Nacional de Salud *"Formular y ejecutar políticas de prevención del daño antijurídico."*

Que el numeral 4° del párrafo del artículo 6 de la referida resolución establece, entre otras cosas, que es función del Secretario Técnico del Comité de Conciliación de la Superintendencia Nacional de Salud, someter a consideración de ese organismo, la información que se requiera para la formulación y diseño de la política de prevención del daño antijurídico y defensa de los intereses de la entidad.

RESOLUCIÓN NÚMERO **002481** DE 2014 HOJA No. 2

"Por la cual se adopta la Política de Prevención del Daño Antijurídico en la Superintendencia Nacional de Salud"

Que con base en lo anterior, el Comité de Conciliación de la Superintendencia Nacional de Salud elaboró la Política de Prevención del Daño Antijurídico de la entidad, atendiendo las directrices de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, particularmente del Manual para la Elaboración de Políticas para la Prevención del Daño Antijurídico (abril 2014), de esa entidad.

Que para el efecto fueron analizadas las actas del Comité y los fallos judiciales en los que la Superintendencia Nacional de Salud ha sido parte entre octubre de 2013 y octubre de 2014, sin perjuicio de los demás casos relevantes.

Que en la elaboración de la política se estudiaron los hechos de cada uno de los casos; se clasificaron según los criterios establecidos por la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado; se individualizaron las pretensiones; fueron extraídos los argumentos de defensa expuestos por la Superintendencia Nacional de Salud; en los casos de sentencias judiciales, además, se individualizaron las decisiones y las razones que llevaron a los jueces a adoptarlas; y, con base en esa información, se identificaron patrones, elementos comunes relevantes, y riesgos jurídicos, para poner a consideración del Comité los casos que se estudian en este documento. El resultado del trabajo descrito se consignó y sistematizó en matrices diseñadas para el efecto.

Que del análisis referido, el Comité de Conciliación identificó la tipología de casos que podrían generar daño antijurídico o desgaste administrativo derivado de situaciones litigiosas, objeto del presente acto administrativo.

Que el Superintendente Nacional de Salud, en ejercicio de la competencia conferida por el numeral 1 del artículo 7 del Decreto 2462 de 2013, relativa a *"Dirigir la acción administrativa de la Superintendencia Nacional de Salud y el cumplimiento de las funciones que a la Entidad le corresponden"*, adopta en la presente resolución la Política de Prevención del Daño Antijurídico con base en el documento aprobado por el Comité de Conciliación de la entidad el día 26 de noviembre de 2014.

Que en mérito de lo expuesto,

RESUELVE:

Artículo 1. Adóptese la Política de Prevención del Daño Antijurídico de la Superintendencia Nacional de Salud aprobada por el Comité de Conciliación de la Entidad en acta 165 del 27 de noviembre de 2014, la cual hace parte integral de la presente resolución.

Artículo 2. Vigencia. La presente resolución rige a partir de la fecha de su publicación.

PUBLÍQUESE Y CÚMPLASE

Dada en Bogotá D.C., a los

28 NOV. 2014



NORMAN JULIO MUÑOZ MUÑOZ

Viceministro de Protección Social del Ministerio de Salud y Protección Social Encargado de las Funciones del Despacho del Superintendente Nacional de Salud.

Preparó: Nancy Rocío Valenzuela Torres
Coordinadora Grupo de Defensa Judicial – Oficina Asesora Jurídica
Aprobó: Lina Quiroga Vergara
Jefe Oficina Jurídica (E)



SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD

COMITÉ DE CONCILIACIÓN

POLÍTICA DE PREVENCIÓN DEL DAÑO ANTIJURÍDICO

I. INTRODUCCIÓN

El presente documento contiene la Política de Prevención del Daño Antijurídico, elaborada por el Comité de Conciliación de la Superintendencia Nacional de Salud.

Para su adecuada comprensión, a continuación se hará referencia a las normas relacionadas con el deber de las entidades públicas de formular una Política para la Prevención del Daño Antijurídico; y, posteriormente, se explicará la metodología empleada por los funcionarios comprometidos en esta tarea, a efecto del análisis y elaboración de este documento.

El artículo 1º del Decreto 2462 de 2013 *“por medio del cual se modifica la estructura de la Superintendencia Nacional de Salud”*, dispone que tal entidad es *“la cabeza del Sistema de Inspección, Vigilancia y Control del Sistema General de Seguridad Social en Salud, es una entidad de carácter técnico adscrita al Ministerio de Salud y Protección Social, con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio independiente.”*¹

Por su parte, el artículo 15 del Decreto 1716 de 2009, *“Por el cual se reglamenta el artículo 13 de la Ley 1285 de 2009, el artículo 75 de la Ley 446 de 1998 y del Capítulo V de la Ley*

¹ **Artículo 1º. Naturaleza.** La Superintendencia Nacional de Salud, como cabeza del Sistema de Inspección, Vigilancia y Control del Sistema General de Seguridad Social en Salud, es una entidad de carácter técnico adscrita al Ministerio de Salud y Protección Social, con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio independiente.

640 de 2001", establece que las normas relacionadas con los comités de conciliación son obligatorias para las entidades públicas de cualquier orden².

El artículo 16 del mismo decreto dispone que el comité de conciliación es una instancia administrativa, a la que le corresponde el estudio, análisis y formulación de políticas para la prevención del daño antijurídico, y la defensa de los intereses de la entidad³.

En el mismo sentido, los numerales 1° y 2° del artículo 19 del decreto en cita establecen que son funciones del comité de conciliación "*Formular y ejecutar políticas de prevención del daño antijurídico*"; y "*Diseñar las políticas generales que orientarán la defensa de los intereses de la entidad*", respectivamente.

En concordancia con lo anterior, la Superintendencia Nacional de Salud expidió la Resolución 002096 de 2010 "*Por medio de la cual se modifica el Comité de Conciliación de la Superintendencia Nacional de Salud*", modificada por la Resolución 0303 de 2014 "*Por medio de la cual se modifica la estructura del Comité de Conciliación de la Superintendencia Nacional de Salud*". El numeral 1° del artículo 5° de la Resolución 002096 de 2010 establece que es una de las funciones del Comité de Conciliación de la Superintendencia Nacional de Salud "*Formular y ejecutar políticas de prevención del daño antijurídico.*"

El numeral 4° del párrafo del artículo 6° de la referida resolución establece, entre otras cosas, que es función del Secretario Técnico del Comité de Conciliación de la Superintendencia Nacional de Salud, proyectar y someter a consideración de ese organismo,

² **Artículo 15. Campo de aplicación.** Las normas sobre comités de conciliación contenidas en el presente capítulo son de obligatorio cumplimiento para las entidades de derecho público, los organismos públicos del orden nacional, departamental, distrital, los municipios que sean capital de departamento y los entes descentralizados de estos mismos niveles.

³ **Artículo 16. Comité de Conciliación.** El Comité de Conciliación es una instancia administrativa que actúa como sede de estudio, análisis y formulación de políticas sobre prevención del daño antijurídico y defensa de los intereses de la entidad.

Igualmente decidirá, en cada caso específico, sobre la procedencia de la conciliación o cualquier otro medio alternativo de solución de conflictos, con sujeción estricta a las normas jurídicas sustantivas, procedimentales y de control vigentes, evitando lesionar el patrimonio público. La decisión de conciliar tomada en los términos anteriores, por sí sola, no dará lugar a investigaciones disciplinarias, ni fiscales, ni al ejercicio de acciones de repetición contra los miembros del Comité

la información que se requiera para la formulación y diseño de la política de prevención del daño antijurídico y defensa de los intereses de la entidad⁴.

Con base en lo anterior, la presente política se ha elaborado atendiendo las directrices de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, particularmente del Manual para la Elaboración de Políticas para la Prevención del Daño Antijurídico (abril 2014), de esa entidad.

La formulación de esta Política es el producto del trabajo del Comité de Conciliación, de la Secretaría General, de las correspondientes áreas misionales y de las oficinas asesoras y de apoyo de la institución.

Se analizaron las actas del Comité y los fallos judiciales en los que la Superintendencia Nacional de Salud ha sido parte, principalmente, del periodo comprendido entre octubre de 2013 y octubre de 2014 (último año), sin perjuicio de otros casos relevantes fuera de aquel. A continuación, se identificaron los casos que por su ocurrencia o alcance merecían ser puestos a consideración de los miembros del Comité para la elaboración de la política.

Al efecto, se estudiaron los hechos de cada uno de los casos; se clasificaron según los criterios establecidos por la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado; individualizaron las pretensiones; se extrajeron los argumentos de defensa expuestos por la Superintendencia Nacional de Salud; en los casos de sentencias judiciales, además, se individualizaron las decisiones y las razones que llevaron a los jueces a adoptarlas; y, con base en esa información, se identificaron patrones, elementos comunes relevantes, y riesgos jurídicos, para poner a consideración del Comité los casos que se estudian en este documento. El resultado del trabajo descrito se consignó y sistematizó en matrices diseñadas para el efecto.

Del análisis referido se identificó la siguiente tipología de casos, que podrían generar daño antijurídico o desgaste administrativo derivado de situaciones litigiosas:

- Casos en los que se desvinculan funcionarios nombrados en provisionalidad en cargos de carrera administrativa desconociendo la jurisprudencia constitucional en la materia (sin motivación).

⁴ Proyectar y someter a consideración del comité la información que este requiera para la formulación y diseño de políticas de prevención del daño antijurídico y de defensa de los intereses de la Superintendencia Nacional de Salud.

- Casos en los que no se observa el principio presupuestal de anualidad.
- Casos en los que se controvierte la determinación de la tasa a pagar por los sujetos de inspección y vigilancia.
- Casos en los que reclaman circunstancias de acoso laboral.
- Casos en los que se cuestiona la aplicación del debido proceso en los procedimientos sancionatorios.
- Casos relacionados con la decisión de no ejercer la acción de repetición.
- Casos en los que existiendo clara falta de legitimación en la causa por pasiva de la Superintendencia Nacional de Salud, se requiere adelantar la defensa judicial con los costos que esto implica.

Finalmente, se dedicará un capítulo especial al análisis de los procesos de tutela en los cuales haya participado la entidad en el año 2014, a partir del informe que preparó el Grupo de Tutelas de la Oficina Asesora Jurídica de la Superintendencia Nacional de Salud.

Lo anterior, teniendo en cuenta la especialidad de esta acción y de los derechos que con ella se busca proteger.

Sobre cada una de estas hipótesis el Comité de Conciliación identificará las posibles causas y propondrá las diferentes actividades a ser desarrolladas al interior de la entidad.

II. TIPOLOGÍA DE CASOS QUE PUEDEN GENERAR DAÑO ANTIJURÍDICO. POLÍTICA DE PREVENCIÓN DEL DAÑO ANTIJURÍDICO

En este Capítulo se establecerá la Política de Prevención del Daño Antijurídico. Para el efecto, se plantearán los problemas identificados a partir del análisis de la información; se indicarán las posibles causas de cada uno; y se propondrán herramientas que pueden contribuir a reducir el riesgo de ocurrencia del daño antijurídico, para cada uno de los tipos de casos.

1. CASOS EN LOS QUE SE DESVINCULAN FUNCIONARIOS NOMBRADOS EN PROVISIONALIDAD EN CARGOS DE CARRERA ADMINISTRATIVA EN DESCONOCIMIENTO DE LA JURISPRUDENCIA EN LA MATERIA.

1.1. Identificación del problema a resolver

- Una vez el Comité de Conciliación analizó la información concluyó que se requiere desarrollar una política de prevención de los hechos clasificados, según el árbol de clasificación de hechos dado por la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, como "LABORAL - TERMINACIÓN RELACIÓN LABORAL - REVOCATORIA DE NOMBRAMIENTO". Tales hechos pueden significar contingencias judiciales para la entidad.

Sobre el particular, es necesario que la Oficina Asesora Jurídica y la Secretaría General de la entidad participen en el correcto planteamiento del problema y en la formulación de las estrategias para su reducción. A continuación, se describe la cuestión.

A. Descripción del análisis del Comité

A partir de la información oficial, se observa que existen solicitudes de conciliación relacionadas con la desvinculación de personas de la planta de personal de la entidad, que estuvieron nombradas en provisionalidad, en cargos de carrera administrativa.

Al efecto, se advierte que en dos oportunidades se presentaron solicitudes de conciliación prejudicial con esta problemática, en las cuales el Comité decidió no presentar fórmula conciliatoria. Una sin especificación de la cuantía⁵ y otra por un valor de \$19.178.738⁶.

Si bien esta tipología de casos no se ha materializado en la expedición de sentencias judiciales en contra de la Superintendencia Nacional de Salud, puede constituirse como una importante contingencia.

⁵ Ver Acta 104 del Comité de Conciliación. Caso de Adriana Patricia Padrón Villalobos.

⁶ Ver Acta del Comité de Conciliación 144. Caso Luis Enrique Fernández Vega.

De acuerdo con información que obra en las actas del Comité de Conciliación se han desvinculado funcionarios que se encontraban nombrados en provisionalidad en cargos de carrera, aduciendo que había expirado el término de 6 meses otorgado por la Comisión Nacional del Servicio Civil⁷.

Al respecto, la Superintendencia se amparaba en lo previsto en el artículo 8° del Decreto 1227 de 2005, según el cual, *"Mientras se surte el proceso de selección convocado para la provisión de los empleos, estos podrán ser provistos mediante encargo a empleados de carrera, de conformidad con lo establecido en la Ley 909 de 2004.*

El término de duración del encargo no podrá ser superior a seis (6) meses, salvo autorización de la Comisión Nacional del Servicio Civil cuando el concurso no se hubiere culminado en el término previsto en el presente decreto, caso en el cual este se extenderá hasta que se produzca el nombramiento en periodo de prueba.

PARÁGRAFO TRANSITORIO. La Comisión Nacional del Servicio Civil podrá autorizar encargos y nombramiento provisionales, sin previa convocatoria a concurso, cuando por razones de reestructuración, fusión, transformación o liquidación de la entidad o por razones de estricta necesidad del servicio lo justifique el jefe de la entidad. En estos casos el encargo o el nombramiento provisional no podrán superar los seis (6) meses, término dentro del cual se deberá convocar el empleo a concurso. El nombramiento provisional procederá de manera excepcional cuando no haya personal que cumpla con los requisitos para ser encargado y no haya lista de elegibles vigente que pueda ser utilizada."

Es importante precisar que la expresión *"salvo autorización de la Comisión Nacional del Servicio Civil cuando el concurso no se hubiere culminado en el término previsto en el presente decreto, caso en el cual este se extenderá hasta que se produzca el nombramiento en periodo de prueba,"* fue declarada nula por el Consejo de Estado⁸. (Subrayado fuera del texto).

El párrafo transitorio del artículo 8° precitado fue objeto de suspensión provisional decretada por el Consejo de Estado por Auto del 5 de mayo de 2014⁹.

Por tanto, la facultad de la Comisión Nacional del Servicio Civil para autorizar transitoriamente nombramientos provisionales en cargos de carrera está suspendida.

⁷ Ver Acta 104 del Comité de Conciliación.

⁸ Ver Sentencia del Consejo de Estado del 12 de abril de 2012. Radicación: 11001-03-25-000-2005-00215-01(9336-05).

⁹ Proceso radicado: 11001-03-25-000-2012-00795-00, Consejero Ponente Gerardo Arenas Monsalve.

Es relevante precisar que el Presidente de la República en ejercicio de las facultades conferidas por la Ley 909 de 2004 expidió el Decreto con fuerza de ley 775 de 2005 *"por el cual se establece el Sistema Específico de Carrera Administrativa para las Superintendencias de la Administración"*. A su vez, el Gobierno Nacional expidió el Decreto 2929 de 2005 *"Por el cual se reglamenta el Decreto-ley 775 de 2005"*. Por tanto, lo referente a carrera administrativa la Superintendencia Nacional de Salud debe sujetarse a lo allí previsto para el efecto.

Sobre el tema que se analiza, se debe tener en cuenta que el Consejo de Estado y la Corte Constitucional han sostenido posturas contrapuestas en su jurisprudencia.

