REPÚBLICA DE COLOMBIA

Libertad y Orden

SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD

RESOLUCIÓN NÚMERO 010924 **DE 2018**

27 NOV 2018

«Por la cual se resuelve un recurso de reposición contra la Resolución 010006 del 28 de septiembre de 2018»

EL SUPERINTENDENTE NACIONAL DE SALUD

En ejercicio de las facultades legales y reglamentarias, en especial las conferidas por la Ley 100 de 1993, el Decreto 2462 de 2013, el artículo 2.1.10.5.1, 2.1.10.5.2, 2.1.10.5.3 del Decreto 780 de 2016, adicionado por el Decreto 1184 de 2016, el Decreto 1542 de 2018 y demás normas concordantes y complementarias y,

CONSIDERANDO

1. ANTECEDENTES

Que de conformidad con lo dispuesto en los artículos 48 y 49 de la Constitución Política, la Seguridad Social en su componente de atención en salud se define como un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, con sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad.

Que en virtud del artículo 154 de la Ley 100 de 1993, el Estado intervendrá en el servicio público de seguridad social en salud, con el fin de garantizar los principios consagrados en la Constitución Política y en la ley.

Que el artículo 68 de la Ley 1753 de 2015, dispone que el Superintendente Nacional de Salud podrá ordenar o autorizar a las entidades vigiladas, la adopción individual o conjunta de las medidas de que trata el artículo 113 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, con el fin de salvaguardar la prestación del servicio público de salud y la adecuada gestión financiera de los recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud.

Que el numeral 1° del artículo 113 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, consagra la **vigilancia especial** como una medida encaminada a evitar que una entidad sometida al control y vigilancia de la superintendencia incurra en causal de intervención forzosa administrativa o para subsanarla y dispone que en virtud de dicha medida la Superintendencia puede establecer requisitos para la vigilancia que debe cumplir con el fin de enervar los hallazgos que dieron lugar a su imposición.

Que la Superintendencia Nacional de Salud, de acuerdo con lo establecido en el numeral 1° del artículo 113 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, adoptó mediante Resolución 002573 del 4 de agosto de 2017, medida preventiva de vigilancia especial a **ALIANZA MEDELLÍN ANTIOQUIA EPS SAS "SAVIA SALUD EPS"**, hasta el 31 de marzo de 2018, ordenó la remoción del revisor fiscal de la entidad y designó como Contralor para la medida preventiva de vigilancia especial a la firma Sociedad de Auditorías & Consultorías SAS- SAC CONSULTING SAS, identificada con NIT 819.002.575-3.

Que mediante Resolución 004080 del 27 de marzo de 2018, la Superintendencia Nacional de Salud prorrogó el término de la medida preventiva de vigilancia especial a **ALIANZA MEDELLÍN ANTIOQUIA EPS SAS "SAVIA SALUD EPS",** por un (1) año.

Que el artículo 2.5.2.2.1.1 del Capítulo 2 Sección 1 del Decreto 780 de 2016, establece las condiciones financieras y de solvencia de las Entidades Promotoras de Salud – EPS autorizadas para operar el aseguramiento en salud, así como los criterios generales para que la información financiera reúna las condiciones de veracidad, consistencia y confiabilidad necesarias para la adecuada y eficaz inspección, vigilancia y control.

Que el artículo 2.5.2.2.1.15 del Decreto 780 de 2016 dispone que el incumplimiento de las condiciones financieras y de solvencia dentro de los plazos allí previstos, dará lugar a la adopción

de las medidas correspondientes por parte de la Superintendencia Nacional de Salud de conformidad con sus competencias.

Que el artículo 2.1.10.5.1 del Decreto 780 de 2016, adicionado por el artículo 1 del Decreto 1184 de 2016, dispone que: «*La Superintendencia Nacional podrá ordenar la limitación de la capacidad para realizar nuevas afiliaciones y para aceptar traslados, de las Entidades Promotoras de Salud, organizaciones solidarias vigiladas por esta superintendencia y cajas de compensación familiar, que operan en los regímenes contributivo y subsidiado, que han sido objeto de una o varias de las medidas especiales o preventivas de la toma de posesión o de la intervención forzosa administrativa para administrar.*»

Que **ALIANZA MEDELLÍN ANTIOQUIA EPS SAS "SAVIA SALUD EPS"**, deberá observar lo establecido en los artículos 2.1.10.5.2 y 2.1.10.5.3 del Decreto 780 de 2016, adicionados por el artículo 1 del Decreto 1184 de 2016.

Que el Comité de Medidas Especiales de la Superintendencia Nacional de Salud, en cumplimiento de lo previsto en el artículo 3° de la Resolución 461 de 2015 y el artículo 15 de la Resolución 2599 de 2016, se reunió en sesión del 20 de septiembre de 2018 y recomendó al Superintendente Nacional de Salud, limitar la capacidad para realizar nuevas afiliaciones y aceptar traslados a **ALIANZA MEDELLÍN ANTIOQUIA EPS SAS "SAVIA SALUD EPS"**.

Que, de conformidad con lo anterior, el despacho del Superintendente Nacional de Salud acogió la recomendación de limitar la capacidad para realizar nuevas afiliaciones y aceptar traslados a **ALIANZA MEDELLÍN ANTIOQUIA EPS SAS "SAVIA SALUD EPS"** mediante la Resolución 010006 de 28 de septiembre de 2018. Acto administrativo notificado electrónicamente el 01 de octubre de 2018.

Que es importante mencionar que el citado acto administrativo es de ejecución inmediata por tratarse de aquellos que corresponden al ejercicio de funciones de intervención respecto de una entidad sujeta al control y vigilancia de la Superintendencia Nacional de Salud, de conformidad con lo previsto en el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, el Decreto 0506 de 2005 y particularmente en el artículo 2.5.5.1.9 del Decreto 780 de 2016, tal y como se advirtió en el parágrafo del artículo 5 de la Resolución 010006 de 28 de septiembre de 2018, por tratarse de un acto administrativo expedido en el marco de una medida cautelar especial.

Que el 12 de octubre de 2018, mediante oficio radicado en el NURC 1-2018-166383, el Representante Legal de la **ALIANZA MEDELLÍN ANTIOQUIA EPS SAS "SAVIA SALUD EPS"** interpuso recurso de reposición en contra de la Resolución 010006 de 28 de septiembre de 2018.

2. ARGUMENTOS DEL RECURRENTE

Entra el despacho a estudiar el recurso de apelación interpuesto en contra de la Resolución 010006 del 28 de septiembre de 2018, considerando como argumentos del recurso, los que se resumen a continuación:

1. Efecto suspensivo de la medida
2. Vulneración del derecho fundamental a la salud
3. Vulneración al derecho de libre elección de los afiliados
4. El estado no puede exigir que se cumpla un deber con el incumplimiento de otro
5. Indebida motivación del acto
6. Principio de proporcionalidad de la sanción
7. Desviación de poder o fraude a la ley

Por lo anterior, solicita revocar totamente la Resolución 10006 de 2018.

3. CONSIDERACIONES DEL DESPACHO

El recurso de reposición interpuesto por parte de la **ALIANZA MEDELLÍN ANTIOQUIA EPS SAS "SAVIA SALUD EPS"**, fue presentado dentro del término legal, teniendo en cuenta que la fecha de notificación electrónica fue el 01 de octubre de 2018.

Previo a resolver de fondo y emitir el correspondiente pronunciamiento dentro de la actuación en estudio, esta superintendencia considera pertinente precisar los siguientes conceptos:

3.1. El recurso de reposición en sede administrativa

Con el fin de analizar la procedencia del recurso de reposición en sede administrativa, es necesario tener en cuenta los requisitos señalados en los artículos 74 a 77 de la Ley 1437 de 2011 – Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo:

