



SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD

RESOLUCIÓN NÚMERO 011220 DE 2018

03 DIC 2018

«Por la cual se resuelve un recurso de reposición contra la Resolución 010004 del 28 de septiembre de 2018»

EL SUPERINTENDENTE NACIONAL DE SALUD

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

CONSIDERANDO

1. ANTECEDENTES

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

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

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

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

Que la superintendencia Nacional de Salud, de acuerdo con lo establecido en el numeral 1° del artículo 113 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, adoptó mediante Resolución 001976 del 22 de octubre de 2015, medida preventiva de vigilancia especial a **CAPITAL SALUD ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD DEL RÉGIMEN SUBSIDIADO S.A.S.** identificada con NIT 900.298.372-9, por el término de un (1) año.

Que mediante Resolución 000634 del 22 de febrero de 2016, la Superintendencia Nacional de Salud removió al revisor fiscal de **CAPITAL SALUD ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD DEL RÉGIMEN SUBSIDIADO S.A.S.** y designó como contralor para la medida preventiva de vigilancia especial a la Firma Sociedad de Auditorías S.A.S.-SAC CONSULTING S.A.S., identificada con el NIT 819.002.575-3, representada legalmente por el doctor Never Enrique Mejía Matute.

[Firma manuscrita]

«Por la cual se resuelve un recurso de reposición contra la Resolución 010004 del 28 de septiembre de 2018»

Que mediante resoluciones 003140 del 21 de octubre de 2016, 000720 e 21 de abril de 2017 y 003648 de 28 de febrero de 2018, se prorrogó el término de la medida de vigilancia especial a **CAPITAL SALUD ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD DEL RÉGIMEN SUBSIDIADO S.A.S.**

Que de conformidad con lo dispuesto en el artículo primero de la Resolución 003648 del 28 de febrero de 2018, el término de prórroga de la medida preventiva de vigilancia especial adoptada a **CAPITAL SALUD ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD DEL RÉGIMEN SUBSIDIADO S.A.S.**, es por (1) año.

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

Que, **CAPITAL SALUD ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD DEL RÉGIMEN SUBSIDIADO S.A.S.** deberá observar lo establecido en los artículos 2.1.10.5.2 y 2.1.10.5.3 del Decreto 780 de 2016,, adicionados por el artículo 1 del Decreto 1184 de 2016.

Que el Comité de Medidas Especiales de la Superintendencia Nacional de Salud, en cumplimiento de lo previsto en el artículo 3º de la Resolución 461 del 13 de abril de 2015, en la sesión del 20 de septiembre de 2018, recomendó al Superintendente Nacional de Salud limitar la capacidad para realizar nuevas afiliaciones y para aceptar traslados a **CAPITAL SALUD ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD DEL RÉGIMEN SUBSIDIADO S.A.S.** identificada con NIT 900.298.372-9.

Que, de conformidad con lo anterior, el despacho del Superintendente Nacional de Salud acogió la recomendación de limitar la capacidad para realizar nuevas afiliaciones y aceptar traslados a **CAPITAL SALUD ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD DEL RÉGIMEN SUBSIDIADO S.A.S.** mediante la Resolución 010004 de 28 de septiembre de 2018. Acto administrativo notificado electrónicamente el 01 de octubre de 2018 a través del oficio con el radicado NURC 2-2018-080963.

Es importante mencionar que el citado acto administrativo es de ejecución inmediata por tratarse de aquellos que corresponden al ejercicio de funciones de intervención respecto de una entidad sujeta al control y vigilancia de la Superintendencia Nacional de Salud, de conformidad con lo previsto en el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, el Decreto 0506 de 2005 y particularmente en el artículo 2.5.5.1.9 del Decreto 780 de 2016, tal y como se advirtió en el párrafo del artículo 5 de la Resolución 010004 de 28 de septiembre de 2018 al tratarse de un acto administrativo expedido en el marco de una medida cautelar especial.

A través de los oficios radicados bajo los NURC 1-2018-165919 y NURC 1-2018-166205 del 12 de octubre de 2018, el doctor Sergio Danilo Pineda Forero en calidad de apoderada general de **CAPITAL SALUD ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD DEL RÉGIMEN SUBSIDIADO S.A.S.**, presentó recurso de reposición en contra del acto administrativo que ordenó limitar la capacidad para realizar nuevas afiliaciones y aceptar traslados (Resolución 010004 del 28 de septiembre de 2018), encontrándose dentro de la oportunidad legal para presentar el respectivo recurso.

