



SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD

RESOLUCIÓN NÚMERO 010217 DE 2018

16 OCT 2018

«Por la cual se resuelve un recurso de reposición contra la Resolución No. 005089 del 17 de mayo de 2018»

EL SUPERINTENDENTE NACIONAL DE SALUD

En ejercicio de las facultades legales y reglamentarias, en especial las conferidas por el artículo 68 de la Ley 1753 de 2015, el artículo 113 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, modificado por el artículo 19 de la Ley 510 de 1999, el artículo 26 de la Ley 1797 de 2016, el numeral 4 del artículo 295 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero modificado por el artículo 28 de la ley 510 de 1999, el Decreto 2462 de 2013, las Resoluciones 2876 de 2012, 2599 de 2016, 5257 de 2017, 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 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 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 artículo 2.5.5.1.9 del Decreto 780 de 2016 dispone que 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 y serán de aplicación inmediata. En consecuencia, el recurso de reposición que procede contra las mismas no suspenderá la ejecución del acto administrativo.

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

711712

«Por la cual se resuelve un recurso de reposición contra la Resolución No. 005089 del 17 de mayo de 2018»

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 la Superintendencia Nacional de Salud, expidió la Resolución 2599 del 6 de septiembre de 2016, por medio de la cual se dictaron disposiciones relacionadas con la inscripción, designación, fijación de honorarios, posesión, funciones, obligaciones, seguimiento, sanciones, reemplazo y otros asuntos de los agentes interventores, liquidadores y contralores de las entidades objeto de medidas especiales de toma de posesión e intervención forzosa administrativa y de medidas especiales de posesión e intervención forzosa administrativa y de medidas especiales previstas en el artículo 68 de la Ley 1753 de 2015 por parte de la Superintendencia Nacional de Salud.

Que mediante Resolución 5257 del 31 de octubre de 2017, la Superintendencia Nacional de Salud publicó el listado definitivo de inscritos en el Registro de Interventores, Liquidadores y Contralores (RILCO) de la convocatoria realizada mediante Resolución 1577 del 19 de mayo de 2017.

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 005163 del 19 de octubre de 2017, la medida preventiva de Vigilancia Especial a MEDIMÁS EPS S.A.S. por el término de seis (6) meses.

Que por medio de la Resolución 004770 del 19 de abril de 2018, la Superintendencia Nacional de Salud ordenó prorrogar el término de la medida preventiva **Vigilancia Especial** ordenada en el artículo primero de la Resolución 005163 del 19 de octubre de 2017 a MEDIMÁS EPS S.A.S., por el término de un (1) año, prevista en el numeral 1° del artículo 113 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, modificado por el artículo 19 de la Ley 510 de 1999.

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 07 de mayo de 2018, y presentó al Superintendente Nacional de Salud, tres (3) hojas de vida inscritas en el Registro de Interventores, Liquidadores y Contralores (RILCO) y le recomendó designar como contralor a la SOCIEDAD DE AUDITORIAS & CONSULTORIAS S.A.S. – SAC CONSULTING S.A.S. identificada con el NIT 819.002.575-3 para la medida preventiva de vigilancia especial adoptada mediante Resolución 005163 del 19 de octubre de 2017 y que fue prorrogada por la Resolución 004770 del 19 de abril de 2018 a MEDIMÁS EPS.

Que la recomendación del comité de medidas especiales de designar un nuevo contralor se fundamentó en los hallazgos evidenciados por los conceptos técnicos elaborados por las Superintendencias Delegadas para la Supervisión de Riesgos, para la Supervisión Institucional y para las Medidas Especiales, en los cuales se consignó entre otros aspectos los siguientes:

1. Se evidencia falta de gestión para lograr depuración de partidas conciliatorias.
2. Respecto al concepto de capital suscrito y capital pagado, se observa el incumplimiento en las proyecciones financieras que sirvieron de base para el proceso de aprobación del plan de reorganización institucional presentado por Cafesalud S.A.S.
3. En términos de reservas técnicas, la información remitida por la entidad no es suficiente para la verificación de la adecuada implementación de la metodología para el cálculo empleada.
4. MEDIMÁS EPS SAS, presenta diferencias de saldos reportadas por el prestador, como cuentas por pagar.
5. La EPS incumple el indicador de patrimonio adecuado.
6. A diciembre de 2017 presenta un indicador negativo de capital de trabajo.

Final

«Por la cual se resuelve un recurso de reposición contra la Resolución No. 005089 del 17 de mayo de 2018»

7. Incumple cobertura de red prestadora para servicios del régimen contributivo y subsidiado.

Analizados los anteriores aspectos, por medio de la Resolución 005089 del 17 de mayo de 2018, el Superintendente Nacional de Salud acogió la recomendación de remover a la firma BDO AUDIT S.A. del cargo de revisor fiscal y designar a la SOCIEDAD DE AUDITORIAS & CONSULTORIAS S.A.S. – SAC CONSULTING S.A.S. como contralor de la medida preventiva de vigilancia especial. Acto administrativo notificado personalmente el 30 de mayo de 2018.

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 el Decreto 780 de 2016 entre otros, tal y como se advirtió en el artículo 4 de la Resolución No. 005089 del 17 de mayo de 2018 al tratarse de un acto administrativo expedido en el marco de una medida cautelar especial.

A través del oficio del 15 de junio de 2018, el señor Luis Fernando Reyes Ramirez en calidad de representante legal de BDO AUDIT SA, presentó recurso de reposición en contra del acto administrativo que ordenó la remoción del revisor fiscal y designación de contralor (Resolución 005089 del 17 de mayo de 2018), impugnación que fue radicada mediante NURC 1-2018-092655 del 15 de junio de 2018 y que a su turno fue ampliada en sus argumentos mediante escrito del 27 de julio de 2018 radicado con el NURC 1-2018-117391.

2. ARGUMENTOS DEL RECURRENTE

Solicita en su recurso de reposición, *«que se revoque la Resolución No. 005089 de 17 de mayo de 2018, toda vez que la providencia incurre en insuficiente motivación, violación al debido proceso y al derecho de defensa de la sociedad BDO Audit S.A.»*.

Para el efecto, argumenta que los únicos fundamentos de hecho en los que se soporta la superintendencia son los relacionados con la recomendación del Comité de Medidas Especiales y que los mismos no son soporte idóneo de la motivación necesaria para adoptar la decisión acogida por la Superintendencia Nacional de Salud, así:

1. **Se evidencia falta de gestión para lograr depuración de partidas conciliatorias.** (al respecto señala el recurrente que no puede ser motivo de reproche el que no haya habido gestión por parte de la revisoría fiscal para lograr la depuración de partidas conciliatorias, pues no corresponde a una actividad propia de su responsabilidad y por el contrario indica adjuntar pruebas que evidencian que advirtió a la administración sobre el particular)
2. **Respecto al concepto de capital suscrito y capital pagado, se observa el incumplimiento en las proyecciones financieras que sirvieron de base para el proceso de aprobación del plan de reorganización institucional presentado por Cafesalud S.A.S.** (advierte que el incumplimiento de las proyecciones financieras no son una actividad que pueda desarrollar la revisoría fiscal so pena de incurrir en falta a la ética profesional, pues al coadministrar estaría violando los principios de objetividad e imparcialidad.)
3. **En términos de reservas técnicas, la información remitida por la entidad no es suficiente para la verificación de la adecuada implementación de la metodología para el cálculo empleada.** (se hace alusión a una información que es requerida por la superintendencia directamente a Medimás y no a la suficiencia de la misma para la verificación adecuada de la metodología, información que no fue requerida a la revisoría fiscal por lo que la falta de suficiencia no es atribuible a esta última.)
4. **Medimás EPS SAS, presenta diferencias de saldos reportadas por el prestador, como cuentas por pagar.** (al no indicarse la fuente de la conclusión se hace imposible pronunciarse sobre este particular, por lo que señala que el acto administrativo no fue motivado adecuadamente.)
5. **La EPS incumple el indicador de patrimonio adecuado.** (la firma revisora fiscal en ejercicio de sus obligaciones ha puesto en conocimiento de la superintendencia tal

fin 21 x

«Por la cual se resuelve un recurso de reposición contra la Resolución No. 005089 del 17 de mayo de 2018»

situación a través de informes, por lo que el argumento expuesto justifica la intervención de Medimás pero no la remoción del revisor fiscal quien ha honrado lo dispuesto en el artículo 207 del Código de Comercio y sus obligaciones contractuales dando cuenta de las situaciones detectadas y ha colaborado oportunamente dentro de los términos establecidos por la superintendencia.)

6. **A diciembre de 2017 presenta un indicador negativo de capital de trabajo.** (efectivamente Medimás presenta un indicador negativo de capital de trabajo, pero tal circunstancia no se deriva de la acción u omisión del revisor fiscal, realidad sobre la cual se ha pronunciado en varios informes, por lo que la motivación expuesta no soporta la decisión de remover al revisor fiscal.)
7. **Incumple cobertura de red prestadora para servicios del régimen contributivo y subsidiado.** (esta conducta solo puede ser imputable a la EPS, pues de acuerdo con la Ley 43 de 1990 el revisor fiscal no es responsable de los actos administrativos de las empresas a las que presta sus servicios. Y agrega que sin perjuicio de lo anterior la revisoría fiscal ha puesto en conocimiento tanto a la administración como de la superintendencia el lento avance de la suscripción de contratos con los prestadores de salud, a través de los informes presentados con periodicidad mensual a la Superintendencia.)

De otro lado en la ampliación al recurso de reposición radicado el 27 de julio de 2018 con el NURC 1-2018-117391, se expuso:

Frente a los hechos indica que se interpuso recurso de reposición en contra de la Resolución 5089 de 2018 el, 15 de junio de 2018:

«no obstante, lo anterior, al hacer seguimiento al recurso de reposición interpuesto por BDO Audit S.A. y el revisar detalladamente el Certificado de Existencia y Representación Legal de MEDIMÁS EPS SAS, fue posible evidenciar que el 6 de junio de 2018 bajo el numero 0 02346651 del Libro IX fue inscrita la Resolución No. 5089 de 2018, a través de la cual se designó a la SOCIEDAD DE AUDITORIAS & CONSULTORÍAS SAS, como Contralor de MEDIMÁS EPS SAS, removiendo a BDO Audit S.A. del cargo de revisor fiscal».

Destaca igualmente que:

«el día 22 de mayo de 2018, la Superintendente Delegada para las Medidas Especiales de la Superintendencia Nacional de Salud, procedió a posesionar al Doctor NEVER ENRIQUE MEJÍA MATUTE, representante legal de la firma SOCIEDAD DE AUDITORIAS & CONSULTORÍAS SAS identificada con el NIT 819.002.575-3, como Contralor para la medida preventiva de vigilancia especial adoptada a MEDIMÁS EPS SAS».