> *«**Artículo 74. Recursos contra los actos administrativos.** Por regla general, contra los actos definitivos procederán los siguientes recursos:*
>
> *1. **El de reposición, ante quien expidió la decisión para que la aclare, modifique, adicione o revoque.***
> *2. El de apelación, para ante el inmediato superior administrativo o funcional con el mismo propósito.*
>
> ***No habrá apelación de las decisiones de los** Ministros, Directores de Departamento Administrativo, **superintendentes** y representantes legales de las entidades descentralizadas ni de los directores u organismos superiores de los órganos constitucionales autónomos.*
>
> *Tampoco serán apelables aquellas decisiones proferidas por los representantes legales y jefes superiores de las entidades y organismos del nivel territorial.*
>
> *(...)*
>
> *ARTÍCULO 75. **Improcedencia**. No habrá recurso contra los actos de carácter general, ni contra los de trámite, preparatorios, o de ejecución excepto en los casos previstos en norma expresa"*
>
> ***Artículo 76. Oportunidad y presentación. Los recursos de reposición y apelación deberán interponerse por escrito en la diligencia de notificación personal, o dentro de los diez (10) días siguientes a ella, o a la notificación por aviso, o al vencimiento del término de publicación,** según el caso. Los recursos contra los actos presuntos podrán interponerse en cualquier tiempo, salvo en el evento en que se haya acudido ante el juez.*
>
> *Los recursos se presentarán ante el funcionario que dictó la decisión, salvo lo dispuesto para el de queja, y si quien fuere competente no quisiere recibirlos podrán presentarse ante el procurador regional o ante el personero municipal, para que ordene recibirlos y tramitarlos, e imponga las sanciones correspondientes, si a ello hubiere lugar.*
>
> *El recurso de apelación podrá interponerse directamente, o como subsidiario del de reposición y cuando proceda será obligatorio para acceder a la jurisdicción.*
>
> *Los recursos de reposición y de queja no serán obligatorios.*
>
> ***Artículo 77. Requisitos.** Por regla general los recursos se interpondrán por escrito que no requiere de presentación personal si quien lo presenta ha sido reconocido en la actuación. Igualmente, podrán presentarse por medios electrónicos.*
>
> *Los recursos deberán reunir, además, los siguientes requisitos:*
>
> *1. Interponerse dentro del plazo legal, por el interesado o su representante o apoderado debidamente constituido.*
> *2. Sustentarse con expresión concreta de los motivos de inconformidad.*
> *3. Solicitar y aportar las pruebas que se pretende hacer valer.*
> *4. Indicar el nombre y la dirección del recurrente, así como la dirección electrónica si desea ser notificado por este medio» (Negrilla fuera de texto)*

De esta forma, teniendo en cuenta el recurso formulado por **ALIANZA MEDELLÍN ANTIOQUIA EPS SAS "SAVIA SALUD EPS"** en contra de la Resolución 10006 de 2018, así como los requisitos de procedencia y oportunidad establecidos en la Ley 1437 de 2011 para el trámite y resolución de los recursos contra los actos definitivos, se estudiará si el referido escrito procede para el caso que nos atañe.

Así las cosas, este despacho encontró lo siguiente:

1. Sobre la **procedencia del recurso**, se tiene que contra la Resolución 010006 de 2018 únicamente procede el recurso de reposición, tal como expresamente se consignó en su artículo quinto

2. Sobre la **oportunidad** del recurso de reposición radicado bajo el NURC 1-2018-166383, se corrobora en el expediente que la Resolución No. 010006 del 28 de septiembre de 2018, fue notificada electrónicamente el 01 de octubre de 2018 y el recurso se interpuso el día 12 de octubre del mismo año, esto es, encontrándose dentro del término de oportunidad para presentar el recurso, de 10 días hábiles que dispone la ley.

3. Sobre los **requisitos** del recurso, se advierte que el escrito de NURC 1-2018-166383 del 12 de octubre de 2018 cumple con todos los requisitos de que trata el artículo 77 del CPACA.

3.2. Pronunciamiento sobre los argumentos del recurso

3.2.1 Efecto suspensivo de la medida

Señala el representante legal de **ALIANZA MEDELLÍN ANTIOQUIA EPS SAS "SAVIA SALUD EPS"** que *« El efecto de ejecucion inmediata de la resolucion N°010006, es un efecto traido del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero para los casos de Toma de Posesion de Haberes y Negocios, el mismo no es aplicable a la situacion actual de la entidad, y mas aun si se tiene en cuenta que se esta limitando un derecho fundamental, no un negocio ni un haber economico, y no se presenta una toma de posesión sino por el contrario una medida de vigilancia especial que propende por que la entidad se recupere.»*

Sobre el particular, el despacho considera:

En virtud de lo previsto en el artículo 154 de la Ley 100 de 1993, el Estado intervendrá en el servicio público de seguridad social en salud, en el marco de lo dispuesto en los artículos 48, 49, 334 y 365 a 370 de la Constitución Política. Esta intervención buscará principalmente el logro de los siguientes fines:

- Garantizar la observancia de los principios consagrados en la constitución y en los artículos 2º y 153 de la Ley 100 de 1993.

- Asegurar el carácter obligatorio de la seguridad social en salud y su naturaleza de derecho social para todos los habitantes de Colombia.

- Desarrollar las responsabilidades de dirección, coordinación, vigilancia y control de la seguridad social en salud y de la reglamentación de la prestación de los servicios de salud.

- Lograr la ampliación progresiva de la cobertura de la seguridad social en salud permitiendo progresivamente el acceso a los servicios de educación, información y fomento de la salud y a los de protección y recuperación de la salud a los habitantes del país.

- Establecer la atención básica en salud que se ofrecerá en forma gratuita y obligatoria, en los términos que señala la ley.

- Organizar los servicios de salud en forma descentralizada, por niveles de atención y con participación de la comunidad.

- Evitar que los recursos destinados a la seguridad social en salud se destinen a fines diferentes.

- Garantizar la asignación prioritaria del gasto público para el servicio público de seguridad social en salud, como parte fundamental del gasto público social.

En este punto cabe señalar, como así está definido en el artículo 3 del Decreto 2462 de 2013, que el ámbito de inspección, vigilancia y control que le corresponde a la Superintendencia Nacional de Salud se circunscribe, entre otros actores del Sistema, a los previstos en los artículos 121 y 130 de la Ley 1438 de 2011, y de los cuales hacen parte las Empresas Promotoras de Salud, como es el caso de **ALIANZA MEDELLÍN ANTIOQUIA EPS SAS "SAVIA SALUD EPS"**.

Igualmente es preciso advertir que en lo que respecta al mecanismo de control frente a los vigilados de la Superintendencia Nacional de Salud, el parágrafo 2° del artículo 233 de la Ley 100 de 1993, y el artículo 68 de la Ley 1753 de 2015[1], disponen **que el procedimiento administrativo de la Superintendencia Nacional de Salud será el mismo que se consagra por las disposiciones legales para la Superintendencia Financiera, esto es el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero,** y, en consecuencia, el Superintendente Nacional de Salud podrá ordenar o autorizar a las entidades vigiladas, la adopción individual o conjunta de las medidas de que trata el artículo 113 del mismo Estatuto, con el fin de salvaguardar la prestación del servicio público de salud y la adecuada gestión financiera de los recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud.

En ese orden de ideas, el numeral 1 del artículo 113 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, establece la VIGILANCIA ESPECIAL como una medida cautelar para evitar que las entidades sometidas al control y vigilancia de la Superintendencia, incurran en causal de toma de posesión de sus bienes, haberes y negocios, o para subsanarla. En virtud de dicha medida, la Superintendencia determinará los requisitos que la entidad deberá observar para su funcionamiento, con el fin de enervar, en el término más breve posible, la situación que le ha dado origen.

A su vez, sobre la **inmediatez de las medidas cautelares y de toma de posesión, así como sobre el efecto devolutivo del recurso de reposición que contra ellas proceda**, fue establecido en el Decreto 780 de 2016, Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Salud y Protección Social, cuyo artículo 2.5.5.1.9 consagró:

> «**Artículo 2.5.5.1.9 Medidas cautelares y toma de posesión.** Las medidas cautelares y la toma de posesión de bienes haberes y negocios se regirán por las disposiciones contempladas en el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero. La toma de posesión de bienes haberes y negocios se podrá adoptar como consecuencia de la revocatoria de la autorización de funcionamiento o de la habilitación, por el cumplimiento de las causales previstas en los estatutos para la liquidación o por la ocurrencia de las causales de revocatoria, cuando esté en riesgo el manejo de los recursos públicos de la seguridad social en salud o la prestación del servicio a sus afiliados. **Las medidas cautelares y de toma de posesión, que en ejercicio de sus funciones adopte la Superintendencia Nacional de Salud, serán de aplicación inmediata. En consecuencia, el recurso de reposición que proceda contra las mismas no suspenderá la ejecutoriedad del acto administrativo**. La revocatoria de la autorización de funcionamiento o de la habilitación pueden adoptarse simultáneamente o de manera independiente con la toma de posesión, cuando esas mismas causales que la originan puedan poner en peligro los recursos de la seguridad social en salud o la atención de la población afiliada. Cuando la revocatoria sea simultánea con la toma de posesión, el procedimiento, los recursos, las reglas y los efectos serán los de la toma de posesión. (Art. 6 del Decreto 506 de 2005)»

En cuanto a la limitación de la capacidad de afiliación, como consecuencia de la adopción de medidas especiales o preventivas de la toma de posesión o de la intervención forzosa administrativa para administrar por parte de esta Superintendencia, el Decreto 1184 de 2016[2], dispuso:

> *"**Artículo 2.1.10.5.1. Limitación de la capacidad de afiliación.** La Superintendencia Nacional de Salud podrá ordenar la limitación de la capacidad para realizar nuevas afiliaciones y para aceptar traslados, de las entidades promotoras de salud, organizaciones solidarias vigiladas por esa Superintendencia y cajas de compensación familiar, que operan en los regímenes contributivo y*

[1] Por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018 "Todos por un nuevo país"
[22] Por el cual se adiciona el capítulo v al título 10, parte 1, libro 2, del Decreto 780 de 2016, Decreto único reglamentario del sector salud y protección social.

subsidiado, que han sido objeto de una o varias de las medidas especiales o preventivas de la toma de posesión o de la intervención forzosa administrativa para administrar.