2. ARGUMENTOS DEL RECURRENTE

Entra el despacho a estudiar el recurso de apelación interpuesto en contra de la Resolución 010004 del 28 de septiembre de 2018, considerando como argumentos del recurso, los que se resuenen a continuación:

1. II. Vocación de permanencia de Capital Salud EPS-S
2. III. Efectos de la limitación en la capacidad para realizar nuevas afiliaciones en la cobertura del aseguramiento

Wab

R. M. H.

«Por la cual se resuelve un recurso de reposición contra la Resolución 010004 del 28 de septiembre de 2018»

3. IV. Expedición irregular del acto administrativo por falta de motivación
4. V. Violación al debido proceso

Por lo anterior, solicita el recurrente:

1. Reponer íntegramente la Resolución 010004 de 28 de septiembre de 2018, en el sentido de dejar sin efecto la limitación para realizar nuevas afiliaciones y para aceptar traslados impuesta a Capital Salud EPS-S.

3. CONSIDERACIONES PARA RESOLVER EL RECURSO

El recurso de reposición interpuesto por parte de **CAPITAL SALUD ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD DEL RÉGIMEN SUBSIDIADO S.A.S.**, fue presentado dentro del término legal, teniendo en cuenta que la fecha de notificación electrónica fue el 01 de octubre de 2018.

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

3.1. El recurso de reposición en sede administrativa

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

Handwritten signature and initials in the bottom right corner.

«Por la cual se resuelve un recurso de reposición contra la Resolución 010004 del 28 de septiembre de 2018»

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»*

De esta forma, teniendo en cuenta el recurso formulado por **CAPITAL SALUD ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD DEL RÉGIMEN SUBSIDIADO S.A.S.**, en contra de la Resolución 10004 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 10004 de 2018 únicamente procede el recurso de reposición en el efecto devolutivo en virtud del artículo 2.5.5.1.9 el Decreto 780 de 2016 por tratarse de un acto administrativo es de ejecución inmediata en el marco de una medida especial, y es este el recurso incoado.
2. Sobre la **oportunidad** del recurso de reposición radicado bajo los NURC 1-2018-165919 NURC 1-2018-166205 del 12 de octubre de 2018, se corrobora en el expediente que la Resolución No. 010004 del 28 de septiembre de 2018, fue notificada electrónicamente el 01 de octubre de 2018 y el recurso se interpuso el día 12 de octubre del mismo año 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.
3. Sobre los **requisitos** del recurso, se advierte que el escrito de NURC -1-2018-165919 NURC 1-2018-166205 del 12 de octubre de 2018 cumple con todos los requisitos de que trata el artículo 77 del CPACA.

3.2. Pronunciamiento sobre los argumentos del recurso

3.2.1 Vocación de permanencia de Capital Salud EPS-S

Frente a este aspecto indicó el recurrente:

«La Resolución 010004 de 2018 expedida en el marco de la medida preventiva de vigilancia especial a Capital Salud EPS-S no considera el compromiso de la EPS-S que se evidencia en la evolución que ha presentado en el cumplimiento de las condiciones financieras, como mayor asegurador del Régimen Subsidiado en Bogotá D.C. y en el Departamento del Meta con cerca de 1.200.000 afiliados.

En marzo de 2016 se reportó la pérdida correspondiente al 2015 por valor de \$367.860 millones, originada en el giro normal de la operación y el reconocimiento de la Reserva Técnica por \$198.684 millones, que no había sido calculada, constituida, reconocida y registrada en los Estados Financieros en las anteriores administraciones de la EPS con una pérdida acumulada de \$579.602 millones, sin dar cumplimiento en su momento a lo establecido en el Decreto 2702 de 2014.(...)»

Adicionalmente expuso el apoderado de la vigilada que en el marco del Plan Nacional de Desarrollo "Bogotá Mejor para Todos", 2016-2020, aprobado por el Consejo de Bogotá D.C., mediante el Acuerdo No. 645 del 9 de junio de 2016, en el proyecto de Atención Integral se incluyeron varias líneas de atención que detalle en los folios del 2 al 5.