Como fundamento de derecho en relación con los anteriores hechos refiere el recurrente que existe una violación al debido proceso y al derecho de defensa de BDO Audit S.A, y como consecuencia de ello una grave afectación a los términos contractuales pactados entre las partes, toda vez que el recurso de reposición fue interpuesto con el lleno de los requisitos exigidos en el artículo 77 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (Ley 1437 de 2011) y en la oportunidad requerida para el efecto, por lo que no resulta válido que mientras se surte el proceso de notificación personal de las partes involucradas, se proceda con la diligencia de posesión del contralor y mucho menos que, sin haber permitido el ejercicio del derecho de defensa de la sociedad BDO AUDIT S.A, se inscriba en el Registro Mercantil, la designación del nuevo contralor y se remueva al revisor fiscal sin encontrarse en firme el acto administrativo recurrido en debida forma por parte de BDO AUDIT S.A, por lo que procede al citar el contenido del artículo 87 de la Ley 1437 de 2011 sobre la firmeza de los actos administrativos y luego de referirse a la sentencia de 15 de diciembre de 2017 de la Sección Primera del Consejo de Estado, concluye que la firmeza es requisito para que el acto administrativo sea ejecutable y que en consecuencia la Resolución 005089 de 2018 no se encuentra en firme por no haberse resuelto el recurso de reposición interpuesto en debida forma.

Por lo anterior, solicita se revisen cada una de las actuaciones, toda vez que se incurre en insuficiente motivación, violación al debido proceso y al derecho de defensa de BDO Audit S.A. además del perjuicio económico que la medida arbitraria ha generado pues de BDO Audit S.A.

Firma

«Por la cual se resuelve un recurso de reposición contra la Resolución No. 005089 del 17 de mayo de 2018»

suscribió contrato con MEDIMÁS por la suma de cuatrocientos cuarenta millones de pesos moneda corriente.

3. CONSIDERACIONES PARA RESOLVER EL RECURSO

El recurso de reposición interpuesto por parte del Representante Legal de BDO AUDIT S.A.S., fue presentado dentro del término legal, teniendo en cuenta que la fecha de notificación personal fue el 30 de mayo de 2018 de conformidad con la respectiva acta.

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 (CPACA):

«(...) **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»**

fin

«Por la cual se resuelve un recurso de reposición contra la Resolución No. 005089 del 17 de mayo de 2018»

De esta forma, teniendo en cuenta el recurso formulado por BDO AUDIT S.A. en contra de la Resolución No. 005089 del 17 de mayo de 2018, así como los requisitos de procedencia, oportunidad y requisitos 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**, se encontró que contra la Resolución No. 005089 del 17 de mayo de 2018 únicamente procede el recurso de reposición en el efecto devolutivo, y es este el recurso incoado.
2. Sobre la **oportunidad** del recurso de reposición radicado bajo el NURC 1-2018-092655, se corrobora en el expediente que la Resolución No. 005089 del 17 de mayo de 2018, fue notificada personalmente el 30 de mayo de 2018 y el recurso se interpuso el día 15 de junio del mismo año antes de finalizar el último día de oportunidad para presentar el recurso, razón por la cual se advierte la oportunidad de la solicitud al estar dentro del término de los 10 días hábiles que dispone la ley, situación que no ocurre con el documento de seguimiento a dicho recurso radicado con el NURC 1-2018-117391, toda vez que la oportunidad para manifestarse en contra de la resolución impugnada había fenecido.
3. Sobre los **requisitos** del recurso, se advierte que el escrito de NURC 1-2018-092655 cumple con todos los requisitos de que trata el artículo 77 del CPACA.

3.2. Competencias de la Superintendencia Nacional de Salud para adoptar la remoción del revisor fiscal y designación de contralor para la medida preventiva de vigilancia especial.

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.»

Ahora bien, 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, disponen en los siguientes términos los mecanismos de Inspección, Vigilancia y Control

fin

«Por la cual se resuelve un recurso de reposición contra la Resolución No. 005089 del 17 de mayo de 2018»

en cabeza de la Superintendencia Nacional de Salud:

«(...)

- A. **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.

- B. **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.

- C. **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)

Igualmente es pertinente 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, 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.

Como consecuencia de lo anterior, 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 y que en el evento en que se establezca dicha medida, corresponderá a la superintendencia determinar los requisitos que tales entidades deben observar para su funcionamiento, con el fin de enervar, en el término más breve posible, la situación que le ha dado origen.

Como se observa, la Ley le ha asignado a la Superintendencia Nacional de Salud, facultades de policía administrativa con el objeto de cumplir las funciones de inspección, vigilancia y control, disponiendo para ello de las facultades preventivas y cautelares previstas en el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero.

Al respecto afirma el doctrinante Luciano Parejo Alfonso al explicar la acción preventiva administrativa policial (policía administrativa):

«(...) La reducción de la "policía" a sus estrictos y actuales límites es el resultado del alumbramiento y la afirmación progresiva del Estado de Derecho, sobre la base fundamentalmente de la división de poderes. En este la policía pasa a ser, en efecto, una función estatal, concretamente aquella asumida y desarrollada por determinada organización administrativa para la prevención/defensa (subsidiaria) de/frente a peligros para la seguridad o el orden públicos, sobre la base de habilitaciones generales o específicas y mediante ordenes (generales o concretas) y medios de coacción regulados por Ley formal y cuya legalidad es revisable en sede contencioso-administrativa.

fin

«Por la cual se resuelve un recurso de reposición contra la Resolución No. 005089 del 17 de mayo de 2018»

(...) Pues en ella siguen alojadas las actividades de prevención frente a peligros para la colectividad (bienes y personas) derivadas de actividades privadas lícitas objeto de control administrativo (...)»¹

Ahora bien, una vez adoptada la medida de vigilancia especial, la Superintendencia Nacional de Salud no pierde sus competencias para hacer el seguimiento a la medida ni mucho menos las de ejercer integralmente sus funciones de inspección, vigilancia y control, de manera que si no se encuentran subsanadas o superadas las causas que sirvieron para motivar la adopción de la medida preventiva, en uso de sus facultades legales y constitucionales este ente de supervisión podrá prorrogar la medida especial hasta que la misma cumpla su objetivo sin que ello impida tampoco que en el transcurso de la misma se detecten nuevos hallazgos objeto de mejora que podrán sumarse a los detectados al momento de decidirse la adopción de la medida especial, no existiendo en consecuencia norma alguna que limite la prórroga de la medida especial.

Las referidas medidas preventivas, cautelares e incluso correctivas de las cuales es titular la Superintendencia Nacional de Salud encuentran su fundamento en la garantía de los intereses jurídicamente tutelados en el Sistema de Seguridad Social en Salud de cara a la protección de los derechos de los usuarios, la garantía de la prestación de los servicios de salud y el flujo de los recursos públicos destinados a salud, en el marco del servicio público esencial y obligatorio que a su vez comporta la calidad de derecho fundamental e impone a las entidades que participan del Sistema General de Seguridad Social en Salud un mayor grado de diligencia y frente a las prerrogativas estatales un mayor nivel de intervención en la supervisión del servicio público esencial.

Lo anterior ha sido igualmente corroborado por el Consejo de Estado a través de la Sala de Consulta y Servicio Civil mediante función consultiva del 12 de diciembre de 2017 bajo radicación 11001-03-06-000-2017-00192-00(2358), en la cual el problema jurídico central planteado a la Sala por el Ministerio de Salud y Protección Social se orientaba a determinar cuándo y bajo qué criterios procede la medida de toma de posesión para administración o liquidación, de una entidad objeto de vigilancia por parte de la Superintendencia Nacional de Salud, documento en el cual se abordaron los siguientes temas:

1. La toma de posesión como medida de intervención del Estado en el Sistema de Seguridad Social en Salud en virtud de las funciones de inspección, vigilancia y control.
2. Marco jurídico de la toma de posesión a cargo de la Superintendencia Nacional de Salud: Causales y condiciones de procedencia de la medida.
3. La discrecionalidad de la SNS para la adopción de la medida de toma de posesión.

Al respecto, para efectos de dar mayor claridad al presente caso, resulta relevante transcribir las consideraciones de la referida Sala del Consejo de Estado, como se detalla a continuación:

«(...) La atención de la salud es servicio público a cargo del Estado; este debe garantizar a todas las personas su acceso en las modalidades de promoción, protección y recuperación de la salud, y le corresponde organizar, dirigir y reglamentar la prestación de estos servicios, de conformidad con los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, como también fijar las políticas necesarias para la prestación de los mismos por entidades privadas, de acuerdo a lo previsto en el art. 49 superior.

Dicho precepto constitucional guarda íntima relación con el art. 335 superior, que establece que los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado y que podrán ser prestados por el Estado, directa o indirectamente, por comunidades organizadas o por particulares, pero que, en todo caso, el Estado mantendrá la regulación, el control y la vigilancia de dichos servicios.

Igualmente, el art. 48 encuentra relación con los artículos 189-22 y 150-7 de la Constitución, los cuales establecen que le corresponde al Presidente de la República "Ejercer la inspección y vigilancia de la prestación de los servicios públicos" y que es el legislador el encargado de expedir las normas a las cuales debe sujetarse el gobierno para el ejercicio de las funciones de inspección y vigilancia que señala la Constitución.

En definitiva, por expreso mandato de los arts. 9 y 365 de la C.P., la seguridad social en salud es un servicio público sujeto a la regulación, control y vigilancia del Estado, en cabeza del Presidente de la República.

¹ Parejo Alfonso, Luciano. "Seguridad pública y policía administrativa de seguridad – problemas de siempre y de ahora para el deslinde, la decantación y la eficacia de una responsabilidad nuclear del Estado administrativo", Valencia, Editorial Tirant lo blanch, 2008, pp. 23.

Fin

«Por la cual se resuelve un recurso de reposición contra la Resolución No. 005089 del 17 de mayo de 2018»

Sin embargo, las funciones de inspección, vigilancia y control a las que se acaba de hacer referencia, deben llevarse a cabo por las superintendencias encargadas, esto es, por organismos técnicos y especializados capaces de efectuar con la eficacia y la exhaustividad requerida esta labor, bajo la orientación del Presidente de la República que es el titular de las respectivas competencias y, en todo caso, con sujeción a la ley.

En materia de seguridad social en el sector salud, la función de inspección y vigilancia asignada al Presidente se ejerce a través de la SNS, organismo de carácter técnico creado por la Ley 100 de 1993, adscrito al Ministerio de Salud, con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio independiente.

Los objetivos que se buscan a través de las actividades de inspección, vigilancia y control por parte de la citada Superintendencia son, entre otros: fijar las políticas de inspección, vigilancia y control del SGSSS, exigir la observancia de los principios y fundamentos del servicio público esencial de Seguridad Social en salud y promover el mejoramiento integral del mismo; proteger los derechos de los usuarios, en especial, su derecho al aseguramiento y al acceso al servicio de atención en salud, en condiciones de disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y estándares de calidad en las fases de promoción, prevención, tratamiento y rehabilitación en salud, y velar por la eficiencia en la generación recaudo, flujo, administración, custodia y aplicación de los recursos con destino a la prestación de servicios de salud (art. 39 de la Ley 1122 de 2007).