En efecto, para el Consejo de Estado el nombramiento en provisionalidad de un funcionario en un cargo de carrera no confiere estabilidad alguna en el referido cargo, motivo por el cual su desvinculación corresponde al ejercicio de una facultad discrecional que no requiere de motivación alguna. Al respecto ha indicado el máximo Tribunal de la jurisdicción contencioso administrativa:

"En este orden de ideas, a juicio de la Sala, mientras el cargo clasificado como de carrera administrativa no haya sido provisto por el sistema selectivo, el empleado se encuentra en una situación precaria, y admitir el fuero de estabilidad propio de los empleados de carrera administrativa para los nombramientos provisionales, dada la naturaleza del empleo, desatiende el sentido del concurso de méritos y desconoce que la permanencia en los cargos de carrera no se condiciona a la realización del concurso de méritos, sino que opera exclusivamente cuando se ingrese al sistema previa superación de las etapas que comprende el proceso selectivo, y siempre que no se obtenga calificación insatisfactoria en la prestación de los servicios (artículo 13 de la Ley 443 de 1998, 120 del Decreto 1572 de 1998 y artículo 30 de la Ley 443 de 1998).

Por estas razones, la jurisprudencia de la Sala ha señalado, que si bien es cierto el nombramiento provisional es válido para los cargos clasificados como de carrera administrativa que no hayan sido provistos por concurso, y que dicho nombramiento no procede como forma de provisión de cargos de libre nombramiento y remoción, sí es posible predicar respecto de tal modalidad de vinculación, las reglas de la facultad discrecional, dada la similitud en el ingreso y

el retiro que se presenta tanto para los nombramientos provisionales como para los de libre nombramiento y remoción¹⁰.

En consecuencia, el retiro del servicio para los empleados provisionales, a la luz de la Ley 443 de 1998, podía disponerse mediante acto de insubsistencia que, formalmente, por tratarse del ejercicio legítimo de una facultad discrecional del nominador, no requería ser motivado, esto es, no debía expresar las causas del retiro.¹¹

A su vez, de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Constitucional, esos mismos actos sí requieren de la exposición de las razones que llevaron a la administración a tomar tal decisión, a efectos de garantizar el derecho de acceso a la administración de justicia y la posibilidad de controvertir las razones que llevaron a la entidad a tomar tal decisión.

La misma Corte ha entendido que si bien este tipo de vinculación no genera estabilidad absoluta en el cargo, sí causa una estabilidad intermedia, de tal forma que la desvinculación de los funcionarios nombrados en provisionalidad en cargos de carrera, puede ordenarse si se ha producido por parte de la entidad <<la provisión definitiva del cargo por haberse realizado el concurso de méritos respectivo, la imposición de sanciones disciplinarias, la calificación insatisfactoria “u otra razón específica atinente al servicio que está prestando y debería prestar el funcionario concreto...”>>¹²

La jurisprudencia de la Corte Constitucional ha sido clara en señalar que en estos casos es procedente la acción de tutela para la protección de los derechos fundamentales al acceso a la administración de justicia y al debido proceso, de los funcionarios desvinculados. Incluso, se ha ordenado el reintegro de ex trabajadores, cuando su desvinculación no obedece a uno de los motivos indicados.

La Superintendencia en los dos casos consideró que era viable terminar estas vinculaciones si se ha agotado el plazo otorgado por la Comisión Nacional del Servicio Civil para el efecto. Sin embargo, la Corte Constitucional en la Sentencia T-147 de 2013, analizando un caso similar a los que nos ocupan, en el que la Procuraduría General de la Nación desvinculó a uno de sus funcionarios nombrado en provisionalidad en un cargo de carrera, por

¹⁰ Sobre el particular véase sentencia ya citada de fecha 13 de marzo de 2003 Exp. No. 4972-01

¹¹ Ver Sentencia del Consejo de Estado del 23 de septiembre de 2010, número de radicación: 25000-23-25-000-2005-01341-02(0883-08), Consejero Ponente Gerardo Arenas Monsalve.

¹² Ver Sentencia de la Corte Constitucional SU-917 de 2010.

vencimiento del plazo previsto en una norma que regula esa entidad¹³, consideró que no era viable si dentro de ese plazo no se había provisto el cargo referido a través del concurso de méritos respectivo¹⁴.

En consecuencia, se advierte que si bien existen diferentes posturas jurisprudenciales sobre la materia, las actuaciones de la Superintendencia Nacional de Salud en este tema pueden controvertirse de acuerdo con la reiterada jurisprudencia constitucional a través del ejercicio de la acción de tutela o de las acciones contencioso administrativas, razón por la cual se crea un riesgo en cuanto a posibles demandas con resultado desfavorable para la entidad, las cuales pueden implicar condenas al pago de salarios y prestaciones dejados de percibir e intereses de esas sumas. Previo al inicio del proceso de evaluación de desempeño se realizaron jornadas de capacitación para funcionarios provisionales y sus jefes.

Para el efecto de la adopción de la política en la materia, se debe tener en cuenta que la entidad adoptó el procedimiento e instrumentos para la evaluación de provisionales mediante Resolución 1062 del 13 de junio de 2014, en la cual se precisa que la evaluación del desempeño a provisionales se debe efectuar semestralmente.

Adicionalmente, la Superintendencia Nacional de Salud adoptó el Plan Institucional de Capacitación (PIC) para la vigencia 2014, mediante Resolución 000165, dirigido a los funcionarios de la entidad. En desarrollo de dicho plan se han dictado diplomados dirigidos a funcionarios del Grupo de Talento Humano, que comprenden los principios de la Función Pública y los conceptos de la Comisión Nacional de Servicio Civil en la materia.

En la medida en que se trata de un riesgo que se puede evitar se debe tratar con ánimo preventivo, con las herramientas que se describen a continuación.

¹³ Artículos 158, 186 y 188 del Decreto-Ley 262 de 2000.

¹⁴ Al respecto, indicó la Corte: *"En este sentido, para la desvinculación de un funcionario nombrado en provisionalidad en la Procuraduría General de la Nación no basta con el cumplimiento del plazo de seis (6) meses contemplado en el decreto 262 de 2000 si dentro del mismo no se seleccionó por concurso a un funcionario que lo reemplace, tal como lo exige la jurisprudencia de esta Corporación..."*

B. Listado de posibles causas generadoras de la problemática a resolver.

Del análisis de los casos referidos en los que se desvincula a funcionarios nombrados en provisionalidad en cargos de carrera sin que exista motivación del acto relacionada con la realización de un concurso de méritos de provisión del cargo; una calificación insatisfactoria o un proceso disciplinario, se encontró que puede obedecer a las siguientes razones.

- Es probable que tales actuaciones obedezcan a que el área encargada de hacer los nombramientos y remociones de los cargos no conozca la jurisprudencia de la Corte Constitucional en la materia; o
- Incorrecto entendimiento de la referida jurisprudencia;
- Diversidad de criterios jurisprudenciales plasmados por la Corte Constitucional y por el Consejo de Estado en la materia.

Independientemente de los tres posibles motivos, el Comité parte de la base de que el ordenamiento jurídico colombiano ha establecido que el acceso al empleo público debe ser, por regla general, a través del mérito y de los concursos diseñados para ello.

En consecuencia, problemáticas como las descritas tienen como causa última que, en ciertos casos, las entidades no han podido adelantar (por diversas razones) los concursos de méritos necesarios para que los cargos de su planta de personal estén ocupados por personas que han aprobado y superado los correspondientes concursos.

En el caso de la Superintendencia Nacional de Salud se han realizado peticiones a Comisión Nacional de Servicio Civil, a efectos de que informen el valor del concurso con el fin de efectuar apropiaciones presupuestales. Sin embargo, a la fecha no se ha recibido la respuesta esperada.

1.2. Medidas para corregir el problema

Con base en los motivos que generan las reclamaciones por desvinculación de funcionarios nombrados en provisionalidad en cargos de carrera, se formulan como Política de Prevención, las siguientes herramientas:

1.2.1. Evaluación y revisión del estado del proceso de provisión de cargos de carrera de la Superintendencia Nacional de Salud. Adopción de las medidas necesarias ante la Comisión Nacional del Servicio Civil y al interior de la Superintendencia Nacional de Salud, para que, de acuerdo con los artículos 27 a 33 (procesos de selección o concursos) y concordantes de la Ley 909 de 2004, la planta de personal de la entidad sea provista en propiedad a través de la realización de los correspondientes concursos de méritos, de acuerdo con las normas aplicables en la materia.

Responsable: Secretaría General.

Tipo de acción: Preventiva.

Plazo de implementación: Junio de 2015.

Plazo de revisión: Octubre de 2015.

2. CASOS EN LOS QUE NO SE OBSERVA EL PRINCIPIO PRESUPUESTAL DE ANUALIDAD

2.1. Identificación del problema a resolver

Después de realizado el análisis de la información litigiosa, se encontró que se recibieron dos casos de solicitud de audiencia de conciliación en el Comité, en los que se pretendía demandar a través de acción de controversias contractuales con el fin de pagar las acreencias con cargo a las apropiaciones del año fiscal que se cerró. Uno de los casos con pretensiones por \$150.773.868¹⁵; y el otro por \$36.544.156¹⁶.

A. Descripción del análisis del Comité

¹⁵ Ver Acta del Comité de Conciliación de la Superintendencia Nacional de Salud No. 125.

¹⁶ Ver Acta del Comité de Conciliación de la Superintendencia Nacional de Salud No. 151.

A las entidades estatales les aplica lo dispuesto por el Decreto 111 de 1996, por el cual se conforma el Estatuto Orgánico del Presupuesto. En el artículo 14 de este Estatuto se consagra como pilar del sistema presupuestal, el principio de anualidad¹⁷.

Este principio consiste en que los gastos autorizados para un año, deben ser ejecutados en el mismo año para el que se aprobaron, so pena de quedar caducados, esto es, que la autorización para su pago expira. Por lo cual, cualquier pago que surja como contraprestación de la ejecución de un contrato debe cancelarse el mismo año en el que fue aprobado.

Al efecto, la doctrina ha indicado que *"ii. La anualidad de ejecución, consistente en que los gastos autorizados en un presupuesto, han de llevarse a cabo en el mismo año para el que se ha aprobado tal presupuesto, so pena de quedar anulada la autorización. La anualidad coincide con el año natural, esto es del 1º de enero al 31 de diciembre (...)"*¹⁸.

No obstante el contenido del principio de anualidad, es posible que una entidad adquiera compromisos que excedan la ejecución de la vigencia fiscal respectiva, cuando la ejecución de los mismos inicie en vigencia de un presupuesto y se lleve a cabo en vigencias posteriores que deben ser afectadas¹⁹. Esto es lo que se denomina como vigencias futuras. Para comprometer vigencias más allá del año en curso, se debe adelantar un trámite especial ante el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, previsto en la misma normativa de presupuesto, y que dependiendo del origen de los recursos, puede implicar o involucrar al Departamento Administrativo Nacional de Planeación.

Los compromisos legalmente adquiridos para ser ejecutados durante la respectiva vigencia, que excepcionalmente no se hayan podido ejecutar a 31 de diciembre, podrán constituirse como reservas presupuestales o cuentas por pagar, de conformidad con el artículo 89 del Estatuto Orgánico de Presupuesto. Una vez constituidas dichas reservas, se aplicará lo dispuesto por el artículo 9º de la Ley 225 de 1995 y el artículo 31 de la Ley 344 de 1996 si a ello hubiere lugar.

Al cierre de cada vigencia fiscal las entidades deberán constituir las reservas presupuestales con los compromisos que a 31 de diciembre no se hayan cumplido, siempre y cuando estén

¹⁷ Decreto 111 de 1996, artículo 14: **ARTICULO 14. ANUALIDAD.** *El año fiscal comienza el 1ro. de enero y termina el 31 de diciembre de cada año. Después del 31 de diciembre no podrán asumirse compromisos con cargo a las apropiaciones del año fiscal que se cierra en esa fecha y los saldos de apropiación no afectados por compromisos caducarán sin excepción (Ley 38/89, artículo 10).*

¹⁸ PIZA RODRÍGUEZ, Julio Roberto. "Curso de Derecho Presupuestario". Universidad Externado de Colombia. Pág. 209-210.

¹⁹ Ver Decreto 819 de 2003, artículo 10, 11, 12 y 13.

legalmente contraídos y desarrollen el objeto de la apropiación. Las reservas presupuestales solo podrán utilizarse para cancelar los compromisos que le dieron origen.

De acuerdo a la normatividad anteriormente mencionada, se establecieron las figuras de la reservas presupuestales y cuentas por pagar, respecto de las cuales la jurisprudencia de la Corte Constitucional se ha pronunciado, particularmente, en la Sentencia C-502 de 1993, así:

“(...) Las reservas de apropiación corresponden a compromisos y obligaciones contraídos antes del 31 de diciembre con cargo a apropiaciones de la vigencia, por los organismos y entidades que forman parte del Presupuesto General de la Nación, y cuyo pago está pendiente a esa fecha.

Las reservas de caja corresponden exclusivamente a las obligaciones de los distintos organismos y entidades que forman parte del Presupuesto General de la Nación, exigibles a 31 de diciembre, y suponen dos requisitos: que la causa del gasto se haya realizado, es decir, que el servicio se haya prestado, que el bien o la obra se haya recibido, etc.; y que la obligación respectiva esté incluida en el Acuerdo Mensual de Gastos. En síntesis: la reserva de caja corresponde a una cuenta por pagar.(...)”

En el caso que no se hubiere constituido la reserva presupuestal y que la entidad haya recibido el bien o el servicio pactado, la Ley 1365 de 2009 “Por la cual se decreta el Presupuesto de Rentas y Recursos de Capital y Ley de Apropiaciones para la vigencia fiscal del 1º de enero al 31 de diciembre de 2010”, dispone:

“Artículo 81. Sin perjuicio de la responsabilidad fiscal y disciplinaria a que haya lugar, cuando en vigencias anteriores no se haya realizado el pago de obligaciones adquiridas con las formalidades previstas en el Estatuto Orgánico del Presupuesto y demás normas que regulan la materia, y sobre los mismos no se haya constituido la reserva presupuestal o la cuenta por pagar correspondiente, se podrá crear el rubro ‘Pasivos Exigibles - Vigencias Expiradas’ y con cargo a este, ordenar el pago.

También procederá la operación presupuestal prevista en el inciso anterior, cuando el pago no se hubiere realizado pese a haberse constituido oportunamente la reserva presupuestal o la cuenta por pagar en los términos del artículo 89 del Estatuto Orgánico del Presupuesto.

El mecanismo previsto en el primer inciso de este artículo también procederá cuando se trate del cumplimiento de una obligación originada en la ley, exigible en vigencias

anteriores, aun sin que medie certificado de disponibilidad presupuestal ni registro presupuestal.

En todo caso, el jefe del órgano respectivo certificará previamente el cumplimiento de los requisitos señalados en este artículo.”

Con base en la norma transcrita se puede afirmar que la creación del rubro de “Pasivos Exigibles – Vigencia Expiradas”, también procederá cuando el pago no se hubiere realizado pese a haberse constituido oportunamente la reserva presupuestal o la cuenta por pagar o cuando se trate del cumplimiento de una obligación originada en la ley, exigible en vigencias anteriores, aun sin que medie certificado de disponibilidad presupuestal ni registro presupuestal. Esto, sin perjuicio de la responsabilidad fiscal y disciplinaria en que puede incurrir un funcionario que desatienda el principio de anualidad.

Como quiera que el principio de anualidad impide que se paguen obligaciones que comprometan recursos presupuestales de vigencias pasadas, se encontró que un contratista convocó a audiencia de conciliación, argumentando como pretensión para un posible proceso, el pago de una obligación contractual que en realidad se había ejecutado en una vigencia vencida. Por lo anterior, y teniendo en cuenta la dificultad que la normativa prevé para este tipo de pagos, se decidió por recomendación del Comité conciliar. Se tomó la respectiva acta de conciliación como título suficiente. Este hecho permitió evitar que se incoara una demanda en contra de la Superintendencia por esa causa.

A efecto de formular la política en la materia, se debe tener en cuenta que anualmente se expide un circular interna, dirigida a supervisores y contratistas por medio de la cual se pone en conocimiento el calendario para programación de Plan Anual de Caja, radicación de cuentas de pagos y cierre de vigencia. Además la circular referida es publicada en la intranet de la entidad. Para la vigencia 2014 se expidió la Circular Interna No. 000032 del 19 de noviembre de 2013.

B. Listado de las posibles causas generadoras de la problemática a resolver.

Se encontró en el caso analizado que las posibles causas para el incumplimiento son:

- Radicación extemporánea de la facturación por parte del contratista.
- Falta de información sobre el término final para radicar las facturas.