Al respecto, sea lo primero indicar que en el estudio del presente recurso el considerar eventos no realizados por la vigilada y que ahora si están puestos en marcha como lo es el reconocimiento de la reserva técnica no resulta ser un hecho que pueda generar una modificación a la decisión adoptada por el Comité de Medidas Especiales de la Superintendencia Nacional de Salud, ya que

«Por la cual se resuelve un recurso de reposición contra la Resolución 010004 del 28 de septiembre de 2018»

la manifestación como tal solo pone de presente un ajuste que no desvia las conclusiones generadas por el mencionado comité.

Ahora bien, frente a las líneas de variación indicadas por el apoderado de la vigilada las mismas aunque en su consideración indiquen mejoras en la condición de la EPS-S, resultan insuficientes y se reitera nuevamente esto en virtud de las conclusiones elevadas por el Comité de Medidas Especiales.

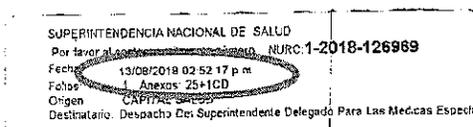
Frente a las indicaciones realizadas por el recurrente para el Componente Técnico Científico indicó: «(...) Capital Salud EPS-S mediante oficio con radicado NURC 1-2018-126969, presentó a la Superintendencia Nacional de Salud, el seguimiento al cumplimiento de la Medida de Vigilancia Especial Resolución 003648 de 2018 – corte junio 2018.»

Procedió el despacho a dar alcance a lo manifestado y accedió a la plataforma de correspondencia de la Superintendencia Nacional de Salud «Supercor» donde evidenció que el oficio con NURC 1-2018-126969 fue radicado en la fecha de 13 de agosto de 2018, hecho que deja sin sustento lo expuesto por el recurrente ya que la información base para elevar las recomendaciones que desencadenaron en la limitación de la capacidad de afiliación fue la basada con corte a 30 de junio de 2018, de manera que la información allegada al 13 de agosto de 2018 no hizo parte de la información evaluada independientemente que está afecte el periodo objeto de revisión.

DI DG CT 260-2018

Bogotá D.C, 13 de agosto de 2018

Doctor
FELIPE ANDRÉS HERNÁNDEZ RUIZ
 Director de Medidas Especiales para Entidades
 Administradoras de Planes de Beneficios (E)
 SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD
 Avenida Ciudad de Cali # 51-66 Piso 6
 Ciudad



Asunto: Radicado 2-2018-059976 del 26 de julio de 2018, Seguimiento al Cumplimiento Medida de Vigilancia Especial Resolución 003648 de 2018– corte junio 2018.

Respetado doctor Hernández:

Imagen tomada de la plataforma de correspondencia Supercor

La reseña fáctica elevada por el recurrente frente al Componente Financiero, se circunscribe en los primeros seis puntos indicados, a los cambios presentados prácticamente desde el año 2011 en donde presentaban pérdidas al inicio de la operación a la vigencia de 2017 en donde indican se muestra el avance, pasando de pérdidas en el año 2015 por \$367.860 millones a utilidad en 2017 por \$24.853 millones.

Como primera medida se le debe aclarar al apoderado de la vigilada que los avances que enlista no son óbice para considerar la no limitación de la capacidad de afiliación y para aceptar traslados, ya que de conformidad con las conclusiones elevadas por el Comité de Medidas Especiales, en el concepto para el periodo que fue objeto de revisión con corte al 30 de junio de 2018, se indicó:

- «1. CAPITAL SALUD EPS-S SAS, incumple con condiciones financieras y de solvencia contempladas en el Libro 2º Parte 5º, Título 2º, Capítulo 2º, Sección 1º del Decreto 780 de 2016.
2. CAPITAL SALUD EPS-S SAS presenta riesgos financieros, tales como: insolvencia, iliquidez, déficit patrimonial hecho[s] económicos que hacen que se ponga en riesgo el negocio en marcha.
3. El Pasivo Total de Capital Salud EPS-S SAS a junio de 2018, asciende a la suma de \$701.810 millones, el 86,57% corresponde a la Red Prestadora de Servicios de Salud.
4. El índice de Siniestralidad a junio de 2018 se ubica en un 119.03%, 29,03% por encima del máximo permitido, para el Régimen Subsidiado.
5. La EPS-S con corte a junio 30 de 2018, registra **Utilidades del Ejercicio** por valor de \$39.438 millones; debido a la generación de **Ingresos no Operacionales por concepto de "Otros**

RHJ
Fin 2018

«Por la cual se resuelve un recurso de reposición contra la Resolución 010004 del 28 de septiembre de 2018»

ingresos Diversos” por valor de \$130.171 millones.