De conformidad con los citados objetivos se podrían afirmar que, en términos generales, el ejercicio de las actividades de vigilancia y control a cargo de la SNS se dirige a 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.

Para este propósito, la SNS ha sido investida con una serie de funciones y facultades, dentro de las cuales se encuentra la potestad de ordenar la toma de posesión para administrar o para liquidar a los agentes del SGSSS. Esta potestad fue concebida a partir de la Ley 100 de 1993 y se encuentra actualmente contemplada en el art. 7 del Decreto 2462 de 2003.

En cuanto a la naturaleza de la toma de posesión como instrumento para el ejercicio de las funciones de inspección, vigilancia y control de la SNS, se debe advertir que este mecanismo no es una medida administrativa de carácter sancionatorio, como sí sucede con la facultad de imponer multas por la violación del régimen del SGSSS o facultad de revocar o suspender la autorización para funcionar de las entidades vigiladas.

En su lugar, la naturaleza de la medida de toma de posesión -al igual que la de las demás medidas preventivas o de salvamento concebidas por el legislador para evitar la toma de posesión- corresponde más a la de una medida cautelar², que tiene por objeto corregir situaciones económicas y administrativas, con el fin de poner la institución intervenida en condiciones de desarrollar su objeto social o de liquidarla cuando a juicio de la Superintendencia así se requiera para salvaguardar el interés público comprometido.

Al respecto, es importante recordar que la medida de toma de posesión es un mecanismo de intervención anterior a la Constitución Política de 1991, cuyos antecedentes se remontan a la Ley 45 de 1923, que en sus artículos 48 y ss. otorgaban competencia al Superintendente Bancario para tomar inmediata posesión de los negocios y haberes de un establecimiento bancario, cuando hubiere incurrido en conductas y prácticas consideradas irregulares, nocivas y riesgosas para su actividad, que podían poner en peligro los intereses y derechos de sus usuarios y ahorradores y, por ende, afectar la economía en general.

Así las cosas, la toma de posesión se convirtió en una de las fórmulas de saneamiento o salvamento más antiguas previstas por nuestro ordenamiento para contrarrestar los casos de insolvencia o de iliquidez de las entidades financieras y colocarlas en condiciones de desarrollar su objeto social³. Con posterioridad, esta medida fue incorporada en el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero (en adelante EOSF), expedido en abril de 1993 y actualmente modificado por las Leyes 510 de 1999 y 795 de 2003.

Es precisamente la regulación del EOSF, en la que parece haberse inspirado el legislador de la Ley 100 de 1993 al momento de contemplar la medida de toma de posesión para las entidades prestadoras de los servicios de salud, y las leyes sucesivas que han regulado esta figura en el SGSSS.

Por lo tanto, es oportuno resaltar que de acuerdo con EOSF, la figura de la toma de posesión está dirigida a desplazar la administración de la entidad financiera para establecer si la entidad debe ser objeto de liquidación, si es posible colocarla en condiciones de desarrollar adecuadamente su objeto, o si se pueden adoptar otras operaciones que permitan lograr mejores condiciones para que los ahorradores puedan obtener el pago de sus acreencias (art. 115)

Igualmente, interesa señalar que en la estructura del EOSF la regulación de la toma de posesión se encuentra inmediatamente después del artículo 113, denominado "instrumentos de salvamento o protección de la confianza pública", en el cual se tipifican otras medidas dirigidas a contrarrestar la crisis económica y administrativa de las empresas vigiladas por la Superintendencia Financiera, en favor de los usuarios del

² Se toma como criterio lo analizado por la doctrina en relación con la medida de toma de posesión regulada por el EOSF. Cfr., especialmente Gualy, Jesús Heraclio. Las medidas preventivas de la toma de posesión como instituto de saneamiento y protección de la confianza pública. En la publicación por 80 años Superintendencia Bancaria de Colombia. Bogotá, Julio de 2003. Sobre el particular Cfr. Martínez Neira, Néstor Humberto Martínez. Cátedra de Derecho Bancario. Legis, Bogotá. 2000, pp. 457 ss. [Cita original del concepto que se reproduce por su importancia]

³ Martínez Neira, Néstor Humberto Martínez. Cátedra de Derecho Bancario. Cit, p. 457. [Cita original del concepto].

fin +

«Por la cual se resuelve un recurso de reposición contra la Resolución No. 005089 del 17 de mayo de 2018»

sistema financiero y de la confianza pública en el mismo, las cuales permite precaver o contrarrestar los hechos que hacen procedente la adopción de la medida de toma de posesión.

De la misma manera, la toma de posesión consagrada en el régimen del SGSSS, se constituye en una medida dirigida a contrarrestar la crisis económica o la insolvencia de un determinado agente del mercado, con dos objetivos estrechamente relacionados: garantizar la correcta prestación de los servicios de salud como servicios públicos de carácter esencial para todos los ciudadanos y, al mismo tiempo, evitar el deterioro sistémico del SGSSS, que se puede generar con la pérdida de la confianza pública en el sistema (párrafo 1, del art. 230 de la Ley 100 de 1993.» (FJ. 1)

Por su parte, en cuanto al marco jurídico, la misma consulta indicó:

«La toma de posesión es uno de los instrumentos de inspección, vigilancia y control con los que cuentan algunas Superintendencias en nuestro país, con el fin de garantizar la correcta prestación de un servicio público, en el entendido de que el Estado tiene la obligación de intervenir en este campo para garantizar la satisfacción del interés general.

En el SGSSS, la figura de la toma de posesión de las empresas vigiladas por la SNS fue prevista por la Ley 100 de 1993, mediante la cual se creó el Sistema de Seguridad Social Integral en Colombia y se regularon, entre otros aspectos, el régimen de inspección, vigilancia del SGSSS, por parte de la SNS. En efecto, el art. 230 de la Ley 100 de 1993, consagró:

“ARTICULO. 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.

PARAGRAFO. 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.

PARAGRAFO. 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.”

Como se puede observar, el artículo transcrito regula tres grupos de figuras que, aunque distintas, hacen parte de las funciones de inspección, vigilancia y control de la SNS:

- i) La facultad de la SNS para imponer multas en caso de incumplimiento del Régimen de seguridad social en salud -de naturaleza sancionatoria-.
- ii) La facultad de la Superintendencia para para revocar o suspender la autorización otorgada a las empresas promotoras de salud, en determinados eventos previstos en la misma normatividad y,
- iii) La individualización de las siguientes medidas de saneamiento, dirigidas a garantizar la adecuada prestación del servicio de salud, protegiendo la confianza pública el SGSSS: procedimientos de fusión, adquisición, liquidación, cesión de activos, pasivos y contratos, y toma de posesión para administrar o para liquidar.

En relación con la tercera de las figuras citadas, el art. 230 señaló expresamente que el Gobierno Nacional reglamentaría la materia. Como se puede deducir, esta reglamentación tendría como objeto, entre otras, fijar las causales y condiciones de procedencia de estas medidas y el procedimiento aplicable para su adopción.

No obstante, por más de una década el Gobierno Nacional guardó silencio al respecto, hasta que el legislador expidió la **Ley 715 de 2001**⁴, en la cual reiteró la exigencia de que el Gobierno reglamentara la figura de la toma de posesión para administrar o liquidar a los agentes del sector de la salud, en los siguientes términos:

“Artículo 42. Competencias en salud por parte de la Nación. Corresponde a la Nación la dirección del sector salud y del Sistema General de Seguridad Social en Salud en el territorio nacional, de acuerdo con la diversidad regional y el ejercicio de las siguientes competencias,

⁴Mediante la cual se incorporaron disposiciones para la organización del sector de salud y educación.

⁴ La Ley 100 de 1993 fue publicada el 23 de diciembre de 1993.

fin

«Por la cual se resuelve un recurso de reposición contra la Resolución No. 005089 del 17 de mayo de 2018»

sin perjuicio de las asignadas en otras disposiciones: (...)

42.8. Establecer los procedimientos y reglas para la intervención técnica y/o administrativa de las instituciones que manejan recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud, sea para su liquidación o administración a través de la Superintendencia Nacional de Salud en los términos que señale el reglamento. El Gobierno Nacional en un término máximo de un año deberá expedir la reglamentación respectiva.

(...)

Artículo 68. Inspección y vigilancia. La Superintendencia Nacional de Salud tendrá como competencia realizar la inspección, vigilancia y control del cumplimiento de las normas constitucionales y legales del sector salud y de los recursos del mismo.

Las organizaciones de economía solidaria que realicen funciones de Entidades Promotoras de Salud, administradoras de régimen subsidiado o presten servicios de salud y que reciban recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud, estarán sometidas a la inspección, vigilancia y control de la Superintendencia Nacional de Salud.

La Superintendencia Nacional de Salud ejercerá funciones de inspección, vigilancia y control sobre las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud IPS, en relación con el cumplimiento de las normas técnicas, científicas, administrativas y financieras del sector salud. Los procesos de liquidación de las instituciones prestadoras de servicios de salud, IPS, privadas serán de competencia de la Superintendencia de Sociedades, con excepción de las fundaciones, corporaciones y demás entidades de utilidad común sin ánimo de lucro, siempre y cuando no hayan manejado recursos públicos o de la Seguridad Social en Salud.

Para el ejercicio de sus funciones, la Superintendencia Nacional de Salud, por medio de la jurisdicción coactiva, realizará el cobro de las tasas, contribuciones y multas a que hubiere lugar.

La Superintendencia Nacional de Salud ejercerá la intervención forzosa administrativa para administrar o liquidar las entidades vigiladas que cumplan funciones de explotación u operación de monopolios rentísticos, cedidos al sector salud, Empresas Promotoras de Salud e Instituciones Prestadoras de Salud de cualquier naturaleza, así como para intervenir técnica y administrativamente las direcciones territoriales de salud, en los términos de la ley y los reglamentos.

La intervención de la Superintendencia de Salud a las Instituciones Prestadoras de Salud tendrá una primera fase que consistirá en el salvamento.

(Subraya la Sala)

Como se puede extraer de las disposiciones transcritas, la Ley 715 de 2001 introdujo tres aspectos relevantes de la medida de toma de posesión para administrar o liquidar a un agente del sector de la salud:

- i) Atribuyó expresamente la función de toma de posesión a la Superintendencia Nacional de Salud;
- ii) Amplió la individualización de agentes que pueden ser objeto de la toma de posesión: en efecto, mientras la Ley 100 se refiere a las empresas promotoras y prestadoras de los servicios de salud, la Ley 715 se refiere además a las entidades vigiladas que cumplan funciones de explotación u operación de monopolios rentísticos, cedidos al sector salud, y a las direcciones territoriales de salud.
- iii) Sujetó la toma de posesión a la adopción, previa y obligatoria, de medidas de salvamento, aunque no identificó expresamente a que medidas hacía referencia.