- Desconocimiento sobre el contenido del principio de anualidad.
- Prórrogas o adiciones de contratos sin tener en cuenta la vigencia fiscal.
- Falta de coordinación entre la Subdirección Financiera y la Subdirección Administrativa
- Falta de control y seguimiento a las labores de supervisión e interventoría sobre los contratos suscritos por la Superintendencia.
- Desconocimiento del principio de planeación presupuestal y contractual.

C. Identificación de las causas primarias prevenibles

Las causas primarias que pueden ser prevenibles por parte de la Superintendencia, en ocasión al no cumplimiento del principio de anualidad, son las siguientes:

- Falta de información sobre el término final para radicar facturas.
- Radicación extemporánea de la facturación por parte del contratista.
- Falta de condiciones para realizar el pago de los contratos suscritos por la Superintendencia.
- Desconocimiento del principio de planeación.
- Desconocimiento del contenido del principio de anualidad.

Por lo anterior, se deberá adoptar una política para garantizar el cumplimiento del principio de anualidad, que tenga por objeto brindar claridad sobre el alcance y formas de observar dicho postulado. A su vez, se considera conveniente informar adecuada y suficientemente a los contratistas de la forma y tiempos de entrega de las facturas derivadas de la celebración de contratos con el fin de evitar tener que acudir a instancias como la conciliación para poder realizar los pagos que se debieron ejecutar con cargo a vigencias pasadas.

El ordenador del gasto y los encargados del presupuesto, deberán tener presente el procedimiento para realizar la constitución de una reserva presupuestal o una cuenta por

pagar, toda vez que ésta permite, efectuar el pago de sus obligaciones en vigencias posteriores. Es importante mencionar que las reservas presupuestales y las cuentas por pagar deberán constituirse y remitirse dentro de los plazos establecidos en la circular que para el efecto expide el órgano rector.

2.2. Medidas para corregir el problema.

Con el objeto de evitar problemas asociados a restricciones de pago de obligaciones ejecutadas a favor de la entidad, por cuenta del principio de anualidad, es necesario reforzar el conocimiento del principio de anualidad fiscal, establecer canales de información con los contratistas y capacitar a los supervisores de los contratos sobre el ejercicio de su labor, con el fin de radicar las facturas en el término indicado. Para lo anterior, se formulan las siguientes herramientas:

- 2.2.1 Realizar capacitaciones al Grupo de Contabilidad de la Subdirección Financiera con el fin de actualizar y reforzar los conocimientos acerca del Estatuto Orgánico del Presupuesto, en el cual se encuentra el principio de anualidad.

Responsable: Secretaría General

Tipo de acción: Preventiva.

Plazo de implementación: Julio de 2015

Plazo de revisión: Octubre de 2015

- 2.2.2. Realizar sesiones de socialización del calendario para programación de Plan Anual de Caja, radicación de cuentas y pagos en la respectiva vigencia, con supervisores y contratistas.

Responsable: Secretaría General, a través de la Subdirección Financiera y Subdirección Administrativa.

Tipo de acción: Preventiva.

Plazo de implementación: Febrero de 2015.

Plazo de revisión: Junio de 2015.

3. CASOS EN LOS QUE SE CONTROVIERTE LA DETERMINACIÓN DE LA TASA A PAGAR POR LOS SUJETOS DE INSPECCIÓN Y VIGILANCIA

3.1. Identificación del problema a resolver

En el estudio realizado sobre la información litigiosa, se encontró que se profirieron dos sentencias dictadas con ocasión de demandas presentadas en contra de las resoluciones que liquidaban la tasa de vigilancia a favor de la Superintendencia Nacional de Salud.

A. Descripción del análisis realizado del Comité

Según el artículo 98 de la Ley 488 de 1998, se causa a favor de la Superintendencia una tasa anual por concepto de la inspección y vigilancia con el fin de garantizar el cumplimiento de estas funciones. El Gobierno Nacional debe establecer anualmente los costos de supervisión y control para cada clase de tales entidades, los cuales serán objeto de recuperación mediante la tasa. Dicha tasa tendrá en cuenta el valor por el servicio prestado, teniendo en cuenta los costos de supervisión y control, que se definirán anualmente las bases sobre las cuales se hará el cálculo de dicha tasa. En la determinación de la tasa incluirá la evaluación de factores sociales, económicos y geográficos que incidan en las entidades sujetas al control de la Superintendencia Nacional de Salud.

En desarrollo de lo anterior, se expidieron los Decretos 1405 de 1999 y 1280 de 2008 que reglamentaron lo relacionado con la determinación de la respectiva tasa, y anualmente se han expedido los decretos que definen el monto total y la asignación porcentual de la tasa a los vigilados. Entre ellos el Decreto 1873 de 2006, demandado ante el Consejo de Estado²⁰ que lo definió para ese año (2006) y que a su vez fue base para las reclamaciones que se presentaron ante el Comité.

²⁰ Existe una acción de nulidad simple en contra del Decreto 1873 de 2006 "por el cual se establece la tasa y se fija tarifa a favor de la Superintendencia Nacional de Salud para el ejercicio de sus funciones en el año 2006", que para la fecha no se encuentra resuelta por parte del Consejo de Estado (Consejo de Estado, Sección Primera, Rad. 11001032700020060003600).

En este escenario, se encuentran procesos de nulidad y restablecimiento del derecho en los que se cuestiona el valor a pagar, debido a que para los actores el valor es muy elevado y tiene en cuenta factores o variables que no son acordes con lo dispuesto por las normas²¹.

Por lo anterior, se deben identificar claramente las variables factores, coeficientes y criterios a tener en cuenta para determinar la tasa de vigilancia. A su vez, se considera que el resultado, debería ser plenamente identificable por cada uno de las entidades vigiladas, con el fin de evitar equívocos y reclamaciones por ésta razón.

B. Listado de las posibles causas generadoras de la problemática a resolver.

Se encontró en los casos analizados que las posibles causas generadoras de la problemática que se analiza relativas a la falta de claridad y de información, en referencia a la tasa de vigilancia, son:

- Falta de comprensión de las entidades vigiladas de las variables de las ecuaciones para determinar la tasa.
- Falta de comprensión de las entidades vigiladas de lo que se debe incluir o no dentro de las variables.
- Inconformidad y resistencia de los vigilados frente al contenido de los Decretos 1405 de 1999, y 1280 de 2008, en cuanto a los criterios para determinar la tasa a pagar²².

²¹ Ver las correspondientes sentencias del Juzgado 13 Administrativo de Descongestión del Circuito de Bogotá, Sección Cuarta, radicación No. 110013331039200732 del 25 de enero de 2013; y del Juzgado 43 Administrativo de Oralidad del Circuito de Bogotá, radicación No 11001333704320070002900 del 22 de julio de 2014.

²² Las entidades vigiladas han manifestado su inconformidad con los criterios de tasación y tarifas de la Tasa de Vigilancia, contenidos en los decretos citados. Sobre el particular, como ya se indicó, existe una acción de nulidad simple en contra del Decreto 1873 de 2006 "por el cual se establece la tasa y se fija tarifa a favor de la Superintendencia Nacional de Salud para el ejercicio de sus funciones en el año 2006", que para la fecha no se encuentra resuelta por parte del Consejo de Estado (Consejo de Estado, Sección Primera, Rad. 11001032700020060003600).

- Inconformidad respecto de los actos administrativos que anualmente fijan la tasa a pagar por parte de los vigilados.
- Falta de información sobre la forma, variables, factores, coeficientes y criterios a tener en cuenta para determinar la tasa.
- Falta de una base de datos confiable de los vigilados de la Superintendencia.

C. Identificación de las causas primarias prevenibles

Las causas primarias que pueden ser prevenibles por parte de la Superintendencia, con ocasión a la falta de comprensión del valor de la tasa de vigilancia, son las siguientes:

- Falta de información sobre la forma, variables, factores, coeficientes y criterios a tener en cuenta para determinar la tasa.

- Por lo anterior, la política para prevenir las conciliaciones o procesos de nulidad y restablecimiento del derecho por las inconformidades con el valor de la tasa a pagar comprenderán medidas para informar al vigilado de forma completa, veraz y clara todo lo relacionado con la forma de determinar las tasa a pagar.

3.2. Medidas para corregir el problema

Con el objeto de reducir las solicitudes de conciliación y los procesos por acción de nulidad y restablecimiento del derecho con ocasión de las resoluciones que establecen la tasa a pagar, es necesario realizar un proceso de socialización de la información acerca de todo lo relacionado con la tasa.

3.2.1 Elaborar material pedagógico y socialización de los aspectos generales de la tasa a través una "Cartilla Abecé" que permita dar claridad tanto a los vigilados como a los funcionarios de la Superintendencia, que contenga información de sus sujetos pasivos y los criterios a tener en cuenta para determinarla.

Responsable: Secretaría General.

Tipo de acción: Preventiva.

Plazo de implementación: Junio de 2015

Plazo de revisión: Octubre de 2015

4. CASOS RELACIONADOS CON SUPUESTO ACOSO LABORAL

4.1. Identificación del problema a resolver

Dentro de los casos analizados por el Comité de Conciliación de la Superintendencia Nacional de Salud y las demandas presentadas en contra de la entidad, se identificaron tres casos sobre supuesto acoso laboral a ex trabajadores de la entidad, a saber: i) una solicitud de conciliación por una cuantía de \$24.245.060; ii) una sentencia judicial condenatoria en la que no se especifica la cuantía; y iii) una sentencia judicial absolutoria.

A. Descripción del análisis del Comité

Los ex trabajadores alegaron que fueron objeto de supuestas prácticas constitutivas de acoso laboral por parte de funcionarios de la Superintendencia Nacional de Salud. Por tanto, es procedente revisar las normas en la materia.

Para entender el marco normativo relacionado con el acoso laboral tenemos que remontarnos a enero del año 2006, cuando siguiendo la política mundial y en aras de proteger el trabajo en condiciones dignas y justas, la libertad, la intimidad, la honra y la salud mental, el legislador colombiano aprobó la Ley 1010 "*Por medio de la cual se adoptan medidas para prevenir, corregir y sancionar el acoso laboral y otros hostigamientos en el marco de las relaciones de trabajo*".

El objeto principal de la ley es prevenir, corregir y sancionar cualquier tipo de conducta que pueda constituir una forma de acoso laboral, entre ellas agresiones, maltratos, vejámenes y ultrajes. Para la expedición de la ley se tomó como base los principios y valores que irrigan

las relaciones laborales y los derechos de todos los trabajadores, del sector público o privado.²³

Dicha ley enuncia las conductas que podrían ser constitutivas de acoso laboral; el procedimiento que debe surtirse cuando se presente una situación de presunto acoso laboral, así como las sanciones correspondientes.

- La norma prevé que en cada entidad debe existir un Comité de Convivencia Laboral encargado de aplicar el procedimiento interno. El referido procedimiento es confidencial, conciliatorio y efectivo, y debe estar consignado en el Reglamento Interno de Trabajo. Estos comités son de carácter bipartito, es decir, una parte representa al empleador y la otra a los trabajadores.

El caso estudiado por el Comité de Conciliación correspondía a la renuncia de una funcionaria a su cargo, Claudia Patricia Guerrero Chaparro, por supuestas presiones de las que fue objeto en la entidad. En este caso, el Comité de Conciliación consideró que no se configuraba el supuesto acoso, pero dejó constancia en el acta de que el Comité de Convivencia Laboral pudo haber sido más diligente en el análisis de la queja que previamente había presentado la solicitante²⁴.

Esta misma solicitud de conciliación se materializó en un proceso judicial que terminó con una **sentencia desfavorable** para la entidad, del Juzgado Once (11) Administrativo de Oralidad del Circuito de Bogotá²⁵.

²³ **ARTÍCULO 10. OBJETO DE LA LEY Y BIENES PROTEGIDOS POR ELLA.** La presente ley tiene por objeto definir, prevenir, corregir y sancionar las diversas formas de agresión, maltrato, vejámenes, trato desconsiderado y ofensivo y en general todo ultraje a la dignidad humana que se ejercen sobre quienes realizan sus actividades económicas en el contexto de una relación laboral privada o pública. Son bienes jurídicos protegidos por la presente ley: el trabajo en condiciones dignas y justas, la libertad, la intimidad, la honra y la salud mental de los trabajadores, empleados, la armonía entre quienes comparten un mismo ambiente laboral y el buen ambiente en la empresa. **PARÁGRAFO:** <Aparte subrayado CONDICIONALMENTE exequible> La presente ley no se aplicará en el ámbito de las relaciones civiles y/o comerciales derivadas de los contratos de prestación de servicios en los cuales no se presenta una relación de jerarquía o subordinación. Tampoco se aplica a la contratación administrativa. Sentencia C-960 de 2007: “en el entendido de que si en realidad existe una relación laboral, se aplicará la Ley 1010 de 2006”

²⁴ Acta de Comité de Conciliación 105 del 4 de julio de 2012. Acción de nulidad y restablecimiento del derecho de Claudia Patricia Guerrero Chaparro en contra de la Superintendencia Nacional de Salud.

²⁵ Sentencia proferida en el proceso 2012-00006. Juzgado Once Administrativo de Oralidad del Circuito de Bogotá, del 10 de septiembre de 2014. Acción de nulidad y restablecimiento del derecho de Claudia Patricia Guerrero Chaparro en contra de la Superintendencia Nacional de Salud y Acta de Comité de Conciliación 105

En el citado fallo, además de revocar al acto administrativo de aceptación de la renuncia y de encontrar demostrado el acoso laboral, también se señaló que *"se pudo constatar que no existe evidencia alguna en la cual el Comité de Convivencia Laboral de la Superintendencia Nacional de Salud se haya reunido para tratar el tema de la queja presentada por la ex funcionaria Claudia Patricia Guerrero, en fecha posterior al 28 de octubre de 2011"* y *" (...) ante lo cual la demandada solo optó por no darle mayor relevancia al asunto del presunto acoso tanto así que el Comité no se reunió para una decisión definitiva (...)."*

Ahora bien, respecto del fallo proferido por del Juzgado Octavo (8º) Administrativo de Descongestión del Circuito de Bogotá D.C., de fecha 30 de abril de 2012, que resolvió la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho presentada por la señora Elodia María Ramírez Mendoza, en contra de la Superintendencia Nacional de Salud, la demandante manifestó que fue forzada a presentar su renuncia por funcionarios de la entidad.

Dentro de las consideraciones del fallo nugatorio de las pretensiones, el Juzgado argumentó que la renuncia es la manifestación voluntaria, espontánea e inequívoca del servidor que decide cesar en el ejercicio del empleo que viene desempeñando, y que el nominador puede, en determinadas situaciones, insinuarle al servidor que presente su renuncia, pudiendo éste rehusarse a hacerlo. Según el juez, este acto de insinuación *per se* no conllevaría un vicio de nulidad.

Por tanto, como ya se indicó, conviene revisar y observar las normas y procedimientos contenidos en la Ley 1010 de 2006 en orden a combatir el acoso laboral, ciertas actuaciones de funcionarios de la Superintendencia podrían constituirse en un factor de riesgo en este tema en particular, en especial si se tienen en cuenta las consecuencias tanto disciplinarias como indemnizatorias derivadas de conductas acreditadas, aún en el caso de renuncia.

B. Listado de las posibles causas generadoras de la problemática a resolver

Realizado el anterior estudio y análisis de los casos por presunto acoso laboral, en los que ex trabajadores así lo alegan, se observa que aquellos pueden tener origen en las siguientes situaciones:

- No aplicación oportuna al procedimiento establecido en la Ley 1010 de 2006 ante casos de posible acoso laboral;

- No se siguen las reglas sobre el funcionamiento del Comité de Convivencia Laboral;
- No se da trámite y respuesta oportuna por parte del Comité de Convivencia Laboral a las quejas, solicitudes y reclamaciones presentadas por un trabajador relacionadas con supuestas conductas de acoso laboral;

Del caso llevado a conocimiento del Comité de Conciliación se deduce que el Comité de Convivencia podría no haber realizado el adecuado seguimiento a la queja presentada por la ex funcionaria. Si bien no se trata de la razón por la cual se presentó la reclamación, es claro que en virtud de la normativa especial en materia laboral el rol del Comité sí puede llegar a evitar en sede administrativa una situación que en caso de desvinculación del funcionario quejoso puede derivar en un proceso judicial.