6. El porcentaje de giro directo a junio de 2018 es del 84.80%, resultado que se encuentra del margen establecido en el artículo 10 de la Ley 1608 de 2013.
7. La concentración de pagos via giro directo está en la SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD (Sur Occidente, Centro Oriente, sur y Norte), según Adres, entre enero y agosto de 2018, se ha girado una suma de \$309.256 millones un promedio del 50% del Giro Directo mensual de la EPS-S).
8. Capital Salud EPS-S SAS entre el periodo comprendido de abril a agosto de 2018, le ha efectuado pagos a AUDIFARMA, via Giro Directo por valor de \$42.565 millones, hecho económico que soporta el mejoramiento en indicadores relacionados con la entrega de medicamentos.»

De un análisis hecho a las conclusiones en el comité para el componente financiero, se destacan dos hechos (i) pese al aumento en las utilidades del ejercicio (numeral 5), (ii) es cierto que en los numerales del 1 al 4, se indicó que la vigilada incumple con las condiciones financieras y de solvencia, presenta riesgos financieros, iliquidez, déficit patrimonial entre otros.

Del anterior derrotero, se tiene, que la Superintendencia Nacional de Salud no puede tomar decisiones considerando las mejoras parciales que demuestre la vigilada ya que este tipo de medidas abarcan un estudio y revisión integral desde todos los frentes de la EPS-S, de hecho la labor del comité es la de evaluar el cumplimiento integral a la medida de vigilancia y contrario a esto indicar el incumplimiento si da lugar a ello y la necesidad de complementarla tal y como sucedió en el caso objeto de revisión.

Adicionalmente, en el punto 7 del escrito indicó el apoderado de la vigilada frente a la retransmisión de estados financieros con ajustes que evidenciaban una mejora en la utilidad «(...) se solicitó a la SNS la apertura de la plataforma para retransmisión de la información, la cual se llevó acabo el 27 de julio de 2018, luego de su autorización.(...)»

Tal y como se ha advertido anteriormente, el periodo objeto de revisión se hizo con corte al 30 de junio de 2018, de manera que las modificaciones y mejoras realizadas con posterioridad no se discuten en el presente proceso.

Para el Componente de Atención y Protección al Afiliado, se debe indicar, que aunque dentro de este aspecto se presente gestión tal y como lo señala en los folios 9 al 12 la vigilada, deviene forzoso transcribir lo argumentado con anterioridad cuando el despacho señala que el seguimiento realizado en virtud de las facultades de inspección, vigilancia y control se hace de manera integral, de forma que el mejoramiento en unos aspectos no resulta ser suficiente para considerar habilitar la capacidad de afiliación ya que puede ocasionar un perjuicio mayor independientemente del crecimiento, considerando que con la población de usuarios con corte al 30 de junio de 2018 la situación de la vigilada resulta inviable para los aspectos señalados en las conclusiones transcritas anteriormente.

3.2.2. Efectos de la limitación en la capacidad para realizar nuevas afiliaciones en la cobertura del aseguramiento

Indicó el recurrente en su escrito que: «(...) La implementación de esta medida, además de convertirse en una barrera de acceso a los servicios de salud y aumento del número PQR en el sector dificulta el logro de los objetivos y metas del Plan de Desarrollo Distrital, en este caso para garantizar la cobertura del aseguramiento a la totalidad de la población elegible para subsidios en salud a través de un nuevo esquema de aseguramiento automático. (...)»

Amplia su reproche señalando que se vería afectado el modelo de atención con enfoque diferencial de Capital Salud EPS-S, al no poder continuar afiliando a la población víctima del conflicto armado, protección a testigos con características particulares (...)

Los anteriores extractos de los argumentos junto con los detalles expuestos de folio 12 al 18 del

(Handwritten mark)

(Handwritten mark)

«Por la cual se resuelve un recurso de reposición contra la Resolución 010004 del 28 de septiembre de 2018»

recurrente, son manifestaciones que en su conjunto reúnen la inconformidad frente a la limitación en la capacidad de afiliación y el impacto que en su opinión generaría en las zonas donde la EPS-S presta sus servicios, de manera que procederá el despacho a dar respuesta en conjunto así:

La sentencia de la Corte Constitucional C-616 de 2001 reiterada en la sentencia C-260 de 2008, se reconoció frente a la prestación del servicio público de salud lo siguiente:

«(...) Por ello el constituyente expresamente dispuso la posibilidad de la libre concurrencia en los servicios públicos, los cuales pueden prestarse por el Estado o por los particulares, cada uno en el ámbito que le es propio, el cual, tratándose de estos últimos, no es otro que el de la libertad de empresa y la libre competencia.»