Artículo 2.1.10.5.2. Excepciones a la restricción de la capacidad de afiliación. *No habrá lugar a la aplicación de la limitación de la capacidad de afiliación cuando se trate de:*
1. Beneficiarios que puedan integrar el mismo núcleo familiar.
2. Novedades de traslados cuya efectividad se produce con posterioridad a la notificación del acto administrativo que ordenó la medida de limitación de la capacidad de afiliación.
3. Cumplimiento de órdenes derivadas de fallos Judiciales.
4. Unificación del núcleo familiar, cuando los cónyuges o compañero(as) permanentes se encuentren afiliados en EPS diferentes; o cuando un beneficiario cambie su condición a la de cónyuge o compañero(a) permanente.
5. Afiliados adicionales que pueden ingresar a un núcleo familiar en calidad de tales.

[...]»

En este orden de ideas, es preciso advertir a la parte recurrente que, toda vez que la superintendencia no pierde competencia en el seguimiento de la medida especial, como consecuencia de la misma o sus facultades de inspección, control y vigilancia sobre las entidades que se encuentran en intervención o bajo alguna medida preventiva y en uso de las atribuciones discrecionales que la ley confiere, en especial la señalada en el artículo 2.1.10.5.1 del Decreto 780 de 2016, adicionado por el artículo 1 del Decreto 1184 de 2016, se expidió la Resolución 010006 del 28 de septiembre de 2018, y siendo esta una decisión consecuencia de la medida cautelar, le corresponde la misma naturaleza jurídica de ejecución inmediata que no se suspende en caso de interposición de los recursos contra las mismas, toda vez que la limitación de la capacidad para realizar nuevas afiliaciones y aceptar traslados por parte de la superintendencia solo se da en el marco de las medidas especiales señaladas en el artículo 113 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y el artículo 2.1.10.5.1 del Decreto 780 de 2016 adicionado por el artículo 1 del Decreto 1184 de 2016.

Bajo este panorama, la resolución impugnada se constituye una manifestación del principio del paralelismo de las formas, tal y como lo ha explicado la doctrina a través del profesor Allan R. Brewer-Carías, el referido principio es manifestación del principio de legalidad al cual se incorporan también los principios del sometimiento al derecho, principio de jerarquía y el régimen de la discrecionalidad[3], según el cual:

> «(...) Un principio que también se debe indicar como consecuencia de la regulación del procedimiento administrativo, es el principio de paralelismo de las formas.
>
> Es decir, regulado un procedimiento para la producción de actos administrativos, cualquier modificación, posterior del acto dictado, aun cuando no esté regulada expresamente, debe seguir las mismas formas y formalidades prescritas para la producción del acto inicial. Este principio puede tener una aplicación importante, porque muchas veces el ordenamiento sólo regula el procedimiento para la emisión del acto, pero no sus modificaciones. El principio de paralelismo de las formas obliga a que las modificaciones también se rijan por los mismos principios que guiaron la emisión (...)»[4]

De manera que para el caso concreto, el acto administrativo que la limita de la capacidad para realizar nuevas afiliaciones y aceptar traslados a **ALIANZA MEDELLÍN ANTIOQUIA EPS SAS "SAVIA SALUD EPS"** para el curso de la medida preventiva de vigilancia especial, en virtud del principio del paralelismo de las formas, tiene la misma naturaleza jurídica y se rige por los mismos principios del acto de emisión de la medida de vigilancia especial, en este caso la Resolución 002573 del 4 de agosto de 2017 prorrogada por la Resolución 004080 del 27 de marzo de 2018.

Por consiguiente, resulta lógico inferir que esta última medida de restricción a la capacidad de afiliación, se encuentra también sometida a la inmediatez y al efecto devolutivo del recurso de reposición que contra ella procede, tal como se establece en artículo 2.5.5.1.9 del Decreto 780 de 2016, ya citado.

---

[3] **Brewer-Carías, Allan R.**, "*Tratado de Derecho Administrativo Derecho Público Iberoamericano Tomo IV, El procedimiento administrativo*" Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 2013 pp. 143.
[4] **Brewer-Carías, Allan R.** "*Principios del Procedimiento Administrativo en América Latina*", Bogotá, Editorial Legis, 2003, pp. 22.

En consecuencia, el argumento de impugnación no está llamado a prosperar.

3.2.2 Vulneración del derecho fundamental a la salud

Argumenta la entidad vigilada que la Resolución 010006 del 28 de septiembre de 2018, implica una desprotección del derecho fundamental a la salud, «[…] *teniendo en cuenta que Savia Salud es la EPS mas grande del regimen subsidiado del Departamento de Antioquia, con 1.698.830 usuarios afiliados a la fecha. Población dentro de la cual se cuenta con 1.003.328 pertenecientes a 58 municipios (cifra que equivale al 50% de los municipios en los que opera la EPS) en donde Savia Salud EPS es la única entidad promotora que opera en la zona, por lo tanto la limitación a realizar nuevas afiliaciones y a aceptar traslados se presenta como una flagrante violación al derecho fundamental de los ciudadanos a la salud, y teniendo en cuenta que la responsabilidad primaria de garantizar el citado derecho es del Estado, termina este respondiendo solidariamente por dicha orden. […]*»

Advierte que en los municipios en donde solamente opera **ALIANZA MEDELLÍN ANTIOQUIA EPS SAS "SAVIA SALUD EPS"**, el derecho a la salud de su población se vería afectado, en tanto que la única EPS con cobertura en ese lugar no podría recibirlos.

Al respecto, el despacho considera:

El Decreto 780 de 2016, en su artículo 2.1.10.5.3, adicionado por el Decreto 1184 de 2016 establece:

> «***Artículo 2.1.10.5.3. Protección del derecho fundamental a la salud por efecto de la aplicación de la limitación de la capacidad de afiliación.*** *Cuando la entidad objeto de la medida de limitación de la capacidad de afiliación sea la única que se encuentre operando el Régimen Contributivo o Subsidiado en un municipio, la Superintendencia Nacional de Salud invitará a las entidades que operan el mismo régimen en el respectivo departamento o, en su defecto, en los departamentos circunvecinos para que manifiesten su voluntad de recibir los afiliados.*
>
> *La Superintendencia Nacional de Salud designará, mediante acto administrativo, a aquella entidad promotora de salud que cuente con el mayor número de afiliados de aquellas que hayan expresado su voluntad de recibirlos.*
>
> *En el evento de que ninguna entidad manifieste su voluntad de recibir los afiliados, la Superintendencia Nacional de Salud definirá, mediante acto administrativo, la entidad que deberá realizar las nuevas afiliaciones o aceptar los traslados.*
>
> *El procedimiento y términos para el cumplimiento del presente artículo serán definidos por la Superintendencia Nacional de Salud. En todo caso, para los efectos previstos en el presente artículo, la medida de limitación de la capacidad de afiliación, solo podrá ser efectiva una vez haya sido definida por la Superintendencia Nacional de Salud la entidad que deberá realizar las nuevas afiliaciones o aceptar los traslados.*»

Ciertamente, la normativa precitada ha previsto la protección del derecho fundamental a la salud de las personas que residen en muncipios en donde la entidad objeto de la medida de limitación de la capacidad de afiliación, sea la única que se encuentre operando el Régimen Contributivo o Subsidiado, disponiendo para ello la designación, mediante acto administrativo, de la EPS que habiendo expresado su voluntad de recibir a los afiliados, cuente con el mayor número de afiliados y opere el mismo régimen en el respectivo departamento o, en su defecto, en los departamentos circunvecinos. Y, en el evento de que ninguna entidad manifieste su voluntad de recibir los afiliados, la superintendencia definirá, igualmente mediante acto administrativo, la entidad que deberá realizar las nuevas afiliaciones o aceptar los traslados

En todo caso, tal como lo establece la norma, la medida de limitación de la capacidad de afiliación solo podrá ser efectiva una vez haya sido definida por la Superintendencia Nacional de Salud, la entidad que deberá realizar las nuevas afiliaciones o aceptar los traslados, en los municipios donde la EPS es la única que opera.