No obstante, es posible deducir que la norma hace referencia a las medidas de saneamiento que fueron contempladas en el parágrafo 1 del art. 230 de la Ley 100 de 1993, al lado de la medida de la toma de posesión: esto es, los procedimientos de fusión, la adquisición, y la cesión de activos, pasivos y contratos de las empresas vigiladas.

Cabe resaltar que a la fecha de expedición de la Ley 100 de 1993⁵, las citadas medidas, incorporadas en el art. 230 ibídem, habían sido contempladas en el EOSF⁶ bajo la rúbrica "institutos de salvamento y protección de la confianza pública, en el artículo inmediatamente anterior al que contempla la toma de posesión (art. 113)⁷. En consecuencia, es posible deducir que el art. 230 de la Ley 100 de 1993 se inspiró en el art. 113 del EOSF, al momento de contemplar la aplicación de medidas de salvamento y la medida de toma de posesión a las empresas vigiladas por la SNS.

En este orden de ideas, es importante destacar que las medidas reguladas por el art. 113 del EOSF han sido definidas por la doctrina como:

"(...) medidas cautelares que dicho funcionario puede ordenar, promover o autorizar, según el caso, con el fin de prevenir que una institución sometida a su control y vigilancia incurra en causal de toma de posesión, o para subsanarla. Las mismas hacen parte de los institutos de salvamento y protección de la confianza pública autorizados a la Superintendencia Bancaria

⁵ La Ley 100 de 1993 fue publicada el 23 de diciembre de 1993.

⁶ Decreto Ley 603 de 199, publicado el 2 de abril de 2003.

⁷ En el art. 113 del EOSF se contemplaban, además de la fusión, la adquisición, la cesión de activos, pasivos y contratos de las empresas vigiladas, las figuras de la vigilancia especial, la recapitalización, la administración fiduciaria y la enajenación de establecimientos de comercio a otra institución. Posteriormente, el art. 19 de la Ley 510 de 1999, mediante el cual se adicionó el art. 113 del EOSF se introdujeron en el régimen financiero cuatro nuevas modalidades de medidas preventivas, a saber: los programas de recuperación; la facultad de ordenar a las cooperativas financieras la suspensión de compensación de saldos de los créditos otorgados a asociados contra los aportes sociales; la posibilidad jurídica de que las entidades financieras de naturaleza cooperativa se conviertan en sociedad anónima; y la posibilidad de conversión para las personas jurídicas sin ánimo de lucro de carácter civil. Finalmente, los art. 28 y 29 de la Ley 795 de 2003 consagraron dos nuevos mecanismos preventivos de la toma de posesión. Uno de ellos es la exclusión de activos y pasivos, y el otro, los programas de desmonte progresivo.

⁸ Gualy, Jesús Heracio. *Las medidas preventivas de la toma de posesión como instituto de saneamiento y protección de la confianza pública*. En la publicación por 80 años Superintendencia Bancaria de Colombia. Bogotá, Julio de 2003

7/17/17

«Por la cual se resuelve un recurso de reposición contra la Resolución No. 005089 del 17 de mayo de 2018»

para asegurar el interés general y proteger las acreencias de los ahorradores, depositantes e inversionistas del sector financiero⁹.

Ahora bien, nótese que el art. 68 de la Ley 715 de 2001, al utilizar el verbo "tendrá", estableció la obligación – y no la discrecionalidad – de la SNS para adoptar medidas de salvamento en la primera fase de la intervención de la entidad. Sin embargo, como se analiza más adelante, esta obligación fue modificada tácitamente por la Ley 1753 de 2015. Sobre el punto regresará la Sala más adelante.

Por ahora, se debe señalar que en desarrollo de lo dispuesto en el art. 68 de la Ley 715 de 2001, el Gobierno Nacional finalmente reguló – aunque parcialmente- la figura de la toma de posesión, a través de los Decretos 1015 y 3023 de 2002, así:

i) Decreto 1015 de mayo de 2002:

Artículo 1º. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 68 de la Ley 715 de 2001, la Superintendencia Nacional de Salud aplicará en los procesos de intervención forzosa administrativa, para administrar o para liquidar las entidades vigiladas que cumplan funciones de explotación u operación de monopolios rentísticos cedidos al sector salud, Empresas Promotoras de Salud e Instituciones Prestadoras de Salud de cualquier naturaleza, así como en los de intervención técnica y administrativa de las Direcciones Territoriales de Salud, las normas de procedimiento previstas en el artículo 116 del Decreto-ley 663 de 1993, la Ley 510 de 1999, el Decreto 2418 de 1999 y demás disposiciones que lo modifican y desarrollan.

ii) Decreto 3023 de diciembre de 2002:

Artículo 1º. La Superintendencia Nacional de Salud, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 68 de la Ley 715 de 2001, podrá en todo tiempo ejercer la intervención forzosa administrativa para la liquidación total de un ramo o programa del régimen subsidiado o contributivo en las Entidades Promotoras de Salud y Administradoras del Régimen Subsidiado, cualquiera sea su naturaleza, de conformidad con la evaluación previa, el grado y la causa de la falta, anomalía e ineficiencia en la prestación de los servicios de salud.

Para tales efectos, la Superintendencia Nacional de Salud aplicará las normas de procedimiento previstas en el Decreto-ley 663 de 1993, la Ley 510 de 1999 y el Decreto 2418 de 1999 y demás disposiciones que lo modifican y desarrollan.

(Subraya a la Sala)

Como se puede observar, el Decreto 3023 de 2002 estableció que la medida de toma de posesión para liquidación debe ser adoptada teniendo en consideración la gravedad y la causa de la falta, anomalía e ineficiencia en la prestación del servicio de salud.

De esta disposición se deduce entonces la consagración de una causal genérica para la procedencia de la toma de posesión de un ramo o programa del régimen subsidiado o contributivo en las Empresas Promotoras de Salud (en adelante EPS) y en las Administradoras del Régimen Subsidiado (en adelante ARS): esto es, la existencia de una falta, anomalía e ineficiencia en la prestación del servicio de salud.

Al respecto, nótese que el Decreto 3023 de 2002 se refiere exclusivamente a la medida de "toma de posesión para la liquidación de un ramo o programa del régimen subsidiado o contributivo, en las EPS y en las ARS.

Ahora bien, tanto el Decreto 3023 de 2002 como el Decreto 1015 del mismo año remiten al procedimiento previsto EOSF para la adopción de la medida de toma de posesión: el primero, para la medida de toma de posesión "para liquidar" un ramo o programa del régimen subsidiado o contributivo en las EPS y en las ARS y el segundo, para la medida de toma de posesión "para administrar o liquidar" a las entidades vigiladas que cumplan funciones de explotación u operación de monopolios rentísticos cedidos al sector salud, EPS e IPS de cualquier naturaleza, así como en los de intervención técnica y administrativa de las Direcciones Territoriales de Salud.

De manera adicional, para la adopción de la medida de toma de posesión para la liquidación total o parcial de una entidad promotora de salud de carácter público, el Decreto 1566 de 2002, reglamentario del art. 230 de la Ley 100 de 1993, impuso a la SNS la obligación de obtener concepto previo y favorable del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud.

Ahora bien, con posterioridad a los decretos reglamentarios de los arts. 230 de la Ley 100 de 1993 y 68 de la Ley 715 de 2001, el Gobierno Nacional expidió el Decreto 2462 de 2013⁹, que regula la naturaleza, estructura y funciones de la SNS, individualizó la toma de posesión como una de las funciones a cargo del despacho del Superintendente Nacional de Salud, así:

"Art. 7. Funciones del Despacho del Superintendente Nacional de Salud:

(...)

13. Ordenar la toma de posesión y la correspondiente intervención forzosa administrativa para administrar o liquidar a los sujetos vigilados que cumplan funciones de explotación o administración u operación de monopolios rentísticos cedidos al sector salud, Entidades Administradoras de Planes de Beneficios de Salud, (EAPB) o las que hagan sus veces o

⁹ Decreto que regula actualmente la naturaleza, estructura, objetivos y funciones de la SNS.

fin

«Por la cual se resuelve un recurso de reposición contra la Resolución No. 005089 del 17 de mayo de 2018»

prestadores de servicios de salud de cualquier naturaleza; así como intervenir técnica y administrativamente las Direcciones Territoriales de Salud, cualquiera que sea la denominación que le otorgue el Ente Territorial en los términos de la ley y los reglamentos”.

Finalmente, la **Ley 1753 de 2015**, mediante la cual se expidió el Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018, preceptuó:

“ARTÍCULO 68. MEDIDAS ESPECIALES. Sin perjuicio de lo previsto en las demás normas que regulen la toma de posesión y ante la ocurrencia de cualquiera de las causales previstas en el artículo 114 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, 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.

Las medidas especiales que se ordenen se regirán por lo dispuesto en el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, incluido el artículo 291 y siguientes de ese estatuto, en lo que resulte pertinente a las medidas especiales; el Decreto número 2555 de 2010; las disposiciones aplicables del Sector Salud y las normas que los sustituyan, modifiquen o complementen. El Gobierno Nacional reglamentará la forma de armonizar las medidas especiales o preventivas de la toma de posesión para su adecuada implementación en el Sector Salud.

Con cargo a los recursos del Fosyga– Subcuenta de Garantías para la Salud, el Gobierno Nacional podrá llevar a cabo cualquiera de las operaciones autorizadas en el artículo 320 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero.

(...).

El Gobierno Nacional reglamentará lo dispuesto en el presente artículo”.

(Subraya la Sala)

De esta disposición se extraen las siguientes conclusiones:

Siempre que se verifique alguna de las causales previstas en el art. 114 del EOSF (el cual consagra las causales para la adopción de la medida de toma de posesión en el sector financiero), la SNS “podrá” ordenar o autorizar las medidas de salvamento y protección de la confianza pública previstas en el art. 113 del mismo Estatuto¹⁰, a saber: la vigilancia especial; la recapitalización; la administración fiduciaria; la fusión y la cesión total parcial de activos y contratos; la enajenación de establecimientos de comercio a otra institución; los programas de recuperación; la facultad de ordenar a las cooperativas financieras la suspensión de compensación de saldos de los créditos otorgados a asociados contra los aportes sociales; la posibilidad jurídica de que las entidades financieras de naturaleza cooperativa se conviertan en sociedad anónima; la posibilidad de conversión para las personas jurídicas sin ánimo de lucro de carácter civil; la exclusión de activos y pasivos, y los programas de desmonte progresivo.