Sin embargo, la Constitución ha previsto, para la preservación de valores superiores, la posibilidad y la necesidad de que el Estado ejerza labores de regulación, vigilancia y control, a través de una serie de instrumentos de intervención con los cuales se controlan y limitan los abusos y deficiencias del mercado. Dicha intervención es mucho más intensa precisamente cuando se abre la posibilidad de que a la prestación de los servicios públicos concurren los particulares.»

(...)

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).» (F.J. 5.1.)

En concordancia con lo anterior, el ámbito de las competencias que ejerce la Superintendencia Nacional de Salud al limitar la capacidad de afiliación de las EPS recae en últimas sobre la protección al derecho social fundamental a la salud reconocido como tal, no solo a través de la jurisprudencia de la Corte Constitucional (ver Sentencia T-760 de 2008), sino también a nivel legal a través de la Ley Estatutaria 1751 de 2015 que hace parte del bloque de constitucionalidad en sentido amplio. Ello a partir de unos claros mandatos contenidos en la Constitución Política de Colombia en los artículos 44 y 50, contando al mismo tiempo por disposición Constitucional con el carácter de servicio público esencial (artículo 49 de la Constitución Política) y constituyéndose como finalidad social del Estado (artículo 366 de la Constitución Política), razón por la cual la Administración cuenta con prerrogativas de orden superior para garantizar el interés general cuya prevalencia se enmarca en los artículos 1 y 209 de la Carta Política. De la misma forma, aparecen justificadas en garantía de ese interés las funciones y atribuciones que la Ley¹ impone en cabeza de la Superintendencia Nacional de Salud, siendo la restricción a la capacidad de afiliación de las EPS un mecanismo que en esencia protege a los usuarios del sistema y permite a las EPS concentrarse y enfocar sus esfuerzos para el levantamiento de la medida especial que sobre ellas recaiga.

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

«(...) tales poderes y facultades le son otorgadas por la Constitución y la ley como uno de los medios para atender y satisfacer las necesidades de los administrados y, en general, para proveer a la realización de los fines esenciales del Estado, de donde surge de modo necesario e indiscutible la imposibilidad de disposición y de negociación de tales materias. La protección de los derechos de los particulares en este campo encuentra soporte y garantía, de una parte, en los mecanismos de autocontrol de la administración, como lo son la vía gubernativa y la revocatoria directa y, de otra, en el control judicial que de los actos administrativos está asignado al juez contencioso administrativo, sin perjuicio de que pueda acudir a otros medios y acciones de control y de defensa que consagran la Constitución y

¹ Ley 100 de 1993, Ley 715 de 2001, Ley 1122 de 2007, Ley 1438 de 2011, entre otras normas.

Handwritten signature and date: 21/12

«Por la cual se resuelve un recurso de reposición contra la Resolución 010004 del 28 de septiembre de 2018»

*la ley (...)*²:

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

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

«(...) La vigilancia y control de la seguridad social corresponde al Presidente de la República, labor que cumple por intermedio de la Superintendencia de Salud.

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

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

«(...) Los objetivos que se buscan a través de las actividades de inspección, vigilancia y control, por parte de la citada Superintendencia son: la eficiencia en la obtención, aplicación y utilización de todos los recursos con destino a la prestación de los servicios de salud, como la oportuna y adecuada liquidación, recaudo, giro, transferencia, cobro y utilización de los mismos; el cumplimiento de las disposiciones legales y reglamentarias que regulan la prestación de los servicios de salud por parte de las entidades públicas y privadas del sector salud; la cabal, oportuna y eficiente explotación de los arbitrios rentísticos que se obtengan de los monopolios de loterías, beneficencias que administren loterías, sorteos extraordinarios, apuestas permanentes y demás modalidades de juegos de suerte y azar; y la adopción de medidas encaminadas a permitir que los entes vigilados centren su actividad en la solución de sanas prácticas y desarrollos tecnológicos que aseguren un crecimiento adecuado de las mismas.