Es por lo anterior, que actualmente esta entidad se encuentra surtiendo el procedimiento denominado «Designación de EPS por restricción de afiliación», con el cual se definirá la entidad que deberá realizar las nuevas afiliaciones o aceptar los traslados,en los municipios donde la EPS es la única que opera , por lo tanto, mientras ello ocurre, la medida no será efectiva, de manera que **ALIANZA MEDELLÍN ANTIOQUIA EPS SAS "SAVIA SALUD EPS"** podrá seguir afiliando usuarios en dichos municipios

Bajo las consideraciones anteriores, las consecuencias adversas sobre la garantía del derecho a la salud de los ususarios, en aquellos municipios en que solamente opera **ALIANZA MEDELLÍN ANTIOQUIA EPS SAS "SAVIA SALUD EPS"**, son inexistentes y su protección se encuentra garantizada a través del mecanismo previsto en el artículo 2.1.10.5.3 del Decreto 780 de 2016; motivo por el cual el argumento de impugnación no está llamado a prosperar.

3.2.3 Vulneración al derecho de libre elección de los afiliados

En criterio del representante de **ALIANZA MEDELLÍN ANTIOQUIA EPS SAS "SAVIA SALUD EPS",** «[...] *la sanción impuesta por la Superintendencia Nacional de Salud es altamente inconveniente para la población antioqueña, toda vez, que la afiliación y la movilidad se ven restringidas, por cuenta de la medida adoptada por la Superintendencia, la misma no solo afecta a mi representada, sino que actualmente y como se afirmó al inicio del presente recurso hay municipios en los que somos la única entidad de regimen subsidiado operando, o son muy pocas las entidades que no estan sujetas a medidas especiales, y en consecuencia estarían habilitadas para realizar estos procesos y adicionalmente de este grupo no todas cuentan con la capacidad autorizada y/o disponible para hacerlo. Limitando ademas el derecho mismo de los usuarios a ejercer la libre escogencia sobre la EPS de su preferencia.»*

Sobre el derecho a la libre escogencia es preciso señalar que el numeral 4º del artículo 153 de la Ley 100 de 1993, establece lo siguiente:

> *"El sistema general de seguridad social en salud permitirá la participación de diferentes entidades que ofrezcan la administración y la prestación de los servicios de salud, bajo las regulaciones y vigilancia del Estado y asegurará a los usuarios* ***libertad en la escogencia entre las entidades promotoras de salud y las instituciones prestadores de servicios de salud, cuando ello sea posible según las condiciones de oferta de servicios****. Quienes atenten contra este mandato se harán acogedores a las sanciones previstas en el artículo 230 de esta ley".*

Por su parte el literal g) del artículo 156 ib., al respecto establece que, *"Los afiliados al sistema elegirán libremente la entidad promotora de salud, dentro de las condiciones de la presente ley. Así mismo, escogerán las instituciones prestadoras de servicios y/o los profesionales adscritos o con vinculación laboral a la entidad promotora de salud, dentro de las opciones por ella ofrecida;".*

El numeral 3.12 del artículo 3º de la Ley 1438 de 2011 define la libre escogencia como uno de los principios del Sistema General de Seguridad Social en Salud y establece que, *"El Sistema General de Seguridad Social en Salud asegurará a* ***los usuarios libertad en la escogencia entre las Entidades Promotoras de Salud*** *y los prestadores de servicios de salud dentro de su red en cualquier momento de tiempo".*

En consonancia con la normatividad anterior, el artículo 6º de la Ley 1751 de 2015, enuncia la libre elección como uno de los principios del derecho fundamental a la salud, señalando que «[...] *Las personas tienen la libertad de elegir sus entidades de salud dentro de la oferta disponible según las normas de habilitación.»*

Ahora bien, tal como se señaló en el acápite anterior, la ley ha previsto la protección del derecho fundamental a la salud de las personas que residen en muncipios en donde la entidad objeto de la medida de limitación de la capacidad de afiliación, sea la única que se encuentre operando el Régimen Contributivo o Subsidiado, disponiendo para ello la designación, mediante acto administrativo, de la EPS que habiendo expresado su voluntad de recibir a los afiliados, cuente con el mayor número de afiliados y opere el mismo régimen en el respectivo departamento o, en su defecto, en los departamentos circunvecinos; o la entidad que deberá realizar las nuevas afiliaciones o aceptar los traslados, cuando ninguna entidad manifieste su voluntad de recibir los afiliados.

En consecuencia, con la medida no se limita el derecho a la libre escogencia de los usuarios, por el contrario, la restricción de la capacidad para realizar nuevas afiliaciones o traslados de afiliados lejos de constituir una vulneración a los derechos de los usuarios, representa una limitación que se da para el cumplimiento de fines superiores relacionados con el servicio público esencial de salud en desarrollo de lo señalado en el literal C) del artículo 35 de la Ley 1122 de 2007, es decir «*ordenar correctivos tendientes a la superación de la situación crítica o irregular (jurídica, financiera, económica, técnica, científico-administrativa) de cualquiera de sus vigilados*» por parte de esta superintendencia, razón por la cual los argumentos del recurrente no están llamados a prosperar.

3.2.4 El estado no puede exigir que se cumpla un deber con el incumplimiento de otro

Señala la entidad vigilada, a través de su representante, que con ocasión de la medida preventiva de vigilancia especial, **ALIANZA MEDELLÍN ANTIOQUIA EPS SAS "SAVIA SALUD EPS"** «[...] *presentó el plan de acción necesario para subsanar las situaciones que dieron lugar a la imposición de la citada medida, entre las cuales se encuentra mantener la base de afiliados y un crecimiento anual del 0,5% que soporta las proyecciones del plan de acción, con la medida impuesta mediante resolución N° 010006 se hace imposible para la EPS cumplir con lo proyectado en el plan de acción, y mas aun teniendo en cuenta representa una afectación en la disminución de ingresos anuales por aproximadamente $4.000 millones, como consecuencia de no afiliar en promedio mensualmente 5.298 usuarios nuevos, con el valor aproximado mas bajo de UPC de $60.000 al mes, lo anterior sin contar con los retiros que se realicen como consecuencia de la libre movilidad.*»

Y agrega que «*El Estado no puede exigir que se cumpla un deber con el incumplimiento de otro, sobre todo cuando la medida de Vigilancia Especial prima, es especial, y no puede quedar por fuera de cualquier decision, pues al contener la medida especial y exigir indicadores, la Superintendencia Nacional de Salud, con este tipo de medidas como la actual (limitar los afiliados), esta poniendo a Savia Salud EPS en posicion de incumplimiento de metas.*»

El despacho considera:

La Constitución Política señala que el servicio público de salud[1] se encuentra en cabeza del Estado. Consecuencia de ello es que debe garantizar el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud, correspondiendo a éste su organización, dirección y reglamentación bajo los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, así como establecer las políticas para la prestación de servicios de salud por entidades privadas, y ejercer su correspondiente control, y el establecimiento de competencias de la Nación, entidades territoriales y particulares.

Es importante señalar que la prestación del servicio de salud se encuentra como una de las finalidades sociales del Estado y de los servicios públicos. Ésta fue incluida en el artículo 366 de la Constitución Política, y en éste se estableció como objetivo el bienestar general y el mejoramiento de la calidad de vida de la población, siendo su meta fundamental la solución de las necesidades insatisfechas en la prestación del servicio de salud.

Al respecto, la sentencia C-616 de 2001, mediante la cual se declararon exequibles los artículos 156, 177, 179, 181 y 183 de la Ley 100 de 1993, consideró sobre el **intervencionismo** del Estado en las empresas de salud, que, teniendo en cuenta que nos encontramos en un Estado Social de Derecho de corte neoliberal,[2] en donde la intervención del Estado depende del ramo en el que se haga, tenemos que en ciertas esferas el Estado permite el libre desarrollo económico, mientras que en otros sectores su intervención es permanente hasta el punto de eliminar la iniciativa privada. En dicha sentencia, se indicó que por las características especiales del servicio de salud, debe existir una intervención intensa por parte del Estado, no solo por el proceso económico que ello comporta, sino por la reglamentación e inspección, vigilancia y control que requiere. Dicha intervención le impone a las autoridades públicas la obligación de asumir la prestación directa o por intermedio de tercero. Además, por tratarse de una actividad en la cual las entidades de

[1] Constitución Política de Colombia de 1991, Artículo 49.
[2] Estado con libre mercado, apertura total económica y traslado de la actividad social a los particulares en temas como, por ejemplo, educación o salud.

carácter privado cuentan con una estructura administrativa, técnica, financiera y profesional, se **debe asegurar la prestación del servicio de salud** bajo estándares de eficiencia, oportunidad, continuidad y calidad.