Resulta conveniente garantizar que el Comité de Convivencia Laboral se reúna con la periodicidad prevista en la Resolución 1356 de 2012 y priorice los casos de quejas presentadas por acoso laboral, dando alcance a cada una de ellas con la mayor celeridad posible.

4.2. Medidas para corregir el problema

Con el propósito de superar las situaciones detectadas en el trámite de los casos por presunto acoso laboral, que han dado origen a las reclamaciones, es necesario que se implementen las siguientes medidas:

4.2.1. Observar de forma estricta a lo dispuesto en la Ley 1010 de 2006. Para este efecto, la Superintendencia Nacional de Salud realizará jornadas de sensibilización en las diferentes dependencias de la entidad, con el fin de que los funcionarios conozcan los objetivos y alcance de la ley de acoso laboral y las implicaciones de su inobservancia.

Responsable: Presidente y Secretario del Comité de Convivencia Laboral

Tipo de acción: Preventiva.

Plazo de implementación: Agosto de 2015.

Plazo de revisión: Octubre de 2015.

4.2.2. Adoptar mediante acto administrativo reglamento interno del Comité de Convivencia Laboral que contenga sus funciones, el trámite y procedimiento que deberá darse a las quejas por presuntos casos de acoso laboral y demás aspectos necesarios para su funcionamiento.

Responsable: Comité de Convivencia Laboral

Tipo de acción: Preventiva.

Plazo de implementación: Agosto de 2015

Plazo de revisión: Octubre de 2015

5. CASOS EN LOS QUE SE ALEGA LA INOBSERVANCIA DEL DEBIDO PROCESO EN LOS PROCEDIMIENTOS SANCIONATORIOS

5.1. Identificación del problema a resolver

Dentro de los casos analizados por el Comité de Conciliación de la Superintendencia Nacional de Salud y las demandas entabladas en contra de la entidad, encontramos 12 acciones contenciosas iniciadas en contra de la entidad por imposición de multas, con una cuantía de \$ 13.944.335.102. Los demandantes alegan la inobservancia del debido proceso.

Las alegadas violaciones al debido proceso se presentan en casos en que la Superintendencia Nacional de Salud ha impuesto sanciones por los siguientes motivos:

- Desconocimiento de los artículos 1 y 5 del Decreto 1283 de 1996 “*Por el cual se reglamenta el funcionamiento del Fondo de Solidaridad y Garantía del Sistema General de Seguridad Social en Salud*” al no presentar Plan de Mejoramiento frente a hallazgos observados por la Superintendencia. - Multa de 625 SMMLV.²⁶
- Incumplimiento del contenido de la Circular Única numerales 2 y 9 del Capítulo II del Título IV, por el no envío de la información financiera requerida.

²⁶ Acta de Comité de Conciliación 137 de 2014. Acción de nulidad y restablecimiento del derecho de Fiduciaria Bancolombia S.A., Fiduciaria Davivienda S.A., Fiduciaria Bogotá S.A., Fiduciaria de Occidente S.A. Y Fiduciaria Popular S.A. en contra de la Superintendencia Nacional de Salud.

Multa de \$10.030.000²⁷

- Incumplimiento al Plan Obligatorio de Salud del régimen subsidiado, en especial sobre las atenciones de alto costo y desconocimiento de los principios de oportunidad y continuidad del Sistema de Seguridad Social en Salud. Multa de 1000 SMMLV²⁸
- Incumplimiento en la entrega de la certificación digital de acuerdo con las disposiciones de la Declaración de Prácticas de Certificación. Multa 15 SMMLV.²⁹
- Indebida atención de población pobre y vulnerable. Multa de \$83.664.000³⁰.
- Incumplimiento de la transferencia de recursos a las IPS. Multa: 400 SMMLV³¹
- Incumplimiento de las metas establecidas en la Resolución 3384 de 2000 *“Por la cual se Modifican Parcialmente las Resoluciones 412 (Por la cual se establecen las actividades, procedimientos e intervenciones de demanda inducida y obligatorio cumplimiento y se adoptan las normas técnicas y guías de atención para el desarrollo de las acciones de protección específica y detección temprana y la atención de enfermedades de interés en salud pública) y 1745 de 2000 (Por la cual se*

²⁷ Sentencia proferida en el proceso 05001-33-31-016 2012-00274-00. Juzgado Primero Administrativo de Descongestión del Circuito de Medellín, del 19 de mayo de 2014. Acción de nulidad y restablecimiento del derecho de José Nadith Castero Jiménez en contra de la Superintendencia Nacional de Salud. Sentencia proferida en el proceso 2013 00040-00. Juzgado 13 Administrativo Oral de Bucaramanga, 9 de diciembre de 2013. Acción de nulidad y restablecimiento del derecho de Clínica San Pablo S.A. en contra de la Superintendencia Nacional de Salud. Acta de Comité de Conciliación 143 de 2014. Acción de nulidad y restablecimiento del derecho de Dentilaser EU en contra de la Superintendencia Nacional de Salud.

²⁸ Acta de Comité de Conciliación 144 de 2014. Acción de nulidad y restablecimiento del derecho de Comparta EPS-S en contra de la Superintendencia Nacional de Salud.

²⁹ Acta de Comité de Conciliación 143 de 2014. Acción de nulidad y restablecimiento del derecho de IPS Unidad Médica Familiar del Sur S.A. en contra de la Superintendencia Nacional de Salud.

³⁰ Acta de Comité de Conciliación 104 de 2012. Acción de nulidad y restablecimiento del derecho del Departamento de Antioquia en contra de la Superintendencia Nacional de Salud.

³¹ Sentencia proferida en el proceso 25000232400020060080101. Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección Tercera, del 28 de mayo de 2013. Acción de nulidad y restablecimiento del derecho de Humana Vivir S.A. EPS en contra de la Superintendencia Nacional de Salud

modifica la fecha de entrada en vigencia de la Resolución 412 de 2000 que establece las actividades, procedimientos e intervenciones de demanda inducida y obligatorio cumplimiento y adopta las Normas Técnicas y Guías de Atención para el desarrollo de las acciones de protección específica y detección temprana y la atención de enfermedades de interés en salud pública) y se Deroga la Resolución 1078 de 2000.” Multa de 2000 SMMLV³².

- Incumplimiento en la respuesta a la queja presentada por usuarios según lo dispuesto por la Circular No. 009 de 1996 “Atención al usuario, trámite de quejas y peticiones”. No aplica el régimen sancionatorio del EOSF.: 20 SMMLV³³
- Por haber prestado servicios contenidos en el Plan Integral de Salud, sin que dicho plan haya sido autorizado por la Superintendencia como lo exige el numeral 4 del artículo 15 del Decreto 1570 de 1993 “Por el cual se reglamenta la ley 10 de 1990 en cuanto a la organización y funcionamiento de la medicina prepagada” y la Circular Externa 077 de 14 de septiembre de 1998.³⁴

A. Descripción del análisis del Comité

En los anteriores casos los demandantes alegaron inobservancia o aplicación errada de las normas del procedimiento sancionatorio por parte de la Superintendencia Nacional de Salud. Sin embargo, tanto el Comité de Conciliación de la Superintendencia como los jueces administrativos (hasta ahora) han concluido que en los casos relacionados se presentan las excepciones de i) inexistencia de causal que afecte la validez del acto demandado; ii) indebido agotamiento de vía gubernativa; iii) la multa se encuentra dentro de los rangos establecidos (proporcionalidad); y iv) cumplimiento de las normas relacionadas con la notificación por parte de la Superintendencia.

³² Sentencia proferida en el proceso 2012-04. Acción de nulidad y restablecimiento del derecho de Famisanar Ltda. EPS contra de la Superintendencia Nacional de Salud.

³³ Sentencia proferida en el proceso 11001133100120030024800, del Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Bogotá, Sección Primera, del 13 de abril de 2013. Acción de nulidad y restablecimiento del derecho de Sanitas S.A. EPS en contra de la Superintendencia Nacional de Salud.

³⁴ Sentencia proferida en el proceso 2002-0176-01, del Consejo de Estado Sección Primera, del 23 de enero de 2014. Acción de nulidad y restablecimiento del derecho de ColSanitas S.A. y Medisanitas S.A. en contra de la Superintendencia Nacional de Salud.

Adicionalmente, se observan dos casos de sentencias judiciales en los que se negaron las excepciones propuestas por la Superintendencia Nacional de Salud y se declaró la nulidad de los correspondientes actos administrativos y el restablecimiento del derecho, en la medida en que los jueces consideraron que se desconoció el debido proceso administrativo.

En efecto, el Juzgado 13 Administrativo Oral de Bucaramanga, en la Sentencia del 9 de diciembre de 2013, resolvió declarar la nulidad de los actos administrativos que ordenaron a la IPS Clínica San Pablo, el pago de una multa por \$5.667.000. El Juez consideró que se había violado el debido proceso del demandante, como quiera que la Superintendencia no tuvo en cuenta que el incumplimiento del deber a cargo de la IPS Clínica San Pablo, de reportar en tiempo la información solicitada por la entidad, no obedeció a una causa a ella imputable, en la medida en que la plataforma correspondiente presentaba fallas técnicas atribuibles a la demandada. Por tanto, el fallador concluyó que el debido proceso de la demandante se vulneró, como quiera que la entidad no tuvo en cuenta sus explicaciones sobre el particular³⁵. Así las cosas, el despacho dispuso a título de restablecimiento del derecho del demandante la devolución por parte de la entidad de la suma pagada por éste.

Sobre este mismo tema, se considera conveniente revisar otro caso llevado ante el Comité, en la que el convocante manifiesta su inconformidad con una multa impuesta por la entidad, por *"no encontrarse conectada en línea y tiempo real con la Superintendencia"*³⁶. Al respecto, si bien el Comité afirma que este no es un tema conciliable, vale la pena revisar cuáles pueden ser los inconvenientes que respecto de la comunicación en línea con la Entidad se están presentando. Podría constituir un riesgo el hecho de derivar sanciones de problemas que, al menos parcialmente, no estarían dentro de las posibilidades del vigilado.

Ahora bien, el Juzgado Primero Administrativo de Descongestión del Circuito de Medellín, en la Sentencia del 19 de mayo de 2014, resolvió declarar la nulidad de las resoluciones que ordenaron a la empresa J. N. C. J. EU el pago de una multa equivalente a 40 salarios mínimos legales mensuales vigentes. Para el Despacho en este caso se vulneró el debido proceso de la demandante, como quiera que en el proceso administrativo sancionatorio la entidad desconoció el término normativo de 30 días, que aquella tenía para rendir descargos y, en su lugar, solamente concedió 5 días para el efecto. En criterio del Juez, esta actuación de la Superintendencia no permitió que la empresa investigada ejerciera de forma adecuada su derecho de defensa. En consecuencia, el Despacho declaró a título de restablecimiento del

³⁵ Sentencia proferida en el proceso 2013 00040-00. Juzgado 13 Administrativo Oral de Bucaramanga, del 9 de diciembre de 2013. Acción de nulidad y restablecimiento del derecho de Clínica San Pablo S.A. en contra de la Superintendencia Nacional de Salud.

³⁶ Ver Acta del Comité de Conciliación de la Superintendencia Nacional de Salud No. 151 de 2014

derecho que la demandante no está obligada al pago de la multa referida³⁷.

Adicionalmente, se identificaron dos casos de solicitudes de conciliación sometidas al estudio del Comité, relacionados con el cómputo del término de caducidad de la facultad sancionatoria de la Superintendencia Nacional de Salud. El Comité analizó el caso de una actuación sancionatoria de la entidad, en la que se adelantó un proceso de imposición de multa por \$123.000.000, por hechos ocurridos el 31 de diciembre de 2008. La notificación del acto administrativo "*primigenio*" de sanción se produjo el 10 de noviembre de 2011, es decir dos años, once meses y diez días después de ocurridos los hechos. En este caso el solicitante manifiesta que para la época de imposición de la sanción, ya había caducado la facultad sancionatoria de la entidad, de acuerdo con lo previsto en las normas correspondientes. El Comité decidió no proponer fórmula conciliatoria, como quiera que consideró que el acto sancionatorio fue notificado dentro del término de tres años contados desde la ocurrencia de los hechos que dieron origen a la imposición de la multa³⁸.

En el otro caso, un convocante adujo que la Superintendencia no tenía la facultad para imponer sanciones, ya que había operado el silencio administrativo positivo y la facultad sancionadora estaba caducada. El convocante expresa que el acto administrativo por el cual se impuso la sanción, se profirió el día 31 de diciembre de 2010, y que las resoluciones que resolvieron los recursos de reposición y apelación fueron expedidas el 27 de octubre de 2011 y el 11 de octubre de 2013, por lo cual, la facultad sancionadora se había extinguido y operaba el silencio administrativo positivo. No obstante, en el análisis realizado por el Comité se consideró que la Superintendencia tenía la facultad para expedir las resoluciones citadas, toda vez que la caducidad se había interrumpido con la decisión inicial, según la teoría adoptada por la Sala Plena del Consejo de Estado³⁹ y por el numeral 6 del artículo 208 de la Ley 795 de 2003.

Finalmente, se advierte la existencia de dos casos de solicitudes de conciliación, uno por la cuantía de \$5.150.000⁴⁰ y otro por la cuantía de \$25.750.000⁴¹, relacionadas con eventos en los que se discute la negación de prestaciones incluidas o excluidas en el POS, en los que la Superintendencia Nacional de Salud impuso multas en el año 2010 a entidades vigiladas, por ese motivo. Las entidades presentaron los recursos de la vía gubernativa en su momento, pero el recurso de apelación solamente se resolvió en el año 2014. Al respecto, resulta

³⁷ Sentencia proferida en el proceso 05001-33-31-016 2012-00274-00. Juzgado Primero Administrativo de Descongestión del Circuito de Medellín, del 19 de mayo de 2014. Acción de nulidad y restablecimiento del derecho de José Nadith Castero Jiménez en contra de la Superintendencia Nacional de Salud

³⁸ Ver acta 148 del Comité de Conciliación de la Superintendencia Nacional de Salud.

³⁹ Ver Acta del Comité de Conciliación de la Superintendencia Nacional de Salud No. 152.

⁴⁰ Acta 157 del Comité de Conciliación.

⁴¹ Acta 157 del Comité de Conciliación.

relevante precisar el término para resolver los recursos de la vía gubernativa, de conformidad con las normas vigentes, en la medida en que la entidad tardó 4 años en desatarlos.

Sobre el particular, debe tenerse en cuenta que el artículo 52 de la Ley 1437 de 2011 establece, entre otras cosas, que los recursos en el trámite de procesos administrativos sancionatorios deben decidirse en el término de un año, so pena de que se produzca la pérdida de competencia y de que se configure el silencio administrativo positivo, es decir se entiendan fallados a favor del recurrente. Lo anterior, sin perjuicio de la responsabilidad patrimonial y disciplinaria del funcionario que no decidió en el término legal.

- **Vigencia de las normas sobre procedimiento**

Como quiera que se han producido diferentes tránsitos normativos en materia de disposiciones sobre procedimiento administrativo sancionatorio, es necesario analizar su ámbito de aplicación en el tiempo.

Inicialmente, la Ley 100 de 1993 "Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones" dispuso en su artículo 230⁴² que habría lugar a la imposición de multas por violación de las normas contenidas en los artículos 161, 168, 178, 182, 183, 188, 204, 210, 225 y 227 de dicha ley.

- A su vez, el párrafo 2, del artículo 233⁴³ de la misma ley estableció que el procedimiento

⁴² **ARTÍCULO 230. RÉGIMEN SANCIONATORIO.** La Superintendencia Nacional de Salud, previa solicitud de explicaciones, podrá imponer, en caso de violación a las normas contenidas en los artículos 161, 168, 178, 182, 183, 188, 204, 210, 225 y 227, por una sola vez, o en forma sucesiva, multas en cuantía hasta de 1.000 salarios mínimos legales mensuales vigentes a favor de la subcuenta de Solidaridad del Fondo de solidaridad y Garantía. 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: 1. Petición de la Entidad Promotora de Salud. 2. Cuando la entidad deje de cumplir cualquiera de los requisitos establecidos para el otorgamiento de la autorización. 3. Cuando la entidad no haya iniciado su actividad en un plazo de tres meses contados a partir de la fecha de otorgamiento del certificado de autorización. 4. Cuando la entidad ejecute prácticas de selección adversa. 5. Cuando se compruebe que no se prestan efectivamente los servicios previstos en el Plan de Salud Obligatorio. **PARÁGRAFO 1o.** El Gobierno reglamentará los procedimientos de fusión, adquisición, liquidación, cesión de activos, pasivos y contratos, toma de posesión para administrar o liquidar y otros mecanismos aplicables a las entidades promotoras y prestadoras que permitan garantizar la adecuada prestación del servicio de salud a que hace referencia la presente Ley, protegiendo la confianza pública en el sistema. **PARÁGRAFO 2o.** La Superintendencia Nacional de Salud ejercerá las funciones de inspección, control y vigilancia respecto de las Entidades Promotoras de Salud, cualquiera que sea su naturaleza jurídica.