Así las cosas, la vigilancia y control, en este caso, se dirige 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, como lo ordena el inciso quinto del artículo 48 superior que señala: "No se podrán destinar ni utilizar los recursos de las instituciones de la Seguridad Social para fines diferentes a ella."

² Consejo de Estado., Sección Tercera, Sentencia 16394, feb. 23/00. M.P. Germán Rodríguez Villamizar —Consorcio Hispano Alemán v. Empresa de Transporte Masivo del Valle de Aburrá Ltda. (Emtva)—.

1003

1004

«Por la cual se resuelve un recurso de reposición contra la Resolución 010004 del 28 de septiembre de 2018»

Para hacer efectivos estos propósitos se le asignan a la Superintendencia Nacional de Salud una serie de funciones y facultades (...)» (F.J. VI)

Siendo las funciones a las que se hace referencia las establecidas actualmente en el Decreto 2462 de 2013.

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

«(...) los derechos sociales y prestacionales a la seguridad social, son objeto de específicas regulaciones, controles y prohibiciones en las que el deber de atención es mayor y son más graves sus responsabilidades que las que de ordinario se exige a entidades y personas públicas y privadas encargadas de la atención del servicio público en general (...)».³ (F.J. II - negrilla fuera de texto).

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

«(...) Los objetivos del sistema de seguridad social en salud se concretan en la necesidad de regular la prestación de este servicio público esencial, creando las condiciones para su acceso de toda la población en los diferentes niveles de atención (Ley 100 de 1993, art. 152).

Estos propósitos responden a los planteamientos programáticos formulados por el Constituyente de 1991, en cuanto la responsabilidad del Estado en la atención de la salud como derecho irrenunciable a la seguridad social en su condición de servicio público de carácter obligatorio (art. 49)»⁴

En este contexto, se explica la competencia que radica en cabeza de la Superintendencia Nacional de Salud para limitar la capacidad de afiliación de las EPS y a través de dichas decisiones garantizar los fines encomendados por la Constitución y la Ley a este organismo, teniendo en cuenta los riesgos que pueda suscitar la operación de la respectiva EPS dentro del Sistema General de Seguridad Social en Salud, aspectos que han sido materia de análisis en los respectivos actos administrativos que decidieron la medida de vigilancia especial y su prórroga para CAPITAL SALUD ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD DEL RÉGIMEN SUBSIDIADO S.A.S.

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 2.1.10.5.1 del Decreto 780 de 2016, adicionado por el artículo 1 del Decreto 1184 de 2016, se predica para cualquiera de las Medidas Especiales establecidas en el artículo 113 del EOSF.

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 supervisión 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.

Así mismo, tal previsión de limitación de capacidad de afiliación, 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

³ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-281 de 1996, M.P. Julio Cesar Ortiz Gutierrez, al conocer de la acción de tutela interpuesta contra el Instituto de los Seguros Sociales Seccional Valle y analizar los postulados del servicio público esencial de la salud.

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

Handwritten signature and initials.

«Por la cual se resuelve un recurso de reposición contra la Resolución 010004 del 28 de septiembre de 2018»

cualquiera de sus vigilados, según lo previsto en el artículo 35 de la Ley 1122 de 2007 y establecida en el artículo 2.1.10.5.1 del Decreto 780 de 2016, adicionado por el artículo 1 del Decreto 1184 de 2016, que indica que en aplicación de las medidas contenidas en los artículos 113 y 115 del EOSF, se podrá limitar la capacidad de recibir nuevas afiliaciones o aceptar nuevos traslados de manera temporal.

Es por ello que la limitación de la capacidad de afiliación obedece al ejercicio de las facultades que la ley y el reglamento otorgan a la Superintendencia Nacional de Salud en 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, se reitera que no se puede dejar de lado que la Corte Constitucional ha establecido en Sentencia C-616 de 2001, al referirse al servicio público esencial de salud, donde 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 (...)»⁵ (F.J. III)

Nótese, como la medida de vigilancia especial impuesta por la superintendencia, así como la limitación de la capacidad de afiliación 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 control⁶. Además, la jurisprudencia constitucional ha señalado que **el poder de regulación de las libertades económicas en el ámbito del SGSSS es***

⁵ Corte Constitucional de Colombia Sentencia C-616 de 2001.

⁶ 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.
¹⁸ 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.