Igualmente, frente a este servicio público de salud de carácter especial, señaló:

> *«[...]*
>
> *Cuando se trata del servicio público de salud la intervención del Estado es intensa y tiene como fundamento constitucional no solo las normas que permiten la intervención general del Estado en los procesos económicos comunes, con la* ***correspondiente limitación de la libertad económica*** *(CP arts. 150 ord. 21, 333 y 334), sino también otras disposiciones constitucionales, en particular las relativas a la reglamentación e inspección de las profesiones (CP art. 26) la intervención del Estado en los servicios públicos en general (CP art. 365) y la atención de la salud en particular (CP arts. 48, 49).*
>
> *La intervención del Estado en el servicio público de salud se funda en el modelo del Estado Social de Derecho, que impone a las autoridades públicas el deber de asumir su prestación, ya sea directamente o por medio de los particulares, y por tratarse de una actividad, en la que se manejan dineros del Sistema General de Salud por entidades privadas (EPS),* ***el control estatal preserva la confianza pública, pues permite que estas entidades cuenten con una estructura administrativa, técnica, financiera y profesional que asegure la prestación regular, continua y eficiente del servicio de salud a los afiliados.***
>
> *Cuando nuestra Constitución Política permite que particulares concurran con el Estado a prestar el servicio público de salud, no se está reservando el ejercicio de esta actividad, sino que está delegando en los particulares su prestación. Por ello, en este escenario debe existir la libre competencia y el Estado debe velar porque no se presenten obstáculos o limitaciones a la concurrencia de los sujetos económicos por la conquista del mercado; y sí estas existen deben ser iguales para todas las personas naturales o jurídicas que tengan la capacidad de prestar el servicio..."*

Así entonces, en el presente caso, para la Superintendencia Nacional de Salud el ejercicio de sus funciones de inspección, vigilancia y control, deben encaminarse primordialmente a la protección de los derechos de los usuarios del SGSSS.

En el caso concreto de **ALIANZA MEDELLÍN ANTIOQUIA EPS SAS "SAVIA SALUD EPS",** el que dicha EPS no haya estabilizado las condiciones que le permitan grantizar la adecuada prestación del servicio de salud a sus afiliados, así como las condiciones de carácter financiero, genera un riesgo para sus afiliados actuales y para aquellos usuarios del sistema que se trasladen a ella, con la expectativa de recibir un mejor servicio del que reciben en la EPS donde se encuentran afiliados, lo cual justifica la medida adoptada por la Superintendencia Nacional de Salud mediante el acto administrativo impugnado, cuya finalidad es la de evitar que se agraven aún mas las condiciones de la EPS, y el impacto derivado de ellos a sus actuales y potenciales afiliados..

De esta forma, la limitación de capacidad de afiliación, lejos de ser contraria al plan de acción propuesto por la EPS para el levantamiento de la medida preventiva de vigilancia especial, refuerza el cumplimiento de la misma, al mitigar un aumento en la demanda de prestación de servicios de salud que no pueda ser atendida de forma adecuada y desvíe la atención de la EPS del cumplimiento de sus obligaciones para subsanar su situación y enervar las causales de la medida especial.

De otra parte, es importante precisar que la decisión impugnada es de carácter transitorio y solo se mantiene o tiene vigencia mientras subsista la medida preventiva de vigilancia especial adoptada para **ALIANZA MEDELLÍN ANTIOQUIA EPS SAS "SAVIA SALUD EPS"**, tal y como lo indica el parágrafo segundo de la resolución impugnada. En este sentido, debe manifestarse el compromiso de la EPS para enervar cada una de las causales que dieron origen a la medida de vigilancia especial dentro del término de la misma o antes de ser posible, lo que implica que si la EPS supera las falencias que implicaron mantener la medida de vigilancia especial o dieron origen a la misma, se deberá levantar la restricción en la capacidad de afiliación.

Adicionalmente, debe tenerse en cuenta que la restricción a la capacidad de afiliación y de aceptación de nuevos traslados, además de no ser una medida de carácter permanente, tampoco resulta ser absoluta pues el parágrafo primero del artículo primero de la Resolución 010006 del 28 de septiembre de 2018, contempló de manera expresa que dicha restricción no opera en los siguientes eventos:

1. Beneficiarios que pueden integrar el mismo núcleo familiar.
2. Novedades de traslados cuya efectividad se produce con posterioridad a la notificación del acto administrativo que ordenó la limitación de la capacidad de afiliación.
3. Cumplimiento de órdenes derivadas de fallos judiciales.
4. Unificación del núcleo familiar, cuando los cónyuges o compañero(a)s permanentes se encuentren afiliados a EPS diferentes; o cuando un beneficiario cambie su condición a la de cónyuge o compañero(a) permanente.
5. Afiliados adicionales que puedan ingresar a un núcleo familiar en calidad de tales.

Se reitera entonces que la decisión de limitar la capacidad de afiliación, no contradice la finalidad de la medida especial, pues con la misma se está previniendo el crecimiento de la demanda de servicios por parte de nuevos afiliados de manera parcial y temporal, hasta que la entidad logre demostrar que tiene la capacidad operativa y financiera suficiente para atenderla con calidad y superar las causas que dieron lugar a la medida de vigilancia especial que en la actualidad recae sobre **ALIANZA MEDELLÍN ANTIOQUIA EPS SAS "SAVIA SALUD EPS"**.

La referida restricción constituye una carga administrativa propia de la participación en el servicio publico esencial de salud encaminada el cumplimiento de las finalidades del Estado, por lo que en este sentido la restricción de capacidad de afiliación es un mecanismo que coadyuva a la EPS a evitar que se haga más gravosa su situación, enfocar su actividad para salir de la medida de vigilancia especial, y no verse afectada por una eventual demanda de servicios de población adicional que desborde su capacidad para asegurar de adecuada forma los riesgos en salud y financieros que estos suponen de su población afiliada.

En consecuencia, el argumento del recurrente no se encuentra llamado a prosperar.

3.2.5 Indebida motivación del acto

Argumento de impugnación que sustenta de la siguiente manera:

> «En el caso concreto en las consideraciones de la Resolución N° 010006 de 2018, se establece "Que el Comité de Medidas Especiales de la Superintendencia Nacional de Salud, en cumplimiento de lo previsto en el articulo 3° de la Resolucion 461 del 13 de abril de 2015, en la sesion del 20 de septiembre de 2018, recomendo al Superintendente Nacional de Salud limitar la capacidad para realizar nuevas afiliaciones y para aceptar traslados a ALIANZA MEDELLIN ANTIOQUIA EPS S.A.S. "SAVIA SALUD EPS". En ningun acápite de la citada resolución se establecen las motivaciones del citado Comite de Medidas Especiales de la Superintendencia Nacional de Salud que lo llevan a recomendar la imposición de la limitación a la capacidad de la afiliación y para aceptar traslados, lo que genera que Savia Salud EPS le sea imposible controvertir las ratio decidendi que dieron origen a tal recomendación.
>
> Genera susceptibilidad por parte de esta entidad que despues de catorce (14) meses de estar inmersos en una medida preventiva de vigilancia especial, en la cual se han realizado todos los esfuerzos necesarios para mejorar los indicadores de la entidad, y poder asi enervar las causales que dieron origen a la misma, y que sea precisamente en un momento coyuntural del sistema de salud, por el eventual cierre de otras EPS, Savia Salud EPS no pueda realizar afiliaciones ni aceptar traslados.»

Al respecto, el despacho considera:

De la lectura del acto administrativo impugnado se desprende que la decisión adoptada corresponde al ejercicio de la facultad consagrada en el artículo 2.1.10.5.1 del Decreto 780 de 2016, adicionado por el artículo 1 del Decreto 1184 de 2016, en razón a los antecedentes de la adopción de la medida de vigilancia especial, los cuales fueron ampliamente expuestos en la Resolución 002573 del 4 de agosto de 2017 y el incumplimiento de obligaciones y compromisos aun por superar, que dieron lugar a que la respectiva medida de vigilancia especial fuera

prorrogada mediante la Resolución 004080 del 27 de marzo de 2018, fundamentos que han sido ampliamente conocidos por la recurrente, no solo por ser **ALIANZA MEDELLÍN ANTIOQUIA EPS SAS "SAVIA SALUD EPS"** la fuente principal de la información analizada y quien propuso su programa de mejoramiento comprometiéndose con este organismo de supervisión, sino que también han sido conocidos en desarrollo del debido proceso de cada una de las actuaciones de imposición y prórroga de la medida de vigilancia especial y con la interposición de los respectivos recursos, frente a los cuales en la debida oportunidad se ha dado a conocer las razones para confirmarlos.