⁴³ **ARTÍCULO 233. DE LA SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD.** La Superintendencia Nacional de Salud es un organismo adscrito al Ministerio de Salud con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio independiente. <Texto derogado por el artículo 18 del Decreto Extraordinario 1259

administrativo que la Superintendencia Nacional de Salud debería aplicar para imponer sanciones sería el mismo consagrado por las disposiciones legales para la Superintendencia Bancaria, hoy Superintendencia Financiera.

De conformidad con esa remisión, la Superintendencia Nacional de Salud debía dar aplicación al numeral 4 del artículo 45 de la Ley 795 de 2003 "*Por la cual se ajustan algunas normas del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y se dictan otras disposiciones*", es decir, la actuación administrativa de la Superintendencia Nacional de Salud se sujetaría a lo dispuesto en dicho ordenamiento y, en general, al Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y, en lo no regulado de manera especial, al Código Contencioso Administrativo⁴⁴.

El Legislador, en el año 2007 expidió la Ley 1122 "*Por la cual se hacen algunas modificaciones en el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones*" en la que se dispuso en el literal c) del artículo 40, que la Superintendencia Nacional de Salud, además de las funciones y facultades ya establecidas en otras disposiciones, señalaría los procedimientos aplicables a los vigilados de dicha entidad, respecto de las investigaciones administrativas sancionatorias, con sujeción a las normas contenidas en el Código Contencioso Administrativo.

de 1994> El Gobierno Nacional podrá delegar total o parcialmente la inspección y vigilancia de las Entidades Promotoras de Salud en los jefes de las entidades territoriales. La Superintendencia Nacional de Salud será la entidad encargada de resolver administrativamente las diferencias que se presenten en materia de preexistencias en el sector salud. Para el efecto la Superintendencia deberá tener en cuenta la opinión de un comité integrado para cada caso por un especialista designado por la Superintendencia, un especialista designado por la entidad y un especialista designado por el usuario. Los especialistas serán llamados a cumplir con su función en forma gratuita y obligatoria frente a la Superintendencia. El procedimiento para resolver la controversia será fijado por el Gobierno Nacional. **PARÁGRAFO 1o.** Deróganse el artículo 3o., numerales 1, 2, 16, 17, 18 y artículo 38 del Decreto 2165 de 1992. **PARÁGRAFO 2o.** <Ver Notas del Editor> El procedimiento administrativo de la Superintendencia Nacional de Salud será el mismo que se consagra por las disposiciones legales para la Superintendencia Bancaria³⁷. Los actos de carácter general que expida la Superintendencia Nacional de Salud no producirán efectos legales mientras no se publiquen en el boletín del Ministerio de Salud¹⁷, Capítulo, Superintendencia Nacional de Salud, el cual podrá ser editado y distribuido a través de esta. **PARÁGRAFO 3o.** Para el cumplimiento de su función de inspección y vigilancia sobre el Fondo de Solidaridad y Garantía y sobre las Entidades Promotoras de Salud, la Superintendencia Nacional de Salud podrá contratar con firmas de auditoría colombianas la realización del programa o labores especiales.

⁴⁴ **Artículo 45.** Sustitúyase la Parte Séptima del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, la cual quedará así (...) Artículo 208. *Reglas generales.* Se establece en esta parte del Estatuto el régimen sancionatorio administrativo aplicable a las entidades vigiladas por la Superintendencia Bancaria, así como a los directores, administradores, representantes legales, revisores fiscales u otros funcionarios o empleados de estas. La facultad sancionatoria administrativa de la Superintendencia Bancaria se orienta y ejerce de acuerdo con los siguientes principios, criterios y procedimientos: (...) 4. Procedimiento administrativo sancionatorio. b) Actuación administrativa. Para la determinación de las infracciones administrativas los funcionarios competentes, en la etapa anterior a la formulación de cargos, practicarán las pruebas de acuerdo con las disposiciones que las regulen, respetando siempre los derechos fundamentales. El trámite posterior se sujetará a lo previsto de manera especial en este artículo y en general en el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y, en lo no regulado de manera especial, a lo dispuesto en el Código Contencioso Administrativo.

Por otra parte, el Decreto 1018 de 2007 “*Por el cual se modifica la estructura de la Superintendencia Nacional de Salud y se dictan otras disposiciones*” estableció en el numeral 38 del artículo 6 que le correspondía a la Superintendencia Nacional de Salud señalar, con sujeción a las normas contenidas en el Código Contencioso Administrativo, los procedimientos aplicables a los vigilados de esa entidad respecto de las investigaciones administrativas sancionatorias.

En virtud de lo antecedentes mencionados, la Superintendencia Nacional de Salud en el año 2007 profirió la Resolución 1212 “*Por medio de la cual se señalan los procedimientos aplicables a los vigilados de la Superintendencia Nacional de Salud respecto de las investigaciones administrativas sancionatorias*”.

La Ley 1437 de 2011 “*Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo*” estableció en su artículo 47⁴⁵ que los procedimientos administrativos de carácter sancionatorio no regulados por leyes especiales se sujetarán a las disposiciones previstas en la parte Primera de dicha ley. En su artículo 308⁴⁶ dispuso que la ley comenzaría a regir a partir del 2 de julio del año 2012, y que las normas allí contenidas se aplicarían a partir de la fecha mencionada a los procedimientos y las actuaciones administrativas que se iniciaran, así como a las demandas y procesos que se instauraran con posterioridad a la entrada en vigencia. La misma norma previó que en el caso de los procedimientos y las actuaciones administrativas, así como las demandas y procesos que estuvieran en curso para el momento de entrada en vigencia del referido Código se seguirán rigiendo y culminarán de conformidad con el régimen jurídico anterior correspondiente.

45 ARTÍCULO 47. PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONATORIO. Los procedimientos administrativos de carácter sancionatorio no regulados por leyes especiales o por el Código Disciplinario Único se sujetarán a las disposiciones de esta Parte Primera del Código. Los preceptos de este Código se aplicarán también en lo no previsto por dichas leyes. Las actuaciones administrativas de naturaleza sancionatoria podrán iniciarse de oficio o por solicitud de cualquier persona. Cuando como resultado de averiguaciones preliminares, la autoridad establezca que existen méritos para adelantar un procedimiento sancionatorio, así lo comunicará al interesado. Concluidas las averiguaciones preliminares, si fuere del caso, formulará cargos mediante acto administrativo en el que señalará, con precisión y claridad, los hechos que lo originan, las personas naturales o jurídicas objeto de la investigación, las disposiciones presuntamente vulneradas y las sanciones o medidas que serían procedentes. Este acto administrativo deberá ser notificado personalmente a los investigados. Contra esta decisión no procede recurso. Los investigados podrán, dentro de los quince (15) días siguientes a la notificación de la formulación de cargos, presentar los descargos y solicitar o aportar las pruebas que pretendan hacer valer. Serán rechazadas de manera motivada, las inconducentes, las impertinentes y las superfluas y no se atenderán las practicadas ilegalmente. **PARÁGRAFO.** Las actuaciones administrativas contractuales sancionatorias, incluyendo los recursos, se regirán por lo dispuesto en las normas especiales sobre la materia.

46 ARTÍCULO 308. RÉGIMEN DE TRANSICIÓN Y VIGENCIA. El presente Código comenzará a regir el dos (2) de julio del año 2012. Este Código sólo se aplicará a los procedimientos y las actuaciones administrativas que se inicien, así como a las demandas y procesos que se instauran con posterioridad a la entrada en vigencia. Los procedimientos y las actuaciones administrativas, así como las demandas y procesos en curso a la vigencia de la presente ley seguirán rigiéndose y culminarán de conformidad con el régimen jurídico anterior.

Por su parte, la Ley 1438 de 2011 "*Por medio de la cual se reforma el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones*", en su artículo 128⁴⁷, expresamente determinó cuál era el procedimiento administrativo sancionatorio que la Superintendencia Nacional de Salud debía adelantar para la imposición de multas.

En el párrafo del artículo en mención, se señaló que la Superintendencia Nacional de Salud, mediante acto administrativo, desarrollaría el procedimiento administrativo sancionatorio, con sujeción a lo previsto en el mismo artículo 128, y teniendo en cuenta lo previsto en el Código Contencioso Administrativo, en lo que no se opusiera.

La Superintendencia Nacional de Salud, en virtud de lo previsto en el artículo 128 de la Ley 1438 de 2011 expidió la Resolución número 3140 de 2011, "*Por medio de la cual se desarrolla el procedimiento administrativo sancionatorio previsto en el artículo 128 de la Ley 1438 de 2011, aplicable por la Superintendencia Nacional de Salud a sus vigilados*". El artículo 76⁴⁸ de esta resolución remitía al Código Contencioso Administrativo (Decreto 01 de 1984) en los aspectos no contemplados por ésta.

A su vez, el artículo 77 de la Resolución 3140 de 2011 señalaba que "*de conformidad con el artículo 40 de la Ley 153 de 1887, los procedimientos administrativos sancionatorios que se encuentren en curso, a la fecha de entrada en vigencia de la presente resolución, continuarán su trámite, de acuerdo con lo previsto en la Resolución 1212 de 2007. A partir del 02 de julio de 2012, fecha en la cual entra a regir la Ley 1437 de 2011, esto es, el nuevo Código Contencioso Administrativo, las disposiciones que modifican, adicionan sustituyen los artículos del actual Código Contencioso Administrativo, Decreto 01 de 1984, citados en esta Resolución, deberán ser aplicados en las investigaciones administrativas*

47 ARTÍCULO 128. PROCEDIMIENTO SANCIONATORIO. La Superintendencia Nacional de Salud aplicará las multas o la revocatoria de la licencia de funcionamiento realizando un proceso administrativo sancionatorio consistente en la solicitud de explicaciones en un plazo de cinco (5) días hábiles después de recibida la información, la práctica de las pruebas a que hubiere lugar en un plazo máximo de quince (15) días calendario, vencido el término probatorio las partes podrán presentar alegatos de conclusión dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes. La Superintendencia dispondrá de un término de diez (10) días calendario después del vencimiento del término para presentar alegatos de conclusión para imponer la sanción u ordenar el archivo de las actuaciones. Si no hubiere lugar a decretar pruebas, se obviará el término correspondiente. La sanción será susceptible de los recursos contenidos en el Código Contencioso Administrativo. **PARÁGRAFO.** Con sujeción a lo anterior y teniendo en cuenta en lo que no se oponga, lo previsto en el Código Contencioso Administrativo, la Superintendencia Nacional de Salud, mediante acto administrativo, desarrollará el procedimiento administrativo sancionatorio, respetando los derechos al debido proceso, defensa, contradicción y doble instancia.

48 ARTÍCULO 76. ASPECTOS NO REGULADOS. En los aspectos no contemplados en la presente resolución, se seguirán las disposiciones contempladas en el Código Contencioso Administrativo. En los aspectos no contemplados en el Código Contencioso Administrativo se seguirá el Código de Procedimiento Civil en lo que sea compatible con la naturaleza de los procesos y actuaciones, al tenor de lo previsto en el artículo 267 del Código Contencioso Administrativo.

sancionatorias que adelante la Superintendencia Nacional de Salud.”

Finalmente, la Resolución 3140 de 2011 derogó la Resolución 1212 de 2007 y demás disposiciones que le fueren contrarias y entró en vigencia a partir de su publicación⁴⁹.

En el año 2013, el Gobierno Nacional expidió el Decreto 2462 “*Por medio del cual se modifica la estructura de la Superintendencia Nacional de Salud*” y en el numeral 20 del artículo determinó como una de las funciones del Despacho del Superintendente Nacional de Salud, expedir el procedimiento administrativo sancionatorio, respetando los derechos del debido proceso, defensa, contradicción y doble instancia, con sujeción al artículo 128 de la Ley 1438 de 2011 y a las demás disposiciones que lo modifiquen o adicionen.

No obstante la anterior descripción normativa, el 29 de agosto de 2014, la Superintendencia Nacional de Salud, expidió la Resolución 1650 “*Por la cual se desarrolla el procedimiento administrativo sancionatorio aplicable por la Superintendencia Nacional de Salud*”⁵⁰, la cual deroga la Resolución 1212 de 2007, la Resolución 3140 de 2011 y las demás disposiciones que le fueren contrarias⁵¹. Dentro de los considerandos de dicha resolución se expresa:

“(…) Que, en consecuencia, la norma aplicable a los procesos que adelanta la Superintendencia Nacional de Salud depende de la fecha de iniciación de la correspondiente actuación administrativa. Por lo mismo, el régimen de transición de la Ley 1437 de 2011 impide unificar para todos los procesos el trámite administrativo, pues las actuaciones que se encontraban en curso a su entrada en vigencia, continúan su trámite con lo previsto en el Decreto número 01 de 1984;

Que someter todos los procesos que se adelantan en la Superintendencia Nacional de Salud al mismo procedimiento administrativo sancionatorio, sin considerar el régimen de transición de la Ley 1437 de 2011, crea inconsistencias, confusiones, duplicidades y contradicciones normativas;

Que de conformidad con el principio de eficacia previsto en el numeral 11 del artículo 3 de la Ley 1437 de 2011, las autoridades buscarán que los procedimientos logren su finalidad y, para el efecto, removerán de oficio los obstáculos puramente formales, evitarán decisiones inhibitorias, dilaciones o retardos y sanearán, de

⁴⁹ ARTÍCULO 78. DEROGATORIA Y VIGENCIA.

⁵⁰ La Resolución 1650 de 2014, fue modificada por la Resolución 002105 de 2014, en cuanto precisa la forma de hacer notificaciones de actos administrativos dictados en procesos administrativos sancionatorios.

⁵¹ ARTÍCULO 20. DEROGATORIA Y VIGENCIA. La presente resolución deroga la Resolución número 1212 de julio 27 de 2007, la Resolución número 3140 de 2011 y las demás disposiciones que le sean contrarias, y rige a partir de su publicación en el Diario Oficial.

acuerdo con este Código las irregularidades procedimentales que se presenten, en procura de la efectividad del derecho material objeto de la actuación administrativa;

En esta resolución se estableció de manera general el procedimiento administrativo sancionatorio aplicable por la Superintendencia, se hizo remisión a las disposiciones del Decreto 01 de 1984 o de la Ley 1437 de 2011, según correspondiera, en los aspectos no contemplados en dicha resolución⁵². En el artículo 19 expresamente indicó que empezaba a regir desde su expedición, pero que los recursos interpuestos, la práctica de pruebas decretadas, las audiencias convocadas, las diligencias iniciadas, los términos que hubieren comenzado a correr, los incidentes en curso y las notificaciones que se estén surtiendo, se regirán por las normas vigentes cuando se interpusieron los recursos, se decretaron las pruebas, se iniciaron las audiencias o diligencias, empezaron a correr los términos, se promovieron los incidentes o comenzaron a surtirse las notificaciones.

Así las cosas, se observa que la Resolución 1650 de 2014 establece con claridad que el procedimiento administrativo sancionatorio aplicable por la Superintendencia Nacional de Salud a los hechos ocurridos con posterioridad a su entrada en vigencia es el contenido en aquello. A su vez, los recursos interpuestos, la práctica de pruebas decretadas, las audiencias convocadas, las diligencias iniciadas, los términos que hubieren comenzado a correr, los incidentes en curso y las notificaciones que se estén surtiendo, antes de la entrada en vigencia de la referida resolución, se regirán por las normas vigentes al momento de su inicio según corresponda.

A. Listado de las posibles causas generadoras de la problemática a resolver

Realizado el análisis de los casos presentados por el Comité de Conciliación de la Superintendencia Nacional de Salud y en las demandas de nulidad y restablecimiento del derecho encontramos que los demandantes basan sus pretensiones en la supuesta violación por parte de la Superintendencia de las normas que regulan el procedimiento sancionatorio.