Imperioso resulta destacar, además, que el art. 68 de la Ley 1753 de 2015 modificó tácitamente la “obligación” que tenía la SNS de adoptar medidas de salvamento previa a la adopción de la medida de toma de posesión, al tenor de la siguiente disposición del art. 68 de la Ley 715 de 2001: “(...) la intervención de la Superintendencia de Salud a las Instituciones Prestadoras de Salud tendrá una primera fase que consistirá en el salvamento”.

En efecto, cuando en el art. 68 de la Ley 1753 de 2015 el legislador incorporó el verbo “podrá” en lugar de “tendrá”, dejó a discrecionalidad y no como obligación de la SNS, la adopción de instrumentos de salvamento, previa a la adopción de la medida de toma de posesión.

En definitiva, la SNS tiene la facultad de determinar, en cada caso concreto, si ante la ocurrencia de determinados hechos que encajan en alguna de las causales para la adopción de la medida de toma de posesión, reguladas en el art. 114 del EOSF, es necesario adoptar alguna de las medidas de salvamento reguladas por el art. 113 ibídem, las cuales permiten, justamente, precaver o contrarrestar los hechos que dan lugar a la medida de toma de posesión. Sobre este aspecto regresará la Sala más adelante.

Por ahora, la Sala considera oportuno detenerse en la segunda conclusión relevante que se extrae del art. 68 de la Ley 1753 de 2015, esto es: que las causales previstas en el art. 114 del EOSF son aplicables a la medida de toma de posesión del SGSSS.

Al respecto, se advierte cómo, una interpretación literal del art. 68 de la Ley 1753 de 2015 pareciera dar a entender que cuando se verifica alguna de las causales previstas en el art. 114 ibídem para adoptar la medida de toma de posesión, la SNS solo podrá adoptar los instrumentos de salvamento y protección de la confianza pública previstos en el art. 113 ibídem, pero no la medida de toma de posesión en sí misma considerada. No obstante, la Sala observa la necesidad de realizar una interpretación sistemática, teleológica y útil del art. 68 de la Ley 1753 de 2015, en armonía con las normas que regulan la medida de toma de posesión en el SGSSS, especialmente, con el interés jurídico tutelado por esta medida: esto es, salvaguardar la prestación del servicio de salud con el fin de garantizar los derechos de los usuarios y la confianza pública en el SGSSS.

¹⁰ El art. 113 del EOSF fue adicionado por el art. 19 de la Ley 510 de 1999 y los art. 28 y 29 de la Ley 795 de 2003, en las que se extendieron las medidas de salvamento y protección de la confianza pública, tal y como se describen a continuación en el texto.

¹⁰ Según el tipo de causal de que se trate.

fin

«Por la cual se resuelve un recurso de reposición contra la Resolución No. 005089 del 17 de mayo de 2018»

En este sentido, se puede afirmar que si la finalidad del art. 68 de la Ley 1753 de 2015 es que ante la ocurrencia de cualquiera de los hechos que dan lugar a la toma de posesión de conformidad con el art. 114 del EOSF, la SNS pueda adoptar uno o varios de los instrumentos de salvamento previstos en el art. 113 ibídem, con mayor razón "pueda" o "deba"¹² adoptar la medida de toma de posesión, en garantía de los mismos objetivos que persiguen las medidas de salvamento, esto es salvaguardar la adecuada prestación de los servicios de salud, protegiendo confianza pública en el SGSSS.

En definitiva, a juicio de la Sala, una adecuada hermenéutica del art. 68 de la Ley 1753 de 2015 permite concluir que, a partir de la Ley 1753 de 2015, las causales de toma de posesión del art. 114 del EOSF, también aplican para la adopción de esta medida por parte de la SNS.

Así las cosas, es relevante señalar que el art. 114 del EOSF, adicionado por el art. 20 de la Ley 510 de 1999 y el art. 32 de la Ley 795 de 2003, distingue entre las causales que dan lugar a una medida de toma de posesión que se podría denominar "discrecional" y a unas causales que dan lugar a una medida de toma de posesión "obligatoria".

En relación con las primeras, el numeral 1 del art. 114 preceptúa:

"1. Corresponde a la Superintendencia Bancaria tomar posesión inmediata de los bienes, haberes y negocios de una entidad vigilada cuando se presente alguno de los siguientes hechos que, a su juicio, hagan necesaria la medida y previo concepto del consejo asesor:

- a. Cuando haya suspendido el pago de sus obligaciones;
- b. Cuando haya rehusado la exigencia que se haga en debida forma de someter sus archivos, libros de contabilidad y demás documentos, a la inspección de la Superintendencia Bancaria;
- c. Cuando haya rehusado el ser interrogado bajo juramento, con relación a sus negocios;
- d. Cuando incumpla reiteradamente las órdenes e instrucciones de la Superintendencia Bancaria debidamente expedidas;
- e. Cuando persista en violar sus Estatutos o alguna ley;
- f. Cuando persista en manejar los negocios en forma no autorizada o insegura, y,
- g. Cuando se reduzca su patrimonio neto por debajo del cincuenta por ciento (50%) del capital suscrito.
- h. Cuando existan graves inconsistencias en la información que suministra a la Superintendencia Bancaria que a juicio de ésta no permita conocer adecuadamente la situación real de la entidad;
- i. Cuando la entidad no cumpla los requerimientos mínimos de capital de funcionamiento previstos en el artículo 80 de este Estatuto;
- j. Cuando incumpla los planes de recuperación que hayan sido adoptados". (Subraya la Sala)

En relación con las segundas, el numeral 2 del art. 114 ibídem establece:

"2. La Superintendencia Bancaria deberá tomar posesión inmediata de los bienes, haberes y negocios de una entidad vigilada, cuando se presente alguno de los siguientes hechos:

- a) Cuando se haya reducido su patrimonio técnico por debajo del cuarenta por ciento (40%) del nivel mínimo previsto por las normas sobre patrimonio adecuado;
- b) Cuando haya expirado el plazo para presentar programas de recuperación o no se cumplan las metas de los mismos, en los casos que de manera general señale el Gobierno Nacional, de conformidad con el artículo 48, literal i)". (Subraya la Sala)

Como se analizó previamente, al tenor del art. 68 de la Ley 1753 de 2015 estas causales de toma de posesión son aplicables a la adoptada por la SNS. Vale la pena agregar, siempre y cuando dichas causales sean compatibles con las características especiales de las entidades vigiladas por esta Superintendencia y el régimen técnico, jurídico y financiero aplicable a las mismas.

Especialmente, en relación con las causales en virtud de las cuales la SNS "debe" adoptar una medida de toma de posesión, según el numeral 2 del art. 114 del EOSF, la Superintendencia tendrá que determinar si la empresa vigilada está sujeta a normas sobre patrimonio adecuado, como sucede por ejemplo con las EPS de acuerdo con el art. 2.5.2.2.1.7. del Decreto 780 de 2016¹², o si expiró el plazo para presentar programas de recuperación o no se cumplieron las metas de los mismos, de conformidad con las normas que regulan el SGSSS.

Finalmente, teniendo en cuenta las preguntas formuladas por la consulta, la Sala considera relevante detenerse en la siguiente causal que da lugar a la adopción discrecional de la medida de toma de posesión, de conformidad con el literal e) del art. 114 del EOSF, esto es, la violación reiterada de los estatutos y la ley. Como se puede observar, al tenor de esta causal de toma de posesión es evidente que el incumplimiento de las obligaciones que la ley o los estatutos le impone a una entidad vigilada por la SNS, le abre la posibilidad a la Superintendencia para adoptar la medida de toma de posesión.

No obstante, nótese que, de acuerdo con la misma norma, la Superintendencia deberá constatar, en cada caso concreto, que se trata de un **incumplimiento reiterado** de las obligaciones de la entidad vigilada, toda vez que

¹²Decreto por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Salud y Protección Social.

Fin

«Por la cual se resuelve un recurso de reposición contra la Resolución No. 005089 del 17 de mayo de 2018»

la causal solo se configura cuando la entidad vigilada ha **persistido** en el incumplimiento de sus cargas u obligaciones.

Lo anterior, sin perjuicio de que, con el incumplimiento de las obligaciones de la entidad vigilada, se configure automáticamente otra de las causales de procedencia de la medida de toma de posesión, consagradas en el numeral 1 del art. 114 ibídem.

En todo caso, siempre que se trata de la causal prevista en el numeral 1 ibídem, la adopción de la medida de toma de posesión es una decisión discrecional de la SNS, que debe estar guiada por el objetivo de salvaguardar la adecuada prestación del servicio de salud y la correcta gestión financiera de los recursos del SGSSS, protegiendo la confianza pública en el sistema. Sobre este aspecto regresará la Sala más adelante.

Conclusiones

De acuerdo con el marco jurídico expuesto, se pueden extraer las siguientes conclusiones:

En términos generales, la medida de toma de posesión de una entidad vigilada por la SNS, sea para administrar o para liquidar, cuenta con las siguientes características y requisitos:

- i) Tiene como objetivo garantizar la adecuada prestación del servicio de salud y proteger la confianza pública en el SGSSS (art. 230 de la Ley 100 de 1993).
- ii) Puede consistir en una intervención para la administración o para liquidación de la entidad vigilada (Ley 715 de 2001).
- iii) Previa la adopción de la medida de toma de posesión, la SNS podrá adoptar, a su juicio, una o varias de las medidas de salvamento previstas en el art. 113 del EOSF, que tienen como fin de garantizar la prestación del servicio público de salud y la adecuada gestión financiera de los recursos del SGSSS y, por esta vía, precaver la adopción de la medida de toma de posesión en favor de los usuarios (art. 68 de la Ley 1573 de 2015).
- iv) De acuerdo con la remisión realizada por el art. 68 de la Ley 1753 de 2015 al EOSF, la adopción de la medida de toma de posesión puede ser:
 - a. Discrecional, cuando ante la ocurrencia de una o varias de las causales previstas en el numeral 1, del art. 114 del EOSF, la SNS está en la facultad de valorar la necesidad y proporcionalidad de adoptar la medida de toma de posesión y,
 - b. Obligatoria, cuando la ocurrencia de la causal obliga a la SNS a implementar la medida.
 De manera adicional, la toma de posesión para liquidación de algunas entidades vigiladas por la SNS, cuenta con las siguientes características y requisitos especiales:
 - i) Cuando se trata de la medida de toma de posesión para la liquidación de un ramo o de un programa del régimen subsidiado o contributivo en las EPS y en las ARS, la medida puede ser adoptada por la SNS siempre que se presente una falta, anomalía o ineficiencia en la prestación del servicio de salud, previa evaluación del grado y la causa de aquella (Decreto 3023 de 2002), lo que implica un examen detallado de la entidad y la gravedad de la falta, anomalía o ineficiencia en la prestación del servicio.
 - ii) Por otro lado, cuando se trata de una medida de toma de posesión para la liquidación total o parcial de entidades promotoras de salud de carácter público, la SNS tiene la carga de obtener el concepto previo y favorable del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud.» (FJ. 2)

Finalmente, en cuanto al aspecto de la discrecionalidad de la superintendencia, la consulta en cita destaca lo siguiente:

«Como se deduce del anterior contexto normativo, la SNS tiene la discrecionalidad y no la obligación de adoptar la medida de toma de posesión de un agente del SGSSS, cuando se verifique alguna de las causales previstas en el numeral 1 del art. 114 ibídem.