Conviene aclarar que la recomendación a la que hace referencia la resolución aquí analizada, se produjo en el escenario de una reunión del Comité de Medidas Especiales que es la instancia encargada de hacer periódicamente, el respectivo seguimiento a la medida de vigilancia especial, de conformidad con la información que reporta la misma EPS y los compromisos a los cuales ha llegado con la superintendencia.

Dicha recomendación corresponde a una actuación administrativa y no a un acto administrativo, que por su naturaleza jurídica y contenido no es susceptible de notificación o comunicación alguna, pues constituye una mera actuación de la administración que se fundamenta en la información reportada por la misma EPS.

Por lo tanto, resulta evidente que la EPS al encontrarse en una medida de vigilancia especial y persistir en el incumplimiento de su compromiso para levantar la misma, conllevó a la prórroga de esta última, tal como se reseñó en los antecedentes del acto administrativo impugnado y en la decisión de limitar la capacidad de afiliación de la EPS, toda vez que no ha superado el 100% de las situaciones que la hacen objeto de medida especial por parte de esta superintendencia, como es de su conocimiento.

Sobre la falsa motivación, como vicio de los actos administrativos, en sentencia de radicación 68001-23-31-000-2008-00066-01(1982-10) de 12 de octubre de 2011 proferida por la Sesión Segunda, el Consejo de Estado consideró:

> «(…) La falsa motivación, como causal de anulación de los actos administrativos, ha sido entendida como aquella razón que da la administración de manera engañosa, fingida, simulada, falta de ley, de realidad o veracidad. De igual forma se ha dicho que la falsa motivación se configura **cuando las circunstancias de hecho y de derecho que se aducen para la emisión del acto administrativo correspondiente, traducidas en la parte motiva del mismo, no tienen correspondencia con la decisión que se adopta o disfrazan los motivos reales para su expedición. (…)**»[5] (F.J. IV)

Lo anterior, en palabras de Santofimio Gamboa, es explicado de la siguiente manera:

> «(…) Debemos recordar que la falsa motivación es precisamente un fenómeno estructurado a nivel de elemento causal del Acto Administrativo, por lo que debe ser entendido en su exacto contexto, es decir, determinando **aquellos necesarios antecedentes reales que han debido ser tenidos en cuenta por la administración, así como su relación con la voluntaria valoración que esta haya podido otorgarle**, sin importarnos para nada las finalidades que el funcionario individualmente haya infundido al respectivo acto.
>
> Interesa, para efectos del estudio de la falsa motivación, **el real antecedente del acto y su receptividad en la voluntad administrativa**, más no el aspecto finalístico o teleológico o de efectos que se espere producir con el Acto Administrativo; esta última situación, en estricto sentido subjetivo, es particularmente objeto de estudio de la llamada desviación de poder. En esta delicada diferenciación radica precisamente la distinción entre la llamada falsa motivación y el desvió de poder; aunque, si bien es cierto, debemos admitir que en muchos casos una falsa motivación es el camino. (…)»[2]

En consecuencia resulta necesaria la correspondencia entre los antecedentes plasmados en la parte motiva de la decisión impugnada y la parte resolutiva de la misma, requisito plenamente

---

[5] Consejo de Estado, Sesión Segunda, sentencia de radicación 68001-23-31-000-2008-00066-01(1982-10) de 12 de octubre de 2011, C.P. Gustavo Eduardo Gomez Aranguren, al conocer de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho contra el Oficio No. 02566-07 del 1° de octubre de 2007 del Departamento de Santander, en donde se estudia el concepto de falsa motivación.

[2] SANTOFIMIO Gamboa, Jaime Orlando. Tratado de Derecho Administrativo. Tomo 2. Universidad Externado de Colombia. P. 392

observado en la Resolución 010006 de 2018, en donde claramente se señala que la decisión se fundamenta en la recomendación emitida por el Comité de Medidas Especiales, en sesión del 20 de septiembre de 2018, la cual se sustenta principalmente en los motivos de orden financiero y técnico científico, que llevaron a la adopción y permanencia de la medida de vigilancia especial, ante el seguimiento efectuado al plan de acción presentado por la entidad, quien se comprometió en un tiempo específico a subsanar las falencias de la entidad y en consecuencia enervar las causales que dieron lugar a la imposición y prórroga de la Medida de Vigilancia Especial, sin haberlo logrado, circunstancia que se encuentra completamente relacionada con la recomendación del mencionado comité, la cual como ya se indicó no constituye un acto administrativo definitivo de contenido particular y concreto que debiera ser conocido previamente a la emisión del acto administrativo que se recurre.

Por lo tanto, contrario a lo señalado por el recurrente, al estudiar cuidadosamente los antecedentes y consideraciones plasmados en la Resolución 010006 de 2018, se evidencia que la decisión guarda estrecha correspondencia con la motivación de la misma y los soportes de información remitidos por la propia EPS recurrente para el seguimiento de la medida de vigilancia especial, los cuales en esta instancia no puede venir a desconocer quien presenta el recurso de reposición, razón por la cual su argumento tampoco está llamado a prosperar.

En consecuencia, el argumento del recurrente carece de vocación de prosperidad.

3.2.6 Principio de proporcionalidad de la sanción

En criterio de la entidad vigilada, el acto administrativo impugnado constituye lo que denomina «una verdadera sanción porque: (i) tienen un efecto definitivo; (ii) se trata de una decisión que no tiene segunda instancia y en consecuencia cierra el proceso de manera definitiva; (iii) generan (sic) limitaciones de operación de la EPS para el cumplimiento de sus funciones y el desarrollo de su misión; esta orden es de inmediato cumplimiento.»

Y agrega:

> «Teniendo claridad en que la medida adoptada por la Superintendencia Nacional de Salud es una sanción, como consecuencia del no cumplimiento del patrimonio mínimo y el margen de solvencia, y que la finalidad de la medida cautelar preventiva de VIGILANCIA ESPECIAL es enervar la situación que dio como resultado el "supuesto" incumplimiento, no se entiende como se sanciona con la prohibición de realizar nuevas afiliaciones y aceptar traslados, teniendo en cuenta que esta medida para la EPS representa una afectación en la disminución de ingresos anuales por aproximadamente $4.000 millones, como consecuencia de no afiliar en promedio mensualmente 5.298 usuarios nuevos, con el valor aproximado mas bajo de UPC de $60.000 al mes, lo anterior sin contar con los retiros que se realizan como consecuencia de la libre movilidad.»

Sobre el particular, el despacho considera:

En lo que atañe a las competencias para intervenir en el servicio público de seguridad social en salud en cabeza de la Superintendencia Nacional de Salud, el artículo 35 de la Ley 1122 de 2007, por la cual se hacen algunas modificaciones al Sistema General de Seguridad Social en Salud, dispone en los siguientes términos los mecanismos de inspección, vigilancia y control en cabeza de la Superintendencia Nacional de Salud:

> **«Inspección**: La inspección, es el conjunto de actividades y acciones encaminadas al seguimiento, monitoreo y evaluación del Sistema General de Seguridad Social en Salud y que sirven para solicitar, confirmar y analizar de manera puntual la información que se requiera sobre la situación de los servicios de salud y sus recursos, sobre la situación jurídica, financiera, técnica-científica, administrativa y económica de las entidades sometidas a vigilancia de la Superintendencia Nacional de Salud dentro del ámbito de su competencia.
>
> Son funciones de inspección entre otras las visitas, la revisión de documentos, el seguimiento de peticiones de interés general o particular y la práctica de investigaciones administrativas.
>
> **Vigilancia**: La vigilancia, consiste en la atribución de la Superintendencia Nacional de Salud para advertir, prevenir, orientar, asistir y propender porque las entidades encargadas del financiamiento, aseguramiento, prestación del servicio de salud, atención al usuario,

participación social y demás sujetos de vigilancia de la Superintendencia Nacional de Salud, cumplan con las normas que regulan el Sistema General de Seguridad Social en Salud para el desarrollo de este.

Control: El control **consiste en la atribución de la Superintendencia Nacional de Salud para ordenar los correctivos tendientes a la superación de la situación crítica o irregular (jurídica, financiera, económica, técnica, científico-administrativa) de cualquiera de sus vigilados** y sancionar las actuaciones que se aparten del ordenamiento legal bien sea por acción o por omisión". (Subrayado y resaltado fuera del texto)»

En el ámbito de las facultades anteriormente reseñadas, se encuentran las figuras de imposición de las medidas preventivas de la toma de posesión, consagradas en el artículo 113 del Estatuto Financiero; y la competencia para adelantar procedimientos administrativos sancionatorios en contra de las entidades sometidas a la vigilancia de la Superintendencia Nacional de Salud.