Dentro de los casos enunciados se observan dos tipos de censura a la actuación de la Superintendencia:

- 1) Violación al debido proceso en el trámite sancionatorio.

⁵² ARTÍCULO 18. ASPECTOS NO REGULADOS. En los aspectos no contemplados en la presente resolución, se seguirán las disposiciones contempladas en el Decreto número 01 de 1984 o en la Ley 1437 de 2011, según corresponda.

2) Graduación de la sanción.

Dichas causas son alegadas por cuanto los demandantes no tienen claridad respecto de la motivación de los actos que lleva a la Superintendencia Nacional de Salud a tomar alguna decisión.

5.2. Medidas para corregir el problema

Con el propósito de reducir el riesgo de que la Superintendencia Nacional de Salud sea parte demandada o condenada en una acción contenciosa, en los casos relacionados con procesos administrativos sancionatorios, se deberán implementar las siguientes medidas:

5.2.1. Observancia estricta al debido proceso. Para este efecto, el artículo 128 de la Ley 1438 de 2011 *“Por medio de la cual se reforma el Sistema General de Seguridad Social y se dictan otras disposiciones”* ha dispuesto de manera general las etapas que deben surtirse dentro del proceso administrativo sancionatorio que aplicaría la Superintendencia Nacional de Salud.

En concordancia con lo anterior, la Resolución 1650 de 2014 *“Por la cual se desarrolla el procedimiento administrativo sancionatorio aplicable por la Superintendencia Nacional de Salud”*, expedida por esa entidad, describe de forma específica la manera en que aquella debe adelantar dicho procedimiento administrativo sancionatorio. Lo anterior, con plena observancia de los principios de contradicción, legalidad, tipicidad, debido proceso, derecho de defensa y doble instancia.

En esta resolución se establece que las sanciones que la Superintendencia Nacional de Salud podrá aplicar son la amonestación, la multa y la revocatoria de habilitación.

Las siguientes son las etapas del proceso descrito en la Resolución 1650 de 2014:

**PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONATORIO APLICABLE EN LA
SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD**

AVERIGUACIONES PRELIMINARES-

AUTO DE INICIACIÓN

NOTIFICACIÓN DEL AUTO DE INICIACIÓN

DESCARGOS- 5 días hábiles

PERIODO PROBATORIO - 15 días calendario

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN - 5 días hábiles

DECISIÓN - máximo de 10 días

NOTIFICACIÓN DE LA DECISIÓN

Para efectos de lo anterior, desde la apertura de las eventuales actuaciones administrativas sancionatorias se deberán señalar de manera expresa, clara y completa las referencias normativas correspondientes al procedimiento aplicable, de tal forma que el investigado tenga pleno conocimiento del mismo y de los derechos que le asisten. Igualmente, se deberá explicar en detalle los hechos por los que se investiga en cada caso y las normas presuntamente violadas; y que los actos administrativos correspondientes se notifiquen de acuerdo con las normas aplicables en la materia.

Ahora bien, la resolución que imponga una sanción deberá contener en la motivación la valoración de las pruebas decretadas y practicadas en el proceso sancionatorio administrativo; las razones por las cuales no se atiende a la argumentación del investigado; y los criterios con los cuales se gradúa la sanción de ser procedente.

Finalmente, debe precisarse que de acuerdo con el artículo 18 de la Resolución 1650 de 2014, en lo no previsto en aquella se aplicarán las disposiciones del Decreto 01 de 1984 o de la Ley 1437 de 2011, según corresponda.

Responsable: Superintendente Delegado de Procesos Administrativos.

Tipo de acción: Preventiva.

Plazo de implementación: Permanente.

Plazo de revisión: Semestral.

5.2.2. Graduación de la sanción. La Resolución 3140 de 2011, "*Por medio de la cual se desarrolla el procedimiento administrativo sancionatorio previsto en el artículo 128 de la Ley 1438 de 2011, aplicable por la Superintendencia Nacional de Salud a sus vigilados*", contenía en su artículo 24 criterios expresos de graduación de las sanciones que la entidad podía imponer a sus vigilados. Tal resolución fue derogada por la Resolución 1650 de 2014, "*Por la cual se desarrolla el procedimiento administrativo sancionatorio aplicable por la Superintendencia Nacional de Salud*". Sin embargo, esta última no contiene detalle sobre los criterios de graduación de la multa. No obstante lo anterior, en la actualidad los referidos criterios están contenidos en el artículo 134 de la Ley 1438 de 2011 y son estos los que deberá emplear la entidad a efecto de imponer sanciones.

Con el fin de prevenir posibles controversias frente a las multas impuestas por la

Superintendencia por falta de proporcionalidad, dentro del acto administrativo que imponga la sanción y multa se deberá realizar un ejercicio detallado y comprensible del proceso de imposición de la misma y, en especial, de la aplicación de los criterios para graduarla.

Responsable: Superintendente Delegado de Procesos Administrativos.

Tipo de acción: Preventiva.

Plazo de implementación: Permanente.

Plazo de revisión: Semestral.

5.2.3. Fichas de seguimiento. Las áreas misionales que reportan posibles infracciones a la Delegatura de Procedimientos Administrativos deberán establecer formatos para dicho reporte con un contenido mínimo que facilite la valoración de los hechos y, en particular, permita una adecuada comprensión y exposición de los mismos, a efecto de que en casos de imputación a los vigilados se respete el debido proceso, y se permita al investigado controvertir los cargos. Este tipo de fichas serían de gran importancia no sólo para la apertura de investigación sino también para efectos de la definición de las eventuales pruebas a ser decretadas y garantizaría el respeto del principio de congruencia en una eventual sanción.

Responsable: Superintendente Delegado para la Supervisión de Riesgos; Superintendente Delegado para la Protección al Usuario; Superintendente Delegado para la Supervisión Institucional; Superintendente Delegado de Medidas Especiales; Superintendente Delegado para la Función Jurisdiccional y Conciliación (Decreto 2462 de 2013).

Tipo de acción: Preventiva.

Plazo de implementación: Permanente

Plazo de revisión: Semestral

6. CASOS RELACIONADOS CON LA DECISIÓN DE NO EJERCER LA ACCIÓN DE REPETICIÓN

6.1. Identificación del problema a resolver

El estudio del presente caso corresponde al deber del Comité de Conciliación de analizar aquellos en los que por una actuación dolosa o gravemente culposa de un funcionario haya dado lugar al reconocimiento de una indemnización o condena en contra de una entidad. Por tanto, aquella deberá adoptar la decisión, respecto de la acción de repetición y dejar constancia expresa y justificada de las razones en que se fundamenta⁵³.

A. Descripción del análisis del Comité

Inicialmente el caso se analizó en la sesión ordinaria del Comité de Conciliación del 29 de abril de 2014. Posteriormente, la Oficina Asesora Jurídica presentó ante el Comité de Conciliación de la Superintendencia Nacional de Salud, en Sesión del 12 de junio de 2014, el análisis de la posible acción de repetición con ocasión del caso del señor Robinson de Jesús Salinas Guerra, en el cual el Juzgado Veintisiete Administrativo del Circuito de Bogotá, en la Sentencia del 28 de febrero de 2013, resolvió la controversia del proceso No. 1001333102720110045600. En el referido proceso se declaró la nulidad de la Resolución No. 000433 de 28 de marzo de 2011, por la cual el Superintendente Nacional de Salud desvinculó al demandante de su cargo como Profesional Especializado Código 2028 Grado 14, de la planta global de la entidad, y, como consecuencia, se condenó y ordenó a la Superintendencia al reintegro del demandante; y el pago de salarios y prestaciones sociales dejadas de percibir desde su desvinculación. La suma reconocida al demandante fue de \$ 84.248.189⁵⁴.

Al efecto, el Juez Administrativo sostuvo como argumento de su decisión que con el acto discrecional, por el cual se desvinculó al demandante, se le habían desconocido los derechos de defensa y debido proceso.

Se advierte que el Comité de Conciliación, previo al fallo judicial, se había reunido el 29 de septiembre de 2011, en la Sesión 95, en la cual debatió el asunto y decidió no presentar fórmula conciliatoria teniendo en cuenta que el señor Salinas había desempeñado simultáneamente más de un cargo público en la Cámara de Representantes y en la Superintendencia Nacional de Salud en junio de 2007.

En virtud de la posterior sentencia, que implicó una erogación económica para la entidad, el Comité de Conciliación en la Sesión 147 analizó la posibilidad de iniciar acción de

⁵³ Resolución 2096 de 2010 y Artículo 4 de la Ley 678 de 2001.

⁵⁴ Acta de Comité de Conciliación 146 y 147 de 2014. Acción de Reparación directa- caso- Robinsón de Jesús Salinas Guerra.

repetición en contra del(os) funcionario(s) y/o ex funcionario(s) que dieron lugar a la resolución que desvinculó al señor Salinas.

Al respecto, el Comité de Conciliación hizo un estudio de las normas y jurisprudencia que tratan el tema de la acción de reparación, especialmente, del artículo 90 de la Constitución Política, de la Ley 1437 de 2012 y de la Ley 678 de 2001.

El Comité concluyó que "no se configuran los elementos estructurales de la acción de repetición en contra de los funcionarios, por cuanto no se cuenta con la certeza de un comportamiento doloso o gravemente culposo, en el momento de la elaboración, revisó, aprobación y firma de la Resolución 433 del 28 de marzo de 2011..." "...no está probada la intencionalidad de causar daño al demandante ni un perjuicio económico a la entidad, la conducta desplegada de los funcionarios la realizaron bajo el impulso del ejercicio de sus funciones, motivo por el cual se cumplen las exigencias del artículo 90 de la Constitución Política..." "...la decisión de la administración de desvincular a un funcionario, tuvo un sustento normativo y jurisprudencial y una finalidad de protección al ordenamiento jurídico, no obstante omitió garantizar el derecho de defensa"

Sobre el tema que se analiza, se debe tener en cuenta lo dispuesto en los artículos 5 y 6 de la Ley 678 de 2001, en cuanto establecen las presunciones de dolo y culpa grave, respectivamente, del agente público en los siguientes casos:

"ARTÍCULO 5°. Dolo. La conducta es dolosa cuando el agente del Estado quiere la realización de un hecho ajeno a las finalidades del servicio del Estado.

Se presume que existe dolo del agente público por las siguientes causas:

- 1. Obrar con desviación de poder.*
- 2. Haber expedido el acto administrativo con vicios en su motivación por inexistencia del supuesto de hecho de la decisión adoptada o de la norma que le sirve de fundamento.*
- 3. Haber expedido el acto administrativo con falsa motivación por desviación de la realidad u ocultamiento de los hechos que sirven de sustento a la decisión de la administración.*
- 4. Haber sido penal o disciplinariamente responsable a título de dolo por los mismos daños que sirvieron de fundamento para la responsabilidad patrimonial del Estado.*
- 5. Haber expedido la resolución, el auto o sentencia manifiestamente contrario a derecho en un proceso judicial."*

"ARTÍCULO 6°. Culpa grave. La conducta del agente del Estado es gravemente culposa cuando el daño es consecuencia de una infracción directa a la Constitución o a la ley o de una inexcusable omisión o extralimitación en el ejercicio de las funciones.

Se presume que la conducta es gravemente culposa por las siguientes causas:

1. Violación manifiesta e inexcusable de las normas de derecho.
2. Carencia o abuso de competencia para proferir de decisión anulada, determinada por error inexcusable.
3. Omisión de las formas sustanciales o de la esencia para la validez de los actos administrativos determinada por error -inexcusable.
4. Violar manifiesta e inexcusablemente el debido proceso en lo referente a detenciones arbitrarias y dilación en los términos procesales con detención física o corporal. Texto subrayado declarado INEXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-455 de 2002"

Igualmente se debe tener en cuenta la jurisprudencial actual en la que el Consejo de Estado que señala:

"ACCION DE REPETICION - Presentación sin el cumplimiento de los requisitos para su procedencia. Llamado de atención a entidades públicas. La Sala, considera oportuno efectuar un severo llamado de atención a las entidades públicas, por falta (sic) vigilancia y control de la actividad procesal como actores en la interposición de la denominada acción de repetición, la cual busca como objetivo primordial establecer la responsabilidad de sus agentes y la recuperación de los dineros de naturaleza pública. Lo anterior, teniendo en cuenta la manera descuidada y poco diligente, que se observa en la presentación de este tipo de demandas, en las cuales no se acredita cabalmente el cumplimiento de los requisitos esenciales para la prosperidad de dicha acción, esto es, la calidad del agente, la condena, conciliación o cualquier otra forma de terminación de conflictos, el pago efectivo y por último, el dolo o culpa grave del servidor público, a pesar de la reiterada jurisprudencia de esta Corporación en la materia. Cabe advertir, que la carencia, deficiencia o indebido material probatorio allegado a cada una de las demandas presentadas por el Estado para la procedencia de la acción de repetición, no ha permitido en esta instancia conceder y en consecuencia, hacer efectiva la acción de repetición, como en el caso analizado en el sub lite, situación que genera desgaste y congestión en la administración de justicia, poca efectividad en el cumplimiento de la finalidad de la acción y en algunos casos, podría configurarse un detrimento patrimonial del erario público por la sumas pagadas y no recuperadas y adicionalmente, por los costos administrativos generados por la interposición de la demandas, solo para dar cumplimiento a un mandato legal." ⁵⁵

⁵⁵ Consejo de Estado. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN TERCERA SUBSECCIÓN C Radicación 19001-23-31-000-2008-00125-01(46162). Consejero ponente: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA. veinticuatro (24) de julio de dos mil trece (2013). NACION - MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL - EJERCITO NACIONAL en contra de MANUEL ARBEY CHAVARRO

La jurisprudencia del Consejo de Estado ha sido clara en indicar que los requisitos necesarios y concurrentes para que proceda la acción de repetición son: "i) *La calidad de agente del Estado y su conducta determinante en la condena (...)* ii) *La existencia de una condena judicial, una conciliación, una transacción o de cualquier otra forma de terminación de conflictos que genere la obligación de pagar una suma de dinero a cargo del Estado. (...)* iii) *El pago efectivo realizado por el Estado. (...)* iv) *La cualificación de la conducta del agente determinante del daño reparado por el Estado, como dolosa o gravemente culposa*⁵⁶."

En consecuencia, se advierte que si bien tanto la ley como la jurisprudencia establecen unos requisitos necesarios y concurrentes para proceda el ejercicio de la acción de repetición, las actuaciones del Comité de Conciliación de la Superintendencia Nacional de Salud deben ser especialmente cuidadosa y diligente en los casos en que se pretenda desvirtuar la presunción del dolo o la culpa grave en los casos previstos en la ley.

B. Posibles causas generadoras de la problemática a resolver.

Del estudio del caso referido, en el que el Comité de Conciliación de la Superintendencia Nacional de Salud analizó la viabilidad de la acción de repetición en contra del(os) funcionario(s) que dieron lugar a la condena de la entidad, por no observar el derecho de defensa del funcionario público y en el cual se concluyó que los agentes no actuaron de manera dolosa o gravemente culposa, de conformidad con la Ley 678 de 2001.

El Comité parte de la base de que la expedición de la resolución que dio lugar a la declaratoria de nulidad y consecuentemente la erogación de \$84.248.189 tuvo como finalidad la protección al ordenamiento jurídico. Sin embargo, reconoce que se omitió garantizar el derecho de defensa, situación que genera un riesgo para la entidad como quiera que el desconocimiento de este derecho puede generar como causal de anulación alguno de los causas descritas en los artículos 5 y 6 de la Ley 678 de 2001, como presunciones de dolo o culpa grave, independientemente de la finalidad con la que el mismo hubiera sido expedido.

6.2. Medidas para corregir el problema

⁵⁶ Op. cit

Con base en las especificidades jurídicas y las situaciones fácticas que rodean el estudio de la procedencia de las acciones de repetición, como Política de Prevención, se deberán adoptar las siguientes herramientas:

6.2.1. Aumentar la carga argumentativa que le asiste al Comité cuando se trate de posibles acciones de repetición en las que se presume la culpa grave o el dolo, y se cuenta con elementos que llevan al Comité a abstenerse de repetir contra el funcionario al origen del acto o hecho a partir del cual la ley presume la culpa.

Responsable: Comité de Conciliación.

Tipo de acción: Preventiva.

Plazo de implementación: Permanente.

Plazo de revisión: Semestral.