Al respecto, es importante recordar que el art. 44 del CPACA preceptúa:

“En la medida en que el contenido de una decisión de carácter general o particular sea discrecional, debe ser adecuada a los fines de la norma que lo autoriza, y proporcional a los hechos que le sirven de causa”.
(Subraya la Sala)

Adicionalmente, esta disposición se encuentra en concordancia con el art. 209 superior, que regula los principios que gobiernan la función administrativa:

“La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones.

Las autoridades administrativas deben coordinar sus actuaciones para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado. La administración pública, en todos sus órdenes, tendrá un control interno que se ejercerá en los términos que señale la ley”.

En relación con los actos discrecionales de la administración, la Corte Constitucional ha señalado:

“La discrecionalidad que excepcionalmente otorga la ley nunca es absoluta, con lo cual se evita que se confunda con la arbitrariedad y el capricho del funcionario. La discrecionalidad relativa

fin

«Por la cual se resuelve un recurso de reposición contra la Resolución No. 005089 del 17 de mayo de 2018»

atenúa entonces la exigencia de motivación de ciertos actos, aún cuando no libera al funcionario del deber de obrar conforme a los principios constitucionales y legales que rigen la función administrativa y podrían dar lugar a la nulidad de actos por desviación de poder o por las causales previstas en el artículo 84 del CCA»¹³.

De igual forma, la Corte ha señalado que la existencia de facultades discrecionales creadas por la ley, en ningún caso puede ser entendida como el otorgamiento de poderes absolutos a los entes públicos. Una situación como esa conduciría a la violación de principios de rango constitucional, a los cuales se hizo alusión en el capítulo anterior. Al respecto esta Corporación dijo:

“Para tal fin se ha aceptado que en ciertos casos las autoridades cuentan con una potestad discrecional para el ejercicio de sus funciones, que sin embargo no puede confundirse con arbitrariedad o el simple capricho del funcionario. Es así como el artículo 35 del Código Contencioso Administrativo establece que las decisiones administrativas deben ser motivadas al menos de forma sumaria cuando afectan a particulares, mientras que el artículo 36 del mismo estatuto señala los principales límites al ejercicio de la facultad discrecional. En consecuencia, toda decisión discrecional debe adecuarse a los fines de la norma que autoriza el ejercicio de dicha facultad, al tiempo que ha de guardar proporcionalidad con los hechos que le sirvieron de causa.”¹⁴

En suma, si bien la decisión de adoptar la medida de toma de posesión es un acto discrecional de la SNS, esta no es de carácter absoluto o arbitrario; por el contrario, esta discrecionalidad impone a la Superintendencia la obligación de valorar en forma razonable y proporcional la necesidad y oportunidad de adoptar la medida de toma de posesión, previa verificación de los hechos que sustentan la medida y teniendo en cuenta los objetivos que se persiguen con esta, de conformidad con la ley y el reglamento.

Por ello, se debe recordar que acuerdo con lo dispuesto en el parágrafo 1 del art. 230 de la Ley 100 de 1993, los objetivos de la medida de toma de posesión de los agentes del SGSSS son: garantizar la adecuada prestación del servicio de salud y la confianza pública en el SGSSS, pues solo preservando la correcta prestación del servicio de salud a los usuarios de una empresa que se encuentra en crisis económica y administrativa, se precave el riesgo sistémico de que se pierda la confianza pública en el SGSSS.

Ahora bien, importa destacar que al tenor del art. 68 de la Ley 1753 de 2015, la discrecionalidad de la SNS en relación con la medida de toma de posesión, también se extiende a la facultad de optar por otras medidas de salvamento, antes de adoptar la medida de toma de posesión.

En efecto, de conformidad con el art. 68 de la Ley 1753 de 2015, cuando se presenta alguna de las causales de toma de posesión señaladas en el art. 114 del EOSF, la SNS tiene la discrecionalidad de adoptar algunas de los instrumentos de salvamento consagrados en el art. 113 del EOSF.

En este orden de ideas, cabe resaltar que la toma de posesión es una medida “extrema”, si se entiende por tal aquella que procede ante la ocurrencia de hechos que afectan en forma particularmente grave el interés público tutelado por la SNS, específicamente, la adecuada prestación del servicio de salud y la confianza pública en el sistema.

Por lo tanto, ante la ocurrencia de alguna de las causales de toma de posesión previstas en el numeral 1 del artículo 114 del EOSF, la SNS tiene la obligación de verificar en forma detallada y exhaustiva los hechos que sustentan la medida; la necesidad y proporcionalidad de su adopción e, incluso, si es conveniente adoptar o no alguna de las medidas de salvamento previstas en el art. 113 del EOSF, antes de adoptar la medida de toma de posesión.

Por el contrario, no es posible afirmar que la medida de toma de posesión es una “medida extrema”, en el entendido que solo procede cuando se han agotado previamente las medidas de salvamento prevista en el art. 113 del EOSF, pues como ya se analizó, esta decisión es discrecional de la SNS.

Finalmente, cabe resaltar que el carácter extremo de la medida de toma de posesión, en cualquiera de las acepciones antes mencionadas, no se deduce de lo analizado en la sentencia C-780 de 2001, como parece sugerirlo el Ministerio de Salud y Protección Social en la formulación de cuarta pregunta de la consulta.

En efecto, la citada sentencia analiza la constitucionalidad del precepto legal que, para efectos de la constitución de una entidad financiera, prohíbe al Superintendente Bancario (hoy Superintendente financiero) autorizar la participación de los revisores fiscales que actuaban en el momento de la toma de posesión con fines de liquidación de una entidad financiera. Lo anterior, teniendo en cuenta: i) los límites de configuración legislativa de los hechos punibles y de las faltas administrativas y, ii) La necesidad, razonabilidad y proporcionalidad que se podía o no predicar de la inhabilidad contenida en la norma demandada, teniendo en cuenta el derecho del revisor fiscal a tener un trata igualitario y el objetivo de proteger principios y valores como la transparencia, la eficacia o el interés general en los procesos de constitución de las entidades financieras.

En consecuencia, nada tiene que ver esta sentencia con las condiciones en las cuales se debe adoptar la toma de posesión, como mecanismo de salvamento de una entidad sujeta a la inspección, control y vigilancia del Estado». (FJ. 3)

¹³ Corte Constitucional. Sentencia SU. 917 de 2010.

¹⁴ Corte Constitucional. Sentencia T- 204 de 2012.

Fin

«Por la cual se resuelve un recurso de reposición contra la Resolución No. 005089 del 17 de mayo de 2018»

En los anteriores términos queda expuesta la naturaleza jurídica de la toma de medidas especiales como facultad abiertamente discrecional de la superintendencia en ejercicio de las funciones de inspección vigilancia y control que la ley le confiere, siendo estas unas medidas de salvamento que obedecen a una finalidad específica y determinan el actuar de la administración bajo criterios de discrecionalidad.

En efecto frente al concepto de discrecionalidad afirma HARMUT MAURER lo siguiente:

*«Existe discrecionalidad cuando la Administración, ante la realización de un supuesto legal, puede elegir entre distintos modos de actuar. La ley no anuda al supuesto de hecho una consecuencia jurídica (como en el caso de la actividad administrativa reglada), sino que autoriza a la Administración a determinar, ella misma, la consecuencia jurídica, ofreciéndole al tal efecto dos o más posibilidades o un cierto ámbito de actuación. La discrecionalidad puede referirse, por lo tanto a si la administración debe intervenir y actuar en general (discrecionalidad de decisión) o a cuales, de entre las medidas posibles y permitidas, debe adoptar en el caso concreto (discrecionalidad de elección)»*¹⁵

Así, resulta claro que cuando se trata del ejercicio de la facultad de intervención a cargo de la Superintendencia Nacional de Salud, la norma, en este caso, por extensión normativa el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, contempla unos supuestos de hecho que debe verificar la Superintendencia para ejercer las alternativas que contempla la norma frente a cada supuesto de hecho, siendo la elección de dichas alternativas manifestación de la facultad discrecional de conformidad con el concepto anteriormente citado.

De manera adicional y 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 26 de la Ley 1797 de 2016, se expidió la Resolución 005089 de 17 de mayo de 2018, y siendo esta una actuación administrativa consecuencia de la medida preventiva, 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 remoción de un revisor fiscal 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 26 de la Ley 1797 de 2016, constituyéndose la resolución impugnada una manifestación del principio del paralelismo de las formas.

En efecto, 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 discrecionalidad¹⁶, 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»*¹⁷

De manera que para el caso concreto el acto administrativo que remueve al revisor fiscal para 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 005163 de 2017 prorrogada por la Resolución No. 004770 de 2018, pues de conformidad con el artículo 2.5.5.1.9 el Decreto 780 de 2016 se establece que:

¹⁵ Maurer Hartmut, "Derecho Administrativo Parte General", Madrid, Editorial Marcial Pons, 2011, pp. 167 y ss.

¹⁶ Brewer-Carías, Allan R., "Tratado de Derecho Administrativo Derecho Público Iberoamericano Tomo IV, El procedimiento administrativo" Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 2013 pp. 143.

¹⁷ Brewer-Carías, Allan R. "Principios del Procedimiento Administrativo en América Latina", Bogotá, Editorial Legis, 2003, pp. 22.

Print

«Por la cual se resuelve un recurso de reposición contra la Resolución No. 005089 del 17 de mayo de 2018»

«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.»

Siendo la medida de vigilancia especial una de las medidas cautelares o preventivas consagrada en el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y la naturaleza de su aplicación es inmediata. Por lo que, no le asiste razón al recurrente al señalar que la Resolución No. 005089 del 17 de mayo de 2018 no podía ser ejecutada por haberse interpuesto recurso, pues como se explicó en el artículo cuarto del acto administrativo recurrido y se analizó en la presente actuación la naturaleza jurídica del mismo implica su aplicación inmediata y no suspende su ejecutoriedad.

3.3. Pronunciamiento sobre los argumentos del recurso

Sea lo primero precisar que si bien es cierto, todas las actuaciones administrativas se desarrollan atendiendo al principio-derecho al debido proceso, también lo es que, al no estar en presencia de un procedimiento coercitivo o sancionatorio, dichas garantías o derechos no son ilimitados. Ello en la medida que conforme más intensa sea la afectación a los derechos y libertades del afectado, mayor deben ser las garantías previamente señaladas, encontrándonos en el presente caso ante un escenario de colaboración y soporte, en desarrollo de las funciones propias de la Superintendencia Nacional de Salud dirigidas al cumplimiento de dos finalidades como son la garantía de los derechos de los usuarios y la confianza en el sistema y no se está en presencia, por tanto, en una facultad de investigación y sanción.