¹⁹ 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."

«Por la cual se resuelve un recurso de reposición contra la Resolución 010004 del 28 de septiembre de 2018»

reforzado, en vista del interés público que reviste el servicio y su relación con la realización de varios derechos fundamentales, como la salud⁷.»⁸ (F.J. 2.4.4. - Negrillas y subrayas fuera del texto).

En consecuencia, la limitación de la capacidad de afiliación es una decisión de la administración en ejercicio de las competencias de control y las prerrogativas de intervención en el servicio público esencial de salud enfocada a la consecución de las finalidades constitucionales del Estado, en materia de 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 limitar la capacidad de afiliación de las EPS que hayan sido objeto de una o varias medidas especiales de conformidad con lo señalado en el artículo 2.1.10.5.1 del Decreto 780 de 2016, adicionado por el artículo 1 del Decreto 1184 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, considerando las expectativas planteadas por el recurrente, se le debe como primera medida indicar que la actual situación de la EPS es producto de las acciones propias de quienes han administrado la entidad que la han llevado a este estado y no puede considerar que se otorgue un trato diferencial ya que esta es una de las 16 EPS y 2 hospitales públicos que se encuentran en medida de vigilancia especial, porque con esto se busca abordar la problemática del sistema y mengunar las condiciones de riesgo en el marco de la medida, por que ésta protege la confianza pública en el sistema.

Tales disposiciones lo que buscan es evitar que se ocasione un perjuicio mayor independientemente del crecimiento, avance o mejora ya que en efecto si con la población actual de usuarios no es viable desde las conclusiones elevadas por el comité no lo será con afiliar a una nueva población circunstancia que per se supone un riesgo para los nuevos usuarios.

Sin embargo, a pesar de lo anunciado por el recurrente, no se acredita que de la medida de restricción de capacidad de afiliación se desprenda el perjuicio irremediable, y por el contrario dicha limitación es una carga implícita a la prestación y participación en los servicios públicos, en este caso el de salud.

Al respecto la doctrina del derecho administrativo en cabeza de Cassagne ha señalado que el estado en relación con su carácter de persona jurídica:

«ejerce potestades y derechos, contrae obligaciones, impone deberes y cargas, (...) se sostiene que: 1) Al Estado, y sólo a él, le compete la función de realizar el bien común temporal como sujeto activo de la relación de justicia distributiva, ya que es él quien distribuye las cargas y beneficios comunes, y 2) que las relaciones de alteridad propias de la justicia distributiva se rigen por el derecho público (...).»⁹

Del mismo modo, frente a la búsqueda de ese bien común o interés general, el citado autor, precisa que:

«(...) a la Administración Pública no le queda otro camino que el empleo de las técnicas de fomento

⁹ Juan Carlos Cassagne. "Derecho Administrativo Tomo I", Séptima Edición Editorial Lexis Nexis Abeledo-Perrot, Buenos Aires, pp. 127 y 405

Handwritten signature and initials.

«Por la cual se resuelve un recurso de reposición contra la Resolución 010004 del 28 de septiembre de 2018»

(a fin de generar y estimular la realización de actividades privadas en interés de la comunidad) y la utilización de todas las formas posibles de colaboración por parte de los particulares en la prestación de los servicios públicos, todo ello combinado con el ejercicio razonable y prudente del poder de policía. (...)»¹⁰

Por su parte ante la facultad de intervención en el servicio público y la imposición de cargas administrativas para el ejercicio de los mismos ha señalado la doctrina en cabeza del profesor José Luis Meilán Gil, lo siguiente:

«(...) El poder intervencionista o limitador de derechos de la Administración puede reconducirse al título genérico —ampliado— de policía sin necesidad de publicar la actividad de los particulares, o bien, abolido en teoría el dogma liberal, la Administración se constituirá no sólo en gestor de un patrimonio al modo privado, sino en auténtico empresario, que crea empresas públicas al servicio de una política económica y social beligerante.

(...)

El Estado ha de garantizar el efectivo ejercicio y disfrute de los derechos fundamentales y el servicio al interés general —de todos los ciudadanos—. Puede hacerlo regulando o ejerciendo al mismo tiempo que los particulares actividades de contenido económico y social. (...)»¹¹

Por lo tanto, como consecuencia de la finalidad constitucional del Estado consistente en garantizar el interés general y el disfrute efectivo de los derechos fundamentales, la habilitación para la prestación de servicios públicos se encuentra sujeta a cargas administrativas orientadas al cumplimiento de los fines estatales.