6.2.2. Elaboración de un análisis de la jurisprudencia actual en la materia, para definir las líneas que deben orientar el estudio de casos de acción de repetición; y la definición de las hipótesis que, de acuerdo con la ley, demandan su ejercicio.

Responsables: Oficina Asesora Jurídica.

Tipo de acción: Preventiva.

Plazo de implementación: Julio de 2015.

Plazo de revisión: Octubre de 2015.

7. CASOS EN LOS QUE AÚN EXISTIENDO FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA DE LA SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD, SE REQUIERE DE UN TRATAMIENTO POR PARTE DE LA ENTIDAD, PARA REDUCIR LOS COSTOS EN LOS QUE SE INCURRE.

7.1. Identificación del problema a resolver

Después de que el Comité de Conciliación analizó la información presentada por su Secretario, concluyó que es necesario desarrollar una política de prevención de los hechos

clasificados, según el árbol de clasificación dado por la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado⁵⁷, como:

- “ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA-OMISIÓN-LESIÓN-FALLA MÉDICA-PROCEDIMIENTO MÉDICO”.
- “ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA-OMISIÓN-MUERTE-FALLA MÉDICA-PROCEDIMIENTO MÉDICO”.
- “ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA-OMISIÓN-LESIÓN-FALLA MÉDICA-IMPLEMENTO MÉDICO”.
- “ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA-OMISIÓN-LESIÓN-FALLA MÉDICA-PROCEDIMIENTO MÉDICO”.
- “CONTRACTUAL-INCUMPLIMIENTO”.
- “NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO-SALUD”.
- “ACCIÓN POPULAR”.
- “ACCIÓN DE GRUPO”.
- “ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA-DAÑO PATRIMONIAL”.
- “ACCIÓN DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO-LABORAL-TERMINACIÓN RELACIÓN LABORAL-INSUBSISTENCIA”.

Tales hechos fueron agrupados, como se explica en el siguiente apartado, en la medida en que en todos ellos, se configura la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva

⁵⁷ Ver Manual para la Elaboración de Políticas para la Prevención del Daño Antijurídico (abril 2014), de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado.

para la Superintendencia Nacional de Salud y su atención implica la destinación de recursos por parte de la entidad para adelantar su defensa.

A. Descripción del análisis del Comité

A partir de la información oficial reportada por el Secretario del Comité de Conciliación de esta Superintendencia, se consideró procedente tratar los asuntos referidos de forma conjunta, por los siguientes motivos.

Los eventos agrupados en el capítulo anterior tienen en común que en todos ellos se presenta falta de legitimación en la causa por pasiva respecto de la Superintendencia Nacional de Salud, como quiera que corresponden a casos en los que i) se produjo la muerte o lesión de un paciente en una institución médica; ii) se reclaman prestaciones contractuales derivadas de relaciones en las que la entidad no es parte; iv) se cuestionan actuaciones de agentes que no comprometen a la Superintendencia; o v) se reclaman prestaciones laborales de otras personas jurídicas, entre otras.

- ▀ Es relevante que el Comité de Conciliación centre su atención en esta situación, como quiera que corresponden a 23 casos del total de 35 sentencias proferidas en procesos en los que la Superintendencia Nacional de Salud fue parte en el periodo comprendido entre octubre de 2013 y julio de 2014, lo cual equivale al 65% del total. La cuantía de los referidos casos suma \$2.755.060.902, en la medida en que, en no todos ellos, los demandantes cuantificaron sus pretensiones.

Se debe precisar que una vez analizadas las sentencias del último año de procesos en los que la Superintendencia Nacional de Salud fue demanda en causas como las descritas, no se produjeron condenas, como quiera que el correspondiente despacho declaró probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva.

Aún así, el sólo hecho de tener que atender este tipo de procesos en sede de conciliación y durante un proceso judicial implica destinar una significativa cantidad de recursos por parte de la entidad; e implica un desgaste para la administración de justicia, todo lo cual podría reducirse si se identifican las causas y se toman medidas al respecto.

Adicionalmente, el conocimiento por parte de la Superintendencia Nacional de Salud de casos como la lesión o muerte de pacientes en instituciones médicas puede implicar que la entidad en el ámbito de sus competencias, pueda tomar correctivos. Sobre este aspecto en particular, se debe llamar la atención con respecto a una solicitud de conciliación analizada por el Comité, en la que un paciente enfermo de cáncer, afiliado a EPS SALUD CÓNDOR

S.A., tuvo inconvenientes con su tratamiento, y finalmente falleció. El solicitante en la conciliación afirma que puso en conocimiento de la Superintendencia de Nacional de Salud las anomalías supuestamente presentadas, pero que esta entidad no tomó medidas sobre el particular⁵⁸.

Por otra parte, es relevante precisar algunos aspectos relacionados con el alcance de las actuaciones de los agentes diferentes a la Superintendencia Nacional de Salud. Sobre este tema, para el último año, se identificaron varios eventos relacionados con las intervenciones forzosas y/o actuaciones del agente interventor o liquidador⁵⁹ en las que se busca convocar a la Superintendencia Nacional de Salud a escenarios de conciliación o judiciales. Por tanto, debe identificarse desde las solicitudes de conciliación, si existen problemas reiterativos en la gestión de los agentes designados por la entidad para este efecto, de forma que se pueda determinar si se justifica programar algún tipo de capacitación al respecto o incluso depurar el registro de posibles agentes a ser seleccionados.

En todo caso es claro para el Comité respecto de las actuaciones particulares de dichos agentes que estos son autónomos en sus decisiones. Los artículos 32 y 35 del Decreto 1922 de 1994 "*por el cual se Reglamenta la Intervención del Ministerio de Salud en el Sistema de Seguridad Social en Salud, conforme a lo dispuesto en el Decreto ley 056 de 1975, la Ley 60 de 1993 y el Decreto 1298 de 1994*" hace remisión a lo establecido por el Decreto 663 de 1992, Estatuto Financiero, en el que se expresa que los actos del interventor solo son susceptibles de recurso de reposición y en caso de querer impugnarlos es necesario presentar demanda ante la jurisdicción contencioso administrativa.⁶⁰

⁵⁸ Ver acta del Comité de Conciliación de la Superintendencia Nacional de Salud No. 148.

⁵⁹ Se debe precisar que de conformidad con el artículo 67 de la Ley 1116 de 2006 el promotor o liquidador es auxiliar de la justicia, de tal forma que no tiene un vínculo contractual o laboral con la Superintendencia Nacional de Salud.

⁶⁰ Decreto 663 de 1993, Artículo 295.-"2. *Naturaleza de los actos del liquidador. Las impugnaciones y objeciones que se originen en las decisiones del liquidador relativas a la aceptación, rechazo, prelación o calificación de créditos y, en general, las que por su naturaleza constituyan actos administrativos, corresponderá dirimir las a la jurisdicción de lo contencioso administrativo. Los actos administrativos del liquidador gozan de presunción de legalidad y su impugnación ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo no suspenderá en ningún caso el proceso liquidatorio. Contra los actos administrativos del liquidador únicamente procederá el recurso de reposición; contra los actos de trámite, preparatorios, de impulso o ejecución del proceso, no procederá recurso alguno. Las decisiones sobre aceptación, rechazo, calificación o graduación de créditos, quedarán ejecutoriadas respecto de cada crédito salvo que contra ellas se interponga recurso. En consecuencia, si se encuentran en firme los inventarios, el liquidador podrá fijar inmediatamente fechas para el pago de tales créditos. Lo anterior, sin perjuicio de resolver los recursos interpuestos en relación con otros créditos y de la obligación de constituir provisión para su pago en el evento de ser aceptados. El liquidador podrá revocar directamente los actos administrativos que expida en los términos y condiciones previstas en el Código Contencioso Administrativo, salvo que se disponga expresamente lo contrario. Si la liquidación se ajusta al inventario aprobado por los acreedores, y a las normas legales que la rigen, no habrá lugar a impugnar la liquidación por parte de terceros.*"

De igual forma ocurre con las actuaciones de agentes liquidadores en procesos de liquidación de entidades sometidas a la inspección y vigilancia de la Superintendencia Nacional de Salud y, por tanto, se deberán adoptar similares medidas que para los agentes interventores.

B. Listado de posibles causas generadoras de la problemática a resolver.

Del análisis de los casos referidos en los que se vincula a la Superintendencia Nacional de Salud en instancias de conciliación o judiciales cuando no ha hecho parte de relaciones jurídicas o de hechos previos, se advierte que puede tener origen en las siguientes razones:

- Desconocimiento de los ciudadanos del alcance de las funciones de la Superintendencia Nacional de Salud, quienes suelen considerar que las funciones de inspección, vigilancia y control de la entidad, eventualmente la pueden hacer responsable, por omisión en su cumplimiento.
- Utilización estratégica de los medios de control contenidos en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en contra de la Superintendencia Nacional de Salud, para llevar el asunto ante la jurisdicción contencioso administrativa; unido a la creencia de los ciudadanos de que la Superintendencia Nacional de Salud es más solvente que otras entidades particulares comprometidas en los casos, para satisfacer el pago de las indemnizaciones que reclaman.

7.2. Medidas para corregir el problema

Para la prevención de los motivos que generan las reclamaciones o demandas en las que la Superintendencia Nacional de Salud no ha sido parte de las relaciones sustanciales o no ha participado de las situaciones fácticas que las originan, con el fin de reducir los costos para la atención de las audiencias y de los procesos, la Política de Prevención a la que debe llegar el área técnica de la Superintendencia debe contener las siguientes herramientas:

7.2.1. Diseño y aplicación de una campaña de difusión al público en general, en la que se comunique de forma sencilla el alcance de las funciones de la Superintendencia Nacional de Salud.

Responsables: Secretaría General y Oficina Asesora de Comunicaciones Estratégicas e Imagen Institucional.

Tipo de acción: Preventiva.

Plazo de implementación:

Plazo de revisión:

7.2.2. Elaboración de un instructivo sencillo, en el que se explique el alcance de las funciones de la Superintendencia Nacional de Salud y su publicación en un lugar visible de la página de internet oficial de la entidad.

Responsable: Secretaría General, Oficina Asesora de Comunicaciones Estratégicas e Imagen Institucional y Oficina de Tecnologías de la Información.

Tipo de acción: Preventiva.

Plazo de implementación:

Plazo de revisión:

7.2.3. Establecimiento de canales de comunicación institucional entre la Procuraduría General de la Nación y la Superintendencia Nacional de Salud, a efecto de que los procuradores judiciales para asuntos administrativos, encargados de adelantar las conciliaciones prejudiciales, cuando se trata de agotar el requisito de procedibilidad para demandar a la Superintendencia Nacional de Salud, tengan el conocimiento del alcance de las funciones de la entidad y, en sede de conciliación, puedan ilustrar a los convocantes sobre el particular. Esta medida debería contribuir a reducir especialmente el número de demandas en contra de la entidad, en las que carece de legitimación en la causa por pasiva, en la medida en que los convocantes contarían con el conocimiento suficiente de sus competencias y concluyan que no es procedente demandarla.

Con el mismo propósito, se deberán establecer los canales de comunicación con el Consejo Superior de la Judicatura, con el fin de que los jueces que conocen de temas relacionados con salud, tengan claridad del alcance de las funciones de la Superintendencia Nacional de Salud.

Responsable: Oficina Asesora Jurídica

Tipo de acción: Preventiva.

Plazo de implementación: Julio de 2015

Plazo de revisión: Octubre de 2015

7.2.4. Realizar mesas temáticas con las entidades del sector salud en las que se explique y aclare el alcance de las funciones de la Superintendencia Nacional de Salud, de tal manera que en el ejercicio de sus funciones, si es procedente, o en las audiencias de conciliación correspondientes, se indique el alcance de las competencias de esta entidad.

Responsable: Oficina Asesora de Comunicaciones Estratégicas e Imagen Institucional y demás áreas misionales, asesoras y de apoyo.

Tipo de acción: Preventiva.

Plazo de implementación: Julio de 2015.

Plazo de revisión: Octubre de 2015.

7.2.5. Generar directrices claras por parte del Comité de Conciliación de los casos que, en el ámbito de las competencias de la Superintendencia Nacional de Salud, deben remitirse a sus dependencias para que inicien las investigaciones correspondientes o adopten las medidas necesarias; así como los mecanismos de seguimiento sobre el destino final de las actuaciones.

Responsable: Comité de Conciliación.

Tipo de acción: Preventiva.

Plazo de implementación: Julio de 2015.

Plazo de revisión: Octubre de 2015.

7.2.6. Revisar y complementar los criterios de selección y permanencia de los agentes interventores y liquidadores.

Responsable: Superintendente Delegado para las Medidas Especiales

Tipo de acción: Preventiva.

Plazo de implementación: Junio de 2015.

Plazo de revisión: Septiembre de 2015.

7.2.7. Implementar talleres de actualización en derecho laboral, comercial y en reorganización empresarial para los agentes interventores y liquidadores.

Responsable: Superintendente Delegado para las Medidas Especiales

Tipo de acción: Preventiva.

Plazo de implementación: Un año.

Plazo de revisión: Un año y medio.

III. POLÍTICA DE PREVENCIÓN DEL DAÑO ANTIJURÍDICO -TRÁMITE TUTELAS-

El análisis de la prevención del daño antijurídico en lo relacionado con acciones de tutela merece un capítulo especial. A continuación, se formulará la política, a partir del informe elaborado por el Grupo de Tutelas de la Oficina Asesora Jurídica de la Superintendencia Nacional de Salud.

En la actualidad, el Grupo de Tutelas contesta mensualmente alrededor de 200 acciones incoadas en contra de la entidad. Con base en la información suministrada por el referido Grupo el Comité de Conciliación identificó la siguiente tipología de casos o acciones en las que se vincula a la Superintendencia Nacional de Salud, los cuales serán objeto de análisis por parte de este organismo:

- Casos relacionados con peticiones presentadas en ejercicio del derecho reconocido en el artículo de la Constitución Política;
- Casos en los que se demanda a la Superintendencia Nacional de Salud, por supuesta violación del debido proceso en la expedición de actos administrativos; y,
- Casos en los que se pretende alegar la violación al derecho fundamental por un tercero y se configura falta de legitimación en la causa por pasiva.

1. Casos relacionados con peticiones presentadas en ejercicio del derecho reconocido en el artículo de la Constitución Política

1.1. Identificación del problema a resolver

El Comité identificó que en contra de la Superintendencia se presentan acciones de tutela por supuesta vulneración del derecho de petición. A continuación, se describe la cuestión.

A. Descripción del análisis del Comité

A partir de la información que el Comité de Conciliación conoció con base en el informe del Grupo de Tutelas de la Oficina Asesora Jurídica la Superintendencia Nacional de Salud, encontró que la entidad contesta alrededor de 20 acciones de tutela al mes relacionadas con supuesta vulneración del derecho de petición.

Con relación a las acciones de tutela promovidas contra la Superintendencia Nacional de Salud por presunta vulneración del derecho de petición, los principales argumentos que se exponen en defensa de la entidad están relacionados con i) la carencia actual de objeto; ii) la configuración de hecho superado por carencia actual de objeto; e iii) inexistencia de vulneración del derecho de petición.

Estos procesos finalizan, en su mayoría, con sentencia de primera instancia en la que se declara hecho superado.

Tal situación indica que hasta el momento del ejercicio de la acción de tutela, en el caso del hecho superado por carencia actual de objeto, se ha presentado una falta de respuesta oportuna del derecho de petición en los términos del artículo 23 de la Constitución Política y de las normas legales concordantes, no obstante la correspondiente acción de tutela no se falla en contra de la entidad. En relación con el hecho superado la Corte Constitucional ha considerado:

“La carencia actual de objeto por hecho superado, se da cuando en el entre tanto de la interposición de la demanda de tutela y el momento del fallo del juez de amparo, se repara la amenaza o vulneración del derecho cuya protección se ha solicitado. En dicho sentido, no es perentorio para los jueces de instancia, aunque sí para Corte en sede de Revisión, incluir en la argumentación de su fallo el análisis sobre la vulneración de los derechos fundamentales planteada en la demanda. Sin embargo puede hacerlo, sobre todo si considera que la decisión debe incluir observaciones acerca de los hechos del caso estudiado, incluso para llamar la atención sobre la falta de conformidad constitucional de la

situación que originó la tutela, o para condenar su ocurrencia y advertir la inconveniencia de su repetición, so pena de las sanciones pertinentes, si así lo considera. De otro lado, lo que sí resulta ineludible en estos casos, es que la providencia judicial incluya la demostración de la reparación del derecho antes del momento del fallo. Esto es, que se demuestre el hecho superado.”⁶¹

Ahora bien, el derecho fundamental de petición está reconocido en el artículo 23 de la Constitución Política de Colombia. De acuerdo con la citada norma, toda persona tiene el derecho de presentar peticiones respetuosas ante las autoridades y a obtener una pronta respuesta. El texto de la disposición es el siguiente:

“ARTICULO 23. Toda persona tiene derecho a presentar peticiones respetuosas a las autoridades por motivos de interés general o particular y a obtener pronta resolución. El legislador podrá reglamentar su ejercicio ante organizaciones privadas para garantizar los derechos fundamentales.”