Respecto de la competencia para imponer las medidas preventivas de la toma de posesión, vale precisar que tienen por objeto salvaguardar la prestación del servicio público de salud y la adecuada gestión financiera de los recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud; en tanto que, el proceso administrativo sancionatorio que adelanta la Superintendencia Nacional de Salud tiene como finalidad investigar las vulneraciones a las normas que regulan el Sistema General de Seguridad Social en Salud, por parte de las entidades vigiladas por este Órgano de Control, e imponer, si es del caso, las sanciones administrativas a que haya lugar.

Una y otra figura entonces responden a circunstancias diferentes y comportan consecuencias diversas. La adopción de la medida de Vigilancia Especial no comporta sanción administrativa alguna para la entidad vigilada, pues, lejos de ser un acto sancionatorio y de reproche, constituye una acción de salvamento encaminada a que las entidades sometidas a su control y vigilancia incurran en causal de toma de posesión de sus bienes, haberes y negocios, y así, en el término más breve posible, superar la situación que le ha dado origen.

Implica lo anterior que en esta actuación administrativa no se dirime la violación de normas del Sistema General de Seguridad Social en Salud, pues ello es objeto de los procesos administrativos sancionatorios adelantados por este Órgano, en ejercicio de sus funciones de control sobre los diferentes actores del Sistema.

Tampoco la medida de limitación de capacidad de afiliación adoptada a través de la Resolución 010006 de 2018, implicó imposición de sanción alguna a **ALIANZA MEDELLÍN ANTIOQUIA EPS SAS "SAVIA SALUD EPS",** pues tal como ya se analizó, esta figura de limitación de la capacidad de afiliación, se adopta como consecuencia de la imposición de medidas especiales o preventivas de la toma de posesión o de la intervención forzosa administrativa para administrar por parte de esta Superintendencia, consagrada en el artículo 2.1.10.5.1. del Decreto 1184 de 2016 y tiene como finalidad proteger a los usuarios y facilitar el cumplimiento de los compromisos de la EPS para levantar la medida de vigilancia especial, la cual, en este caso concreto debió ser prorrogada ante la persistencia de falencias que repercuten en el Sistema General de Seguridad Social en Salud.

3.2.7 Desviación de poder o fraude a la ley

Sustenta el argumento de impugnación la investigada en los siguientes términos:

> «Actualmente la Superintendencia Nacional de Salud se encuentra realizando el analisis de la situacion de diferentes EPS, como por ejemplo la EPS Medimás, que si fuera a hacer intervenida y se repartieran sus afiliados entre las otras EPS autorizadas en cada region, quedaria entonces excluida SAVIA SALUD EPS, con base en esta limitación, podría en algún momento sostenerse que el fin de la medida actual no fue facilitar la viabilidad o coadyuvar a su mantenimiento financiero, sino impedirle recibir afiliados de otras EPS intervenidas, lo que rompe la igualdad. El mismo Estado estaría aplicando una medida con un fin distinto al que debe justificar la medida. Es decir, se usa una norma con un fin distinto al fin de la norma. Eso se conoce como fraude a la ley o desviacion de poder, en lo público.»

Sobre la desviación de poder en la expedición de actos administrativos, el Consejo de Estado, en sentencia de radicación 25000234200020120150701 de 8 de febrero de 2018, MP Sandra Lisset

Ibarra Vélez, consideró:

> «La jurisprudencia y la doctrina clasifican las diferentes manifestaciones de la desviación de poder, generalmente en dos grandes grupos: aquellos casos en que i) el acto o contrato administrativo es ajeno a cualquier interés público –venganza personal, motivación política, interés de un tercero o del propio funcionario; y, ii) el acto o contrato es adoptado en desarrollo de un interés público, pero que no es aquel para el cual le fue conferida competencia a quien lo expide o celebra; categoría a la que se aproxima igualmente la desviación de procedimiento en la que la administración disimula el contenido real de un acto, bajo una falsa apariencia, recurriendo a un procedimiento reservado por la ley a otros fines, con el fin de eludir ciertas formalidades o de suprimir ciertas garantías.
>
> Ahora bien, por efectos de la presunción de derecho que ampara los actos administrativos, estos se consideran ajustados a derecho mientras no se demuestre lo contrario, de manera que corresponde a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen.
>
> Esta Corporación ha hecho énfasis en la dificultad probatoria que representa la apariencia externa de legalidad con que las actuaciones administrativas viciadas de desviación de poder nacen a la vida jurídica, lo que no exime por supuesto al Juzgador de tener las pruebas necesarias "*que no dejen la más mínima duda de que al expedir el acto controvertido el agente de la administración que lo produjo no buscó obtener un fin obvio y normal determinado al efecto, sino que por el contrario, se valió de aquella modalidad administrativa para que obtuviera como resultado una situación en todo diversa a la que explícitamente busca la Ley.25*"

En el caso bajo análisis de este despacho, **ALIANZA MEDELLÍN ANTIOQUIA EPS SAS "SAVIA SALUD EPS",** hace consistir la alegada desviación de poder en una hipótesis del todo subjetiva según la cual si la EPS Medimás fuera intervenida y se repartieran sus afiliados entre las otras EPS autorizadas en cada region, quedaria entonces excluida SAVIA SALUD EPS, con base en esta limitación.

La consideración en la que sustenta la entidad vigilada su argumento, es simplemente un hecho hipotético, una suposición carente de toda posibilidad de verificación a través de medio de prueba alguno, motivo por el cual no tiene la capacidad de desvirtuar la legalidad de la Resolución 010006 de 2018.

Más aún si se considera que el ámbito de las competencias que ejerce la Superintendencia Nacional de Salud al limitar la capacidad de afiliación de las EPS, encuentra plena justificación en la protección al derecho social fundamental a la salud de los usuarios y evitar un riesgo mayor al sistema, el cual ha sido reconocido como tal, no solo a través de la jurisprudencia de la Corte Constitucional (ver Sentencia T-760 de 2008), sino también a nivel legal a través de la Ley Estatutaria 1751 de 2015 que hace parte del bloque de constitucionalidad en sentido amplio.

Ello a partir de unos claros mandatos contenidos en la Constitución Política de Colombia en los artículos 44 y 50, contando al mismo tiempo por disposición Constitucional con el carácter de servicio público esencial (artículo 49 de la Constitución Política) y constituyéndose como finalidad social del Estado (artículo 366 de la Constitución Política), razón por la cual la Administración cuenta con prerrogativas de orden superior para garantizar el interés general cuya prevalencia se enmarca en los artículos 1 y 209 de la Carta Política.

De la misma forma, aparecen justificadas en garantía de ese interés las funciones y atribuciones que la Ley[6] impone en cabeza de la Superintendencia Nacional de Salud, siendo la restricción a la capacidad de afiliación de las EPS un mecanismo que en esencia protege a los usuarios del sistema y permite a las EPS concentrarse y enfocar sus esfuerzos para el levantamiento de la medida especial que sobre ellas recaiga.

En relación con las prerrogativas del poder público ha manifestado el Consejo de Estado en Sentencia proferida por la Sección Tercera de radicación 16394 del 23 de febrero del 2000.

> «(...) tales poderes y facultades le son otorgadas por la Constitución y la ley como uno de los medios para atender y satisfacer las necesidades de los administrados y, en general, para proveer a la realización de los fines esenciales del Estado, de donde surge de modo necesario e indiscutible la imposibilidad de disposición y de negociación de tales materias. La protección de los derechos

[6] Ley 100 de 1993, Ley 715 de 2001, Ley 1122 de 2007, Ley 1438 de 2011, entre otras normas.

> de los particulares en este campo encuentra soporte y garantía, de una parte, en los mecanismos de autocontrol de la administración, como lo son la vía gubernativa y la revocatoria directa y, de otra, en el control judicial que de los actos administrativos está asignado al juez contencioso administrativo, sin perjuicio de que pueda acudirse a otros medios y acciones de control y de defensa que consagran la Constitución y la ley (...)»[7]

Como consecuencia de lo anterior, nuestro ordenamiento jurídico y principalmente en la Ley 100 de 1993 no solo se dota de prerrogativas a la Administración, sino que también impone un rol especial y de garante a las EPS dentro del Sistema General de Seguridad Social, señalando funciones y obligaciones de carácter indelegable en cabeza de estas últimas (ver artículos 177, 178 y 179 de la Ley 100 de 1993), lo que se traduce en una obligación y un deber objetivo de cuidado no solo frente a la garantía de la prestación de los servicios de salud sino también frente al cumplimiento de normas, exigiéndose entonces a las EPS un actuar diligente y ajustado a derecho, por lo que cualquier incumplimiento de funciones u obligaciones asignadas en la ley a las EPS desprende responsabilidad por parte de estas últimas y activa las competencias y prerrogativas en cabeza de la Superintendencia Nacional de Salud en ejercicio de las funciones de Inspección, Vigilancia y Control.