Por lo tanto, para la toma de decisión de remoción de revisor fiscal y designación de contralor, la Superintendencia Nacional de Salud efectuó el debido seguimiento a la situación integral de la EPS MEDIMÁS, con sustento en la información reportada por la misma entidad en atención a la Circular Única, los reportes hechos por la vigilada en cumplimiento de las Circulares 030 de 2013 y 002 de 2017, los informes de auditoría realizados a la EPS, la información arrojada por la Base de datos Única de Afiliados BUDA, alimentada por la vigilada; así como también de la documentación física contenida en el expediente de la EPS que reposa en la Superintendencia Delegada para las Medidas Especiales, insumo informativo con el cual se procedió a elaborar el "CONCEPTO TÉCNICO DE SEGUIMIENTO", en el mes de abril de 2018, el cual fue presentado ante el Comité de Medidas Especiales recomendando al Superintendente Nacional de Salud, la prórroga de la medida especial y que igualmente se presentó en sesión del 7 de mayo de 2018 en la que se recomendó la remoción del revisor fiscal, ahora impugnada.

Así las cosas, no puede entonces confundir la parte recurrente los hallazgos y hechos que se relacionan con la prórroga de la medida de vigilancia especial con la facultad discrecional del Superintendente Nacional de Salud de remover al revisor fiscal consagrada en el artículo 26 de la Ley 1797 de 2016, pues en ningún momento esta superintendencia atribuyó los incumplimientos de la EPS al revisor fiscal, sino que por el contrario en el acto administrativo impugnado consideró procedente la designación de un contralor para la prórroga de la medida de vigilancia y la remoción del revisor fiscal.

Así las cosas, este despacho observa que el recurrente desconoce algunas de las disposiciones aplicadas en el acto administrativo bajo revisión, debido a que en este argumento señaló que se vulneró el principio del debido proceso y que la motivación del acto administrativo resulta insuficiente.

Para absolver esta cuestión, en primer lugar, el despacho retoma el artículo 26 de la Ley 1797 de 2016 que determina:

«Artículo 26. En las medidas establecidas en los artículos 113 y 115 del Decreto Ley 663 de 1993, se podrá remover al revisor Fiscal y nombrar un reemplazo y adicional ente [SIC] designar un Contralor, quien estará sujeto a lo dispuesto en los numerales 4 y 6 del artículo 295 del citado Decreto»

Como se observa, en aplicación del principio de legalidad y de las reglas sobre interpretación de la ley, la superintendencia usó la facultad contenida en el artículo 26 de la Ley 1797, que a partir

fin

«Por la cual se resuelve un recurso de reposición contra la Resolución No. 005089 del 17 de mayo de 2018»

de la entrada en vigencia de la misma, se predica para cualquiera de las Medidas Especiales establecidas en el artículo 113 del EOSF. Esta última norma indica que la superintendencia podrá adoptar individual o conjuntamente las medidas previstas en el mismo artículo 113, dentro de las que se encuentran en el numeral 1º la medida de Vigilancia Especial.

Es claro entonces que la ley faculta a esta superintendencia para remover al revisor fiscal de una entidad vigilada y para designar un Contralor en cualquiera de las medidas preventivas de toma de posesión quien realizará las gestiones del revisor fiscal tal como se verá más adelante, sin someter dicha facultad a la configuración de requisitos particulares.

Ahora bien, tratándose de las medidas previstas en el artículo 113, es necesario distinguir el tipo de decisiones que la Superintendencia puede adoptar frente a la toma de posesión, es decir, una vez inicia la ejecución de dicha medida y los tipos de decisiones que con mayor amplitud en su determinación le habilitó la regulación, cuando ejerce las demás medidas preventivas de que trata el mismo artículo 113, como es el caso de la medida de Vigilancia Especial.

Al respecto, el artículo 9.1.1.1 del Decreto 2555 de 2010 sobre los tipos de decisiones a adoptar durante la ejecución de la toma de posesión distingue entre las medidas preventivas obligatorias y las preventivas facultativas. Es decir que, en el marco de la ejecución de la toma de posesión, sí existe una enumeración de referencia por lo que se puede optar por medidas preventivas obligatorias o facultativas.

Por el contrario, para las medidas preventivas de la toma de posesión como la vigilancia especial, el Legislador no elaboró una enumeración de referencia sino en general dispuso en cabeza del ente de control la determinación de los requisitos que la entidad vigilada deberá observar para su funcionamiento, con el fin de enervar en el término más breve posible, la situación que le ha dado origen, lo que incluye adoptar cualquier previsión que se relacione y ajuste con la falencia evidenciada, para tratar de corregirla.

Dicha determinación puede incluir cualquier requisito o previsión que se relacione con las deficiencias advertidas, incluyendo como en el caso bajo revisión la remoción del revisor fiscal y la designación de un Contralor, al haberse advertido por la Superintendencia Delegada para las Medidas Especiales según su concepto técnico y recomendaciones realizadas por el Comité de Medidas Especiales para la prórroga de la medida, cuestiones que justifican dicha determinación y ameritan que en adelante, se adopte ese requisito para el funcionamiento de la entidad vigilada objeto de la medida de vigilancia especial.

Sin perjuicio de lo anterior, sobre el desconocimiento e incumplimiento de la EPS, esta superintendencia considera además que los representantes legales, los contadores y revisores fiscales pueden incurrir en la vulneración del párrafo contenido en el artículo 3 del Decreto 2702 de 2014 incorporado y compilado en el artículo 2.5.2.2.1.3 del Decreto 780 de 2016 que señala:

*«Artículo 3º **Información financiera y contable.** Las entidades de que trata el artículo 2º del presente decreto, sin perjuicio del cumplimiento de las normas de contabilidad e información financiera a las que estén sujetas, deberán adecuar su contabilidad y sistemas de información de tal forma que estos permitan distinguir e identificar en todo momento las operaciones propias del aseguramiento en salud, de las relacionadas con la prestación de los servicios no pos y de los planes complementarios.*

Las EPS que en el marco de las normas vigentes presten directamente servicios de salud a través de una red propia, deberán dar cumplimiento a las instrucciones señaladas en el inciso anterior respecto de la información relacionada con dichos servicios y presentar la información financiera y contable en forma separada de las entidades que hacen parte de la red.

La presentación y reporte de la información mencionada en este artículo, deberá realizarse en los términos y condiciones que defina la Superintendencia Nacional de Salud.

Las entidades a que hace referencia el artículo 2º del presente decreto, en el término que defina la Superintendencia Nacional de Salud, deberán depurar y realizar los ajustes a la información financiera y contable que resulten necesarios, con el fin de dar cumplimiento a las normas de

Fin

«Por la cual se resuelve un recurso de reposición contra la Resolución No. 005089 del 17 de mayo de 2018»

contabilidad, de información financiera y demás instrucciones vigentes sobre la materia, de tal forma que los estados financieros reflejen la realidad económica de estas entidades.

*Parágrafo. Los representantes legales, los contadores y **revisores fiscales serán responsables del cumplimiento de las disposiciones del presente artículo en el marco de sus respectivas competencias**, sin perjuicio de las responsabilidades derivadas de los deberes previstos en el Código de Comercio y demás normas que rigen su actividad.» (Destacado fuera del texto)*

Es claro entonces que no se desconocen las razones que determinan la necesidad de la medida de remoción del revisor fiscal de la vigilada y la designación de un contralor, pues tal y como se advirtió en la resolución impugnada persisten incumplimientos de carácter contable y financiero.

Asimismo, tal previsión de remoción del revisor fiscal y de designación de un contralor, también es compatible y se enmarca dentro de las atribuciones generales del ejercicio de la actividad de control de la superintendencia, consistente en ordenar los correctivos tendientes a la superación de la situación crítica o irregular (jurídica, financiera, económica, técnica, científico-administrativa) de cualquiera de sus vigilados, según lo previsto en el artículo 35 de la Ley 1122 de 2007 y establecida en el artículo 26 de la Ley 1797 de 2016, que indica que en aplicación de las medidas contenidas en los artículos 113 y 115 del EOSF, se podrá designar un contralor con los requisitos del EOSF (Num. 4, 6 art. 295 EOSF).

Aspectos todos ellos que determinan la decisión discrecional de remoción del revisor fiscal teniendo en cuenta que en el término consagrado en la Resolución 005163 del 19 de octubre de 2017 no se logró enervar ninguna de las causales que dieron origen a la medida de vigilancia especial y que por el contrario persistieron los incumplimientos señalados en la Resolución 004770 del 19 de abril de 2018, citados también a manera de contextualización en la resolución impugnada, que ameritan que se prosiga con la intervención y las órdenes concretas consignadas en la prórroga de la medida de vigilancia especial junto con la designación de un contralor y la remoción del revisor fiscal.

Para el caso en concreto es importante traer a colación lo establecido en la Resolución 002599 del 06 de septiembre de 2016 referente al contralor, que para tal efecto según el artículo primero su naturaleza jurídica es la de un auxiliar de la justicia y su oficio es público, ocasional, indelegable, de libre nombramiento y remoción.

A su turno el artículo 4° ibidem define al contralor como una persona natural o jurídica que actúa como revisor fiscal de las entidades objeto de la medida, siendo sus funciones las mismas que la ley establece para los revisores fiscales tanto en el Código de Comercio como en las demás normas aplicables a la revisoría fiscal, estando sujeto para ello a las disposiciones la resolución en mención.

Igualmente debe existir por parte de la Superintendencia Nacional de Salud la consulta de antecedentes del contralor sobre comportamiento crediticio.

Tratándose de personas jurídicas se requiere del certificado de existencia y representación legal y certificación suscrita por el representante legal y contar con evaluación de desempeño favorable en los encargos que previamente le hayan sido hechos por esta superintendencia como contralor.

Como requisitos especiales para los contralores, éstos deben acreditar experiencia mínima de cinco (5) años en revisoría fiscal o auditoría, en caso de que el contralor sea persona natural debe acreditar título profesional en Contaduría Pública y en caso de ser persona jurídica debe presentar copia de la tarjeta de registro de Sociedades de la Junta Central de Contadores.

Resáltese que para que una persona natural o jurídica se pueda desempeñar como contralor debe cumplir con una capacidad técnica, la cual debe ser acreditada ante la Superintendencia Nacional de Salud, esto es, presentar un equipo de trabajo suficiente con personal con perfil financiero, personal con perfil jurídico y personal con perfil técnico-científico (Profesionales en ciencias de la salud)

Por lo anterior es necesario que dicha capacidad técnica se califique como de nivel superior,

fin

«Por la cual se resuelve un recurso de reposición contra la Resolución No. 005089 del 17 de mayo de 2018»

intermedio o básico, para cada caso en concreto, estas capacidades técnicas son definidas por la Superintendencia Nacional de Salud de acuerdo con las características particulares de cada entidad en concreto, y es necesario acreditar el cumplimiento de las mismas para efectos de aprobación del plan de trabajo del respectivo contralor.