Durante la década de los 90 la Corte Constitucional elaboró una completa doctrina en relación con el alcance del derecho fundamental de petición. Sobre el particular, ha indicado que la respuesta a las peticiones debe ser i) pronta y oportuna; ii) resolverse de fondo, de manera clara, precisa y acorde con la situación planteada; y iii) ponerse en conocimiento del peticionario, de tal forma que si no se cumplen con estos requisitos se vulneraría esta garantía. Específicamente, en la Sentencia T-554 de 2014, la Corte recopiló las reglas que la jurisprudencia había sentado con respecto al derecho de petición:

“La Corte en reiterada jurisprudencia ha señalado el alcance de este derecho, manifestando que la respuesta a este tipo de solicitudes debe tener en cuenta los siguientes parámetros: (i) ser pronta y oportuna, (ii) resolver de fondo, de manera clara, precisa y congruente con la situación planteada por el interesado, (iii) y ser puesta en conocimiento del peticionario. Al no cumplirse con estos presupuestos, se estaría violando el mismo”⁶². Al respecto, la sentencia T-377 de 2000, expresó:

⁶¹ Ver sentencia de la Corte Constitucional T-314 de 2011.

⁶² Sentencia T-661 de 2010.

a) El derecho de petición es fundamental y determinante para la efectividad de los mecanismos de la democracia participativa. Además, porque mediante él se garantizan otros derechos constitucionales, como los derechos a la información, a la participación política y a la libertad de expresión.

b) El núcleo esencial del derecho de petición reside en la resolución pronta y oportuna de la cuestión, pues de nada serviría la posibilidad de dirigirse a la autoridad si ésta no resuelve o se reserva para sí el sentido de lo decidido.

c) La respuesta debe cumplir con estos requisitos: 1. oportunidad 2. Debe resolverse de fondo, clara, precisa y de manera congruente con lo solicitado 3. Ser puesta en conocimiento del peticionario. Si no se cumple con estos requisitos se incurre en una vulneración del derecho constitucional fundamental de petición.

d) Por lo anterior, la respuesta no implica aceptación de lo solicitado ni tampoco se concreta siempre en una respuesta escrita.

e) Este derecho, por regla general, se aplica a entidades estatales, esto es, a quienes ejercen autoridad. Pero, la Constitución lo extendió a las organizaciones privadas cuando la ley así lo determine.

(...)

g) En relación con la oportunidad de la respuesta, esto es, con el término que tiene la administración para resolver las peticiones formuladas, por regla general, se acude al artículo 6° del Código Contencioso Administrativo que señala 15 días para resolver. De no ser posible, antes de que se cumpla con el término allí dispuesto y ante la imposibilidad de dar una respuesta en dicho lapso, la autoridad o el particular deberá explicar los motivos y señalar el término en el cual se realizará la contestación. Para este efecto, el criterio de razonabilidad del término será determinante, puesto que deberá tenerse en cuenta el grado de dificultad o la complejidad de la solicitud. Cabe anotar que la Corte Constitucional ha confirmado las decisiones de los jueces de instancia que

ordenan responder dentro del término de 15 días, en caso de no hacerlo, la respuesta será ordenada por el juez, dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes.

h) La figura del silencio administrativo no libera a la administración de la obligación de resolver oportunamente la petición, pues su objeto es distinto. El silencio administrativo es la prueba incontrovertible de que se ha violado el derecho de petición.

i) El derecho de petición también es aplicable en la vía gubernativa, por ser ésta una expresión más del derecho consagrado en el artículo 23 de la Carta. Sentencias T-294 de 1997 y T-457 de 1994.

De otro lado, este tribunal en providencia T-1006 de 2001 consagró que (i) la ausencia de competencia de la entidad ante quien se formula la petición no la exonera del deber de contestar y, (ii) la entidad pública debe notificar su respuesta al peticionario, ante la presentación de la misma⁶³.

Por lo tanto, para satisfacer el derecho de petición, es esencial que el interesado obtenga una respuesta pronta, de fondo, clara y precisa, dentro de un tiempo razonable que le permita, igualmente, ejercer los medios ordinarios de defensa judicial cuando no está conforme con lo resuelto⁶⁴."

B. Listado de posibles causas generadoras de la problemática a resolver.

Del análisis de los casos referidos en los que se presentan acciones de tutela alegando el desconocimiento del derecho fundamental de petición, se advierte que pueden tener origen en las siguientes razones:

- Alto número de derechos de petición que recibe la entidad;

⁶³ Sentencia T-661 de 2010.

⁶⁴ Ídem.

- Ausencia de un sistema de seguimiento de derechos de petición al interior de la entidad;
- Problemas administrativos internos entre las dependencias de la entidad que no permiten la respuesta oportuna y completa de los derechos de petición.

1.2. Medidas para corregir el problema

Con base en la información analizada se deben adelantar las siguientes tareas:

1.2.1. Revisar el trámite interno que se le imparte a las peticiones que se presentan en la entidad, desde el punto de vista de su recepción, clasificación, remisión a la dependencia encargada de contestarlos y de los términos de respuesta.

Responsable: Secretaría General.

Tipo de Acción: Preventiva.

Plazo de implementación: Marzo de 2015.

Plazo de revisión: Junio de 2015.

1.2.2. Elaboración de un instructivo de manejo de derechos de petición que incluya el trámite interno que debe impartírsele, y los requisitos mínimos que debe cumplir la respuesta, de acuerdo con las normas y la jurisprudencia en la materia.

Responsables: Oficina Asesora Jurídica y Oficina Asesora de Planeación.

Tipo de acción: Preventiva.

Plazo de implementación: Abril de 2015.

Plazo de revisión: Junio de 2015.

1.2.3. Realizar capacitaciones a los funcionarios de la Superintendencia Nacional de Salud, sobre el derecho fundamental de petición; su alcance; el tratamiento que se les debe dar en la

entidad; y la forma correcta de atenderlos y responderlos, con base en las normas y la jurisprudencia en la materia.

Responsable: Oficina Asesora Jurídica.

Tipo de acción: Preventiva.

Plazo de implementación: Mayo de 2015.

Plazo de revisión: Agosto de 2015.

2. Casos en los que se demanda a la Superintendencia Nacional de Salud, por supuesta violación del debido proceso en la expedición de actos administrativos

2.1. Identificación del problema a resolver

El Comité identificó que en contra de la Superintendencia se presentan acciones de tutela por supuesta vulneración de los derechos al debido proceso, defensa y contradicción. A continuación, se describe la situación.

De acuerdo con la información suministrada al Comité de Conciliación por el Grupo de Tutelas de la Oficina Asesora Jurídica de la entidad, durante el año 2014 se han presentado tres acciones de tutela relacionadas con la supuesta vulneración de los derechos fundamentales al debido proceso, a la defensa y de contradicción, por parte de la Superintendencia Nacional de Salud en ejercicio de sus funciones de inspección, control y vigilancia.

El principal argumento de defensa de la entidad se relaciona con la procedibilidad de la acción de tutela, particularmente con el atributo de subsidiariedad del instrumento, como quiera que los demandantes cuentan con otro mecanismo de defensa judicial de sus derechos.

En uno de los casos, se afirma que la entidad vulneró el derecho fundamental al debido proceso. El accionante intentó controvertir por medio de la acción de tutela la legalidad del Auto 001676 de

2013, motivado en las presuntas irregularidades originadas en la solicitud y orden de restitución de recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud.⁶⁵

En otro caso también se solicita la protección del derecho fundamental al debido proceso, para controvertir la Resolución 1785 de 10 de septiembre de 2014, por medio de la cual se resolvió el recurso de apelación interpuesto contra la calificación de la Gerente de la ESE HOSPITAL LOCAL DE CANDELARIA-VALLE, proferido por la Junta Directiva de citada ESE.⁶⁶

Finalmente, se observa un caso en el que también, solicitando protección para el derecho fundamental al debido proceso, el accionante pretende, por supuestas irregularidades en su notificación, cuestiona la Resolución 000836 del 15 de mayo de 2013, por medio del cual se declaró la caducidad dentro de la investigación administrativa sancionatoria 0521 2012 00003, que se adelantaba en contra de CAFESALUD MEDICINA PREPAGADA S.A.⁶⁷

Ahora bien, como quiera que la razón por la cual se han incoado las acciones de tutela referidas es la supuesta vulneración del debido proceso en el trámite de procedimientos administrativos que adelanta la Superintendencia Nacional de Salud, resultan aplicables a estos casos las observaciones formuladas en el punto 5º en el Capítulo II⁶⁸ de este documento, en cuanto a las posibles causas del problema y a las medidas que se adoptan para corregirlo.

3. Casos en los que se configura falta de legitimación en la causa por pasiva

3.1. Identificación del problema a resolver

⁶⁵ ACCIÓN DE TUTELA: 2014-00744-01. ACCIONANTE: SALUDTOTAL EPS. ACCIONADO: MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL, SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD Y CONSORCIO SAYP.

⁶⁶ ACCIÓN DE TUTELA No. 2014-00702. ACCIONANTE: CLAUDIA MERCEDES REBOLLEDO OSPINA. ACCIONADO: SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD.

⁶⁷ ACCIÓN DE TUTELA No. 2014-00080-00. ACCIONANTE: ANÍBAL URIBE AVENDAÑO. ACCIONADO: SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD.

⁶⁸ "CASOS EN LOS QUE SE ALEGA LA INOBSERVANCIA DEL DEBIDO PROCESO EN LOS PROCEDIMIENTOS SANCIONATORIOS"

Existe un alto número de acciones de tutela en las que se vincula a la Superintendencia Nacional de Salud, relativos a situaciones fácticas de las que la entidad no ha participado ni ha amenazado o vulnerado derechos fundamentales de persona alguna.

A. Descripción del análisis del Comité

De conformidad con el informe presentado por el Grupo de Tutelas de la Oficina Asesora Jurídica de la entidad se presentan acciones de tutela en su contra por la supuesta vulneración de derechos fundamentales en la prestación del servicio de salud; y en el desarrollo de procesos de intervención para administrar o liquidar entidades sometidas a su control, inspección o vigilancia.

En efecto, según el Grupo de Tutelas mensualmente contesta alrededor de 200 acciones de tutela en las que se vincula a la Superintendencia, relacionadas con la prestación del servicio de salud, o con la inclusión de medicamentos y procedimientos en el Plan Obligatorio de Salud y Aseguramiento.

El principal argumento de defensa de la entidad, en esta tipología de casos es la falta de legitimación en la causa por pasiva, en la medida en que a la Superintendencia Nacional de Salud, en el ámbito de sus funciones de inspección, control y vigilancia, no le corresponde ni le es posible suplir las obligaciones de los vigilados en cuanto a la provisión de servicios o bienes.

Ahora bien, en contra de la Superintendencia Nacional de Salud también se presentan acciones de tutela por la presunta vulneración de derechos fundamentales en el desarrollo de procesos de intervención y/o liquidación.

Los argumentos de defensa de la entidad en estos procesos constitucionales son i) la falta de legitimación en la causa por pasiva; y ii) la improcedencia de la acción por subsidiariedad, como quiera que los accionantes cuentan con otro mecanismo de defensa judicial.

Durante el año 2014, la Superintendencia Nacional de Salud fue vinculada a tres acciones de tutela en las que se configuraba la falta de legitimación en la causa por pasiva, en la medida en que no participó de la situación fáctica que originó que se incoara la correspondiente acción.

En el primero de los casos se alega la presunta vulneración de derechos fundamentales al debido proceso, defensa, contradicción y derecho a la seguridad social de los trabajadores afiliados en la Administradora del Régimen de Prima Media COLPENSIONES, toda vez que, según los accionantes, el agente liquidador no tuvo en cuenta dentro de la fase de liquidación y graduación de créditos, la acreencias de COLPENSIONES.

Como se indicó, se esgrimió como defensa el argumento de falta de legitimación en la causa por pasiva, teniendo en cuenta que era responsabilidad del agente liquidador adelantar las etapas del

proceso liquidatorio, en particular, emplazar, evaluar, reconocer y calificar los créditos que se presentaran, dado que, de conformidad con el numeral 6° del artículo 295 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, éste es un auxiliar de la justicia y actúa como un representante legal de las entidades intervenidas, sin que la Superintendencia Nacional de Salud tenga injerencia en esas actividades.⁶⁹

En este caso, la accionante, en su calidad de Presidente y Representante Legal de la ASOCIACIÓN NACIONAL DE TRABAJADORES DEL GRUPO SALUDCOOP, manifiesta que, presuntamente, se vulneraron los derechos fundamentales al trabajo en condiciones dignas y justas, libertad y asociación sindical, negociación colectiva y debido proceso, de 5 trabajadores que hacían parte de la citada Asociación Sindical, y solicita su reintegro.

La Superintendencia alegó que, de acuerdo con las normas en la materia, la Presidenta de la Asociación Nacional de Trabajadores del Grupo Saludcoop no estaba legitimada para incoar la acción de tutela de los referidos trabajadores, en la medida en que no fungía como apoderada o agente oficioso de aquellos.

Adicionalmente, se observa que tampoco existía legitimación en la causa por pasiva, como quiera que se trataba de actuaciones no imputables a la Superintendencia Nacional de Salud.⁷⁰

En otro de los casos anunciados, los accionantes manifiestan que se vulneraron sus derechos fundamentales al debido proceso, al trabajo, al mínimo vital, a la educación, y a la protección de la unidad familiar, al realizarse el traslado de una trabajadora de la ciudad de Popayán a la ciudad de Cali.

Por su parte la Superintendencia fincó su defensa en la improcedencia de la acción de tutela por subsidiariedad, en la medida en que existe otro mecanismo de defensa judicial ordinario en el ordenamiento laboral.⁷¹ Además, en esta acción se advierte que la Superintendencia no desarrolló actividad alguna que pudiera amenazar o lesionar los derechos fundamentales de la accionante, razón por la cual también se configuraba la falta de legitimación en la causa por pasiva.

⁶⁹ ACCIÓN DE TUTELA: 2014-04346. ACCIONANTE: COLPENSIONES. ACCIONADO: COMFENALCO ANTIOQUIA, SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD.

⁷⁰ ACCIÓN DE TUTELA: 2014-00016. ACCIONANTE: CLAUDIA PATRICIA LÓPEZ OCHOA en su calidad de Presidente y Representante Legal de la ASOCIACIÓN NACIONAL DE TRABAJADORES DEL GRUPO SALUDCOOP, SUS COMPLEMENTARIOS Y CONEXOS – UNITRACOOP. ACCIONADOS: SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD y OTROS

⁷¹ ACCIÓN DE TUTELA RAD: 2014-10055-00. ACCIONANTE: LUZ YENNI HURTADO PINILLOS. ACCIONADOS: CORPORACIÓN IPS CLÍNICA SALUDCOOP Y LA SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD.

Como si indicó, los casos que se acaban de explicar corresponden a acciones de tutela en las que se ha vinculado a la Superintendencia Nacional de Salud, no obstante esta entidad no ha desarrollado actuaciones que impliquen la amenaza o vulneración de derechos fundamentales de persona alguna. Por este motivo, se configura la falta de legitimación en la causa por pasiva. En esa medida, a estos casos también son aplicables las consideraciones contenidas en el numeral 7 del Capítulo II⁷² de esta Política, en cuanto a las posibles causas de la cuestión y las medidas para solucionarla, como quiera que requiere de un tratamiento por parte de la entidad para reducir los costos en los que incurre por su atención.

⁷² "CASOS EN LOS QUE AÚN EXISTIENDO FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA DE LA SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD, SE REQUIERE DE UN TRATAMIENTO POR PARTE DE LA ENTIDAD, PARA REDUCIR LOS COSTOS EN LOS QUE SE INCURRE."