En concordancia con lo anterior, la sentencia de constitucionalidad C-921 de 2001 proferida por la Corte Constitucional advirtió:

> «(...) La vigilancia y control de la seguridad social corresponde al Presidente de la República, labor que cumple por intermedio de la Superintendencia de Salud.
>
> Al tenor de lo dispuesto en el artículo 189-22 de la Constitución, corresponde al Presidente de la República "Ejercer la inspección y vigilancia de la prestación de los servicios públicos", entre ellos, el de seguridad social en materia de salud, lo cual cumple por intermedio de la Superintendencia Nacional de Salud, organismo de carácter técnico, creado por la ley, adscrito al Ministerio de Salud, con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio independiente (decreto 1259/94 art. 1). Estas entidades ejercen las citadas funciones bajo la orientación y dirección del Presidente y deben actuar con estricta sujeción a las normas constitucionales y legales, pues es competencia privativa del legislador no sólo expedir las normas a las cuales debe ceñirse el Gobierno para el ejercicio de las actividades de inspección, vigilancia y control (art. 150-8 C.P.), sino también las que regirán el ejercicio de las funciones públicas y la prestación de los servicios públicos (Art. 150-23, 365)». (F.J. VI)

Y más adelante la referida sentencia precisó respecto de las funciones de la Superintendencia Nacional de Salud lo siguiente:

> «(...) Los objetivos que se buscan a través de las actividades de inspección, vigilancia y control, por parte de la citada Superintendencia son: la eficiencia en la obtención, aplicación y utilización de todos los recursos con destino a la prestación de los servicios de salud, como la oportuna y adecuada liquidación, recaudo, giro, transferencia, cobro y utilización de los mismos; el cumplimiento de las disposiciones legales y reglamentarias que regulan la prestación de los servicios de salud por parte de las entidades públicas y privadas del sector salud; la cabal, oportuna y eficiente explotación de los arbitrios rentísticos que se obtengan de los monopolios de loterías, beneficencias que administren loterías, sorteos extraordinarios, apuestas permanentes y demás modalidades de juegos de suerte y azar; y la adopción de medidas encaminadas a permitir que los entes vigilados centren su actividad en la solución de sanas prácticas y desarrollos tecnológicos que aseguren un crecimiento adecuado de las mismas.
>
> Así las cosas, la vigilancia y control, en este caso, se dirige asegurar la prestación oportuna, permanente y eficiente del servicio de seguridad social en salud y a lograr que los recursos destinados a su financiación se utilicen exclusivamente para tales fines, como lo ordena el inciso quinto del artículo 48 superior que señala: "No se podrán destinar ni utilizar los recursos de las instituciones de la Seguridad Social para fines diferentes a ella."
>
> Para hacer efectivos estos propósitos se le asignan a la Superintendencia Nacional de Salud una serie de funciones y facultades (...)» (F.J. VI)

Siendo las funciones a las que se hace referencia las establecidas actualmente en el Decreto

[7] Consejo de Estado., Sección Tercera, Sentencia 16394, feb. 23/00. M.P. Germán Rodríguez Villamizar —Consorcio Hispano Alemán v. Empresa de Transporte Masivo del Valle de Aburrá Ltda. (Emtva)—.

2462 de 2013.

En cuanto al servicio público esencial de la salud, a mediados de los años 90 la Corte Constitucional mediante sentencia T-281 de 1996 recogió los postulados y premisas jurisprudenciales de la siguiente manera:

> «(...) los derechos sociales y prestacionales a la seguridad social, son objeto de específicas **regulaciones, controles y prohibiciones en las que el deber de atención es mayor y son más graves sus responsabilidades que las que de ordinario se exige a entidades y personas públicas y privadas encargadas de la atención del servicio público** en general (...)».[8] (F.J. II - negrilla fuera de texto).

Al respecto el profesor **Oscar José Dueñas Ruiz** en su libro "Constitucionalización e internacionalización de los derechos a la salud y a la pensión" al comentar la referida sentencia, refiere que la misma señalo las premisas del servicio público de seguridad social en salud, en los siguientes términos:

> «(...) Los objetivos del sistema de seguridad social en salud se concretan en la necesidad de regular la prestación de este servicio público esencial, creando las condiciones para su acceso de toda la población en los diferentes niveles de atención (Ley 100 de 1993, art. 152).
>
> Estos propósitos responden a los planteamientos programáticos formulados por el Constituyente de 1991, en cuanto la responsabilidad del Estado en la atención de la salud como derecho irrenunciable a la seguridad social en su condición de servicio público de carácter obligatorio (art. 49)»"[9]

En este contexto, se explica la competencia que radica en cabeza de la Superintendencia Nacional de Salud para limitar la capacidad de afiliación de las EPS y a través de dichas decisiones garantizar los fines encomendados por la Constitución y la Ley a este organismo, teniendo en cuenta los riesgos que pueda suscitar los incumplimientos por parte de las EPS a sus deberes dentro del Sistema General de Seguridad Social en Salud.

En consecuencia, el argumento expuesto por la parte recurrente carece de sustento probatorio y jurídico, de manera que no está llamado a prosperar.

Por las consideraciones anteriormente expuestas la Resolución 010006 del 28 de septiembre de 2018 debe mantenerse inalterada en todas sus partes y en consecuencia no hay lugar a aclarar, modificar o reponer el acto administrativo impugnado, según lo solicitado.

En virtud de lo anteriormente expuesto, este despacho,

RESUELVE

ARTÍUCLO 1. CONFIRMAR la Resolución 010006 del 28 de septiembre de 2018, en la cual se limita la capacidad de realizar nuevas afiliaciones y aceptar traslados a **ALIANZA MEDELLÍN ANTIOQUIA EPS SAS "SAVIA SALUD EPS"** identificada con el NIT 900.604.350-0

ARTÍCULO 2. NOTIFICAR PERSONALMENTE el contenido del presente acto administrativo, a **ALIANZA MEDELLÍN ANTIOQUIA EPS SAS "SAVIA SALUD EPS"** identificada con el NIT 900.604.350-0, a través de su representante legal o a quien haga sus veces a la cuenta de correo electrónico jefe.tecnologia@saviasaludeps.com, teniendo en cuenta que la vigilada destinataria del presente acto administrativo autorizó a través del sistema NRVCC la notificación electrónica de los actos emitidos por la Superintendencia Nacional de Salud, según listado suministrado por la Oficina de Tecnologías de la Información, o a la dirección que obre dentro del expediente Calle 44 A No. 55-44 Edificio Business Paza Piso 13 de la ciudad de Medellín- Antioquia / notificacionesjudiciales@saviasaludeps.com de conformidad con lo previsto en el NURC 1-2018-

[8] Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-281 de 1996, M.P. Julio Cesar Ortiz Gutierrez, al conocer de la acción de tutela interpuesta contra el Instituto de los Seguros Sociales Seccional Valle y analizar los postulados del servicio público esencial de la salud.

[9] Dueñas Ruiz, Oscar José, *Constitucionalización e internacionalización de los derechos a la salud y a la pensión – Capítulo 4 Jurisprudencia Constitucional Colombiana Sobre el Derecho a la Salud*; Colección de Textos de Jurisprudencia, Editorial Universidad del Rosario, Bogotá Colombia, 2012, p. 64.

«Por la cual se resuelve un recurso de reposición contra la Resolución 010006 del 28 de septiembre de 2018»

166383, o la dirección que para tal fin indique el grupo de notificaciones de la Superintendencia, de conformidad con lo establecido en los artículos 67 y 68 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

PARÁGRAFO. Si no pudiere practicarse la notificación personal, esta deberá surtirse mediante aviso, en los términos y para los efectos de los artículos 68 y 69 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

ARTÍCULO 3. COMUNICAR la presente resolución a las personas naturales y jurídicas señaladas en los artículos TERCERO y CUARTO de la Resolución 010006 del 28 de septiembre de 2018.

ARTÍCULO 4. PUBLICAR el contenido de la presente resolución en la página web de la Superintendencia Nacional de Salud.

ARTÍCULO 5. La presente resolución rige a partir de su expedición y contra la misma no procede recurso alguno.

Dada en Bogotá D.C., 27 NOV 2018

PUBLIQUESE, NOTIFÍQUESE, COMUNIQUESE, Y CÚMPLASE

FABIO ARISTIZÁBAL ÁNGEL
SUPERINTENDENTE NACIONAL DE SALUD

Proyectó: Judy Jaimes Pedraza
Revisó: Paola Andrea Rincón Cruz – Coordinadora Grupo de Segunda Instancia
Reviso: José Manuel Suarez Delgado -Asesor de la Oficina Asesora Jurídica
Reviso y Aprobó: María Andrea Godoy Casadiego - Jefe de la Oficina Asesora Jurídica