Para el caso en que el contralor sea una persona jurídica, debe estar debidamente constituida como sociedad comercial en Colombia, con objeto social indeterminado o que contemple como una de sus actividades la de actuar como contralor de las medidas de toma de posesión y de intervención forzosa administrativa y de haber sido constituida la persona jurídica con un (1) año de antelación a la designación (de conformidad con el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero).

Otros criterios de escogencia que se deben tener en cuenta para nombrar al contralor son los siguientes:

1. El tipo de medida de que se trate y las características de la misma
2. El tipo de medida o procesos para los cuales se encuentre inscrito el contralor,
3. La categoría a la cual pertenezca la entidad objeto de la medida,
4. La categoría en la cual se encuentre el contralor
5. El lugar en el cual se encuentre domiciliada la entidad objeto de la medida
6. El lugar en el cual se encuentre domiciliado el contralor
7. El tipo de entidad de que se trate, dependiendo de si es una EAPB, una IPS, NA entidad dedicada a la explotación u operación del monopolio de juegos de suerte y azar o una Entidad Territorial de Salud.
8. La experiencia con la que cuente el contralor en cada uno de los tipos de entidad mencionados anteriormente.
9. El número de medidas a cargo del contralor
10. La formación profesional
11. La formación académica en temas de insolvencia
12. La experiencia profesional general en las áreas jurídica, económica, administrativa, contable y de ciencias de la salud.
13. La experiencia profesional específica en medidas de toma de posesión e intervención forzosa administrativa.
14. La experiencia docente en materias relacionadas con insolvencia
15. La capacidad técnica con que cuente el contralor
16. El resultado de la evaluación de la gestión cumplida por el contralor que ya hubiere actuado en ejecución de medidas

Igualmente, el artículo 18 ibidem señala que a efectos de que el contralor cumpla con los fines objeto de la medida una vez posesionado debe determinar los medios con base en los cuales cumplirá tales fines, para lo cual debe presentar documentos de propuesta de a) Plan de trabajo, con presupuesto por actividades; b) cronograma de actividades y c) indicadores de gestión por actividades.

Frente a las funciones y obligaciones de los contralores los artículos 26 y ss de la norma en comento señala que estos deben presentar reportes de estados financieros e informes de gestión que determina esta superintendencia, sin perjuicio de que se soliciten informes adicionales por parte de este ente de control.

Otras de las obligaciones de los contralores que se deben tener en cuenta es la de custodia de los activos de la entidad objeto de la medida, asegurarlos, realizar un inventario y tomar control sobre las cuentas bancarias y demás activos financieros, así mismo deben velar por que las actividades de la entidad objeto de la medida estén directa, exclusiva y claramente encaminadas al cumplimiento de los fines de la medida respectiva.

Así entonces el contralor está revestido de varias obligaciones y funciones que conllevan al punto de cumplir con la medida especial impuesta, en este caso la de vigilancia especial, y en desarrollo de esas funciones debe suministrar a esta superintendencia información veraz y completa en el procedimiento de inscripción, así como sobre el acaecimiento de cualquier hecho que pueda ser constitutivo de conflicto de interés, sobre cualquier modificación en la información suministrada y

21/17

«Por la cual se resuelve un recurso de reposición contra la Resolución No. 005089 del 17 de mayo de 2018»

sobre la variación en los medios de infraestructura técnica y administrativa y en los profesionales y técnicos que le prestan los servicios.

Es por ello que la remoción del revisor fiscal obedece a las circunstancias en las que se ha desarrollado la medida especial impuesta denominada vigilancia especial, teniendo en cuenta además que en el servicio público de salud se concreta una de las finalidades del Estado establecida en los artículos 365 y siguientes de nuestra Constitución Política.

Adicional a lo anterior no se puede dejar de lado que la Corte Constitucional en Sentencia C-616 de 2001, al referirse al servicio público esencial de salud 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 concurren 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 si estas existen deben ser iguales para todas las personas naturales o jurídicas que tengan la capacidad de prestar el servicio...»¹⁸ (F.J. III)

Nótese, como la medida de vigilancia especial impuesta por la superintendencia, así como la remoción del revisor fiscal y el nombramiento de un contralor para la respectiva medida va ligada a la garantía de recuperación de la EPS y con ello la oferta de los servicios de salud bajo estándares de oportunidad, eficiencia y calidad.

Al respecto el precedente que ha dejado la Corte Constitucional es claro en el sentido de la limitación de quienes participan en el Sistema de Seguridad Social en Salud, en los siguientes términos:

*«Estas disposiciones muestran que la participación de los particulares en la prestación del servicio de seguridad social, y específicamente en el ámbito de la salud, **está condicionada a la regulación, vigilancia y control del Estado**. En otras palabras, si bien es cierto la Constitución permite la participación de los particulares, éstos deben sujetarse a las reglas que establezca el Estado —a través del Congreso y el Ejecutivo—, quien puede definir los alcances de su participación con sujeción a la Carta Política, y someterse a su vigilancia y control¹⁹. Además, la jurisprudencia constitucional ha señalado que **el poder de regulación de las libertades económicas en el ámbito del SGSSS es reforzado, en vista del interés público que reviste el servicio y su relación con la realización de varios derechos fundamentales, como la salud**²⁰.»²¹ (F.J. 2.4.4. - Negrillas y subrayas fuera del texto).*

En consecuencia, el argumento de impugnación no está llamado a prosperar, toda vez que más allá de persistir los incumplimientos de la EPS, lo que motiva la decisión impugnada es que se requiere un mayor nivel de control con las garantías que puede brindar un contralor el cual además tiene la función de revisor fiscal, por lo que no es necesario mantener a la impugnante como revisor fiscal, siendo esta decisión discrecional de la administración en ejercicio de las competencias de control y las prerrogativas de intervención en el servicio público esencial de

¹⁸ Corte Constitucional de Colombia Sentencia C-616 de 2001.

¹⁹ Ver las sentencias C-516 de 2004, M.P. Jaime Córdoba Triviño y C-1041 de 2007, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto, entre otras.

²⁰ Ver las sentencias C-616 de 2001 M.P. Rodrigo Escobar Gil, C-260 de 2008 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, C-675 de 2008 M.P. Jaime Córdoba Triviño y C-917 de 2012, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, entre otras.

²¹ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-262 de 2013, con ponencia del Magistrado Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, al estudiar la Demanda de inconstitucionalidad contra el inciso segundo del artículo 23 de 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."

7/12/17

«Por la cual se resuelve un recurso de reposición contra la Resolución No. 005089 del 17 de mayo de 2018»

salud.

De manera que encontrándose la Superintendencia Nacional de Salud facultada como ya se ha indicado, en virtud de lo previsto en el artículo 154 de la Ley 100 de 1993, para intervenir 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, y que en ejercicio de las funciones de inspección, vigilancia y control establecidas en el artículo 35 de la Ley 1122 de 2007, particularmente con el mecanismo de control establecido en el parágrafo 2° del artículo 233 de la Ley 100 de 1993, y el artículo 68 de la Ley 1753 de 2015, esta entidad es competente para adoptar las medidas especiales señaladas en el artículo 113 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, mantener dichas medidas hasta que cumplan su finalidad salvo norma en contrario y remover a los revisores fiscales así como designar contralores para las referidas medidas de conformidad con lo señalado en el artículo 26 de la Ley 1797 de 2016, estas decisiones son de aplicación inmediata por lo que la interposición de los recursos no suspende la ejecutoria de los actos administrativos expedidos en desarrollo de la medida especial en concordancia con el principio de paralelismo de las formas y lo normado en el artículo el artículo 2.5.5.1.9 el Decreto 780 de 2016.

Así las cosas, se tienen que el acto administrativo impugnado contó con la motivación fáctica y el sustento jurídico necesario para adoptar la decisión de remoción del revisor fiscal y la designación de un contralor para la prórroga de la medida de vigilancia especial impuesta sobre MEDIMÁS EPS S.A.S, al enunciarse las normas en virtud de las cuales se tomó la decisión y los aspectos facticos referidos en los conceptos técnicos por lo que tampoco se vulneró el derecho de defensa toda vez que la sociedad impugnante en virtud de su función de revisor fiscal conoció de los incumplimientos de la EPS en el curso de la medida de vigilancia especial, tal y como lo aceptó en el recurso de reposición.

Por tanto, nótese que la remoción del revisor fiscal y designación de contralor para la medida cautelar de vigilancia especial se adopta en un acto administrativo expedido con apego a las normas del Sistema General de Seguridad Social en Salud en concordancia con lo dispuesto en el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero -EOSF-, por la autoridad competente, y con la debida motivación, la cual no fue desvirtuada por el recurrente, al mantenerse incólumes cada una de las conclusiones planteadas en la resolución acusada que motivaron la decisión impugnada, razón por la cual la Resolución 005089 del 17 de mayo 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

ARTÍCULO 1. CONFIRMAR la Resolución 005089 del 17 de mayo de 2018, mediante el cual se ordenó la remoción del revisor fiscal y la consecuente designación de contralor para la medida preventiva de VIGILANCIA ESPECIAL impuesta a MEDIMÁS Empresa Promotora de Salud S.A.S. identificada con el NIT 901.097.473

ARTÍCULO 2. NOTIFICAR PERSONALMENTE el contenido del presente acto administrativo, a la sociedad BDO AUDIT S.A. identificada con el NIT 8606000639, a través de su representante legal, o de quien haga sus veces, o a quien se designe para tal fin, remitiendo para el efecto citación a la dirección física transversal 21 No. 98-05 de la Ciudad de Bogotá D.C. de conformidad con lo solicitado en los oficios NURC 1-2018-092655 y 1-2018-117391 respectivamente y de no ser posible la notificación personal en la dirección anterior, a 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, ésta 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.

Fin

«Por la cual se resuelve un recurso de reposición contra la Resolución No. 005089 del 17 de mayo de 2018»

ARTÍCULO 3. COMUNICAR la presente resolución a las personas naturales y jurídicas señaladas en la parte resolutive de la Resolución 005089 de 17 de mayo 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.,

16 OCT 2018

PUBLIQUESE, NOTIFÍQUESE, COMUNIQUESE, Y CÚMPLASE


FABIO ARISTIZÁBAL ÁNGEL
SUPERINTENDENTE NACIONAL DE SALUD

Proyectó: Gabriel Enrique Herrera Molina
Revisó: Paola Andrea Rincón Cruz – Coordinadora Grupo de Segunda Instancia
Revisó: José Manuel Suarez Delgado Asesor de la Oficina Asesora Jurídica
Revisó y Aprobó: María Andrea Godoy Casadiego - Jefe de la Oficina Asesora Jurídica