Lo anterior implica que las referidas cargas administrativas bajo ningún punto de vista pueden equipararse al alegado perjuicio irremediable ya que lo manifestado por la parte recurrente no se desprenden de la referida restricción de capacidad de afiliación. Al respecto debe tenerse en cuenta que la restricción de la capacidad de realizar nuevas afiliaciones o aceptar traslados, protege a la EPS frente a la demanda de servicios requeridos por nuevos usuarios y le permite concentrarse en su grupo de población actual, al no tener que atender nuevas necesidades que puedan desviar su atención y gestión respecto de la recuperación de la situación de la EPS para salir de la media especial, y desde el punto de vista económico no se disminuyen los recursos que recibe la EPS con la decisión impugnada, sino que se mantiene el actual flujo de los mismos.

En este punto resulta importante aclarar que la Unidad de Pago por Capitación -UPC- reconocida por el Sistema General de Seguridad Social en Salud a las EPS está dirigida a financiar la prestación de servicios de salud respecto de cada uno de los afiliados, y también a cubrir los gastos de administración de las EPS del Régimen Contributivo en un monto que no puede superar el diez por ciento (10%) de esta unidad de pago, y para el Régimen Subsidiado el ocho por ciento (8%) tal y como lo señala el artículo 23 de la Ley 1438 de 2011, por lo tanto el 100% de los recursos de la UPC no se constituyen en utilidades para la respectiva EPS, sino que son recursos de destinación específica que tan solo cubren gastos de administración en los límites antes señalados, cubrimiento del cual la restricción adoptada busca dar continuidad.

Situación diferente y que si podría generar un perjuicio irremediables sería que la EPS incumpliera con los compromisos adquiridos destinados a levantar la medida especial y persistiera en las causales de la misma, mas no la decisión impugnada per se, toda vez que con la adopción de la misma, la parte recurrente se puede concentrar en garantizar los servicios de salud a los usuarios afiliados a los usuarios actuales, lo que asegura el crecimiento de la EPS en condiciones adecuadas, es decir se garantiza el crecimiento de la EPS en la medida en que cuente con las condiciones necesarias que eviten poner en riesgo la garantía del derecho a la salud de los afiliados, de modo que la EPS obtendrá el levantamiento de la limitación de la capacidad de afiliación hasta que cuente con las condiciones técnicas, administrativas y financieras para lograr enervar las causales de la medida especial que recae sobre la EPS, razón por la cual la decisión impugnada es de carácter transitorio y solo se mantiene o tiene vigencia mientras subsista la medida preventiva de vigilancia especial adoptada para Medimás EPS SAS, tal y como lo indica el párrafo segundo de la resolución impugnada.

¹⁰ Ibidem, pp. 30

¹¹ José Luis Meilán Gil. "El servicio público como categoría jurídica", publicado en "Cuadernos de Derecho Público. 1997-2007. Número 2", España, 1997, pp. 86 y 93.

«Por la cual se resuelve un recurso de reposición contra la Resolución 010004 del 28 de septiembre de 2018»

Por lo anterior, debe manifestarse el compromiso de la EPS para enervar cada una de las causales que dieron origen a la medida de vigilancia especial, lo que implica que si la EPS supera las falencias que implicaron mantener la medida de vigilancia especial o dieron origen a la misma se deberá levantar la restricción en la capacidad de afiliación.

Adicionalmente, debe tenerse en cuenta que la restricción a la capacidad de afiliación y de aceptación de nuevos traslados, además de no ser una medida de carácter permanente, tampoco resulta ser absoluta pues el parágrafo primero de la Resolución 010004 del 28 de septiembre de 2018 contemplo de manera expresa que dicha restricción no opera en los siguientes eventos:

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

Así pues, se evidencia que la restricción de la capacidad de afiliación no es absoluta y en consecuencia se demuestra la existencia de vías por las cuales la EPS puede obtener nuevos afiliados y recibir las UPC respectivas por cada uno de estos.

Por lo tanto no es cierto que la medida frene el crecimiento de la EPS-S, toda vez que la resolución impugnada deja abiertas varias vías para la obtención de nuevos afiliados, y adicionalmente las normas comerciales permiten mecanismos de capitalización e inversión que pueden implicar el crecimiento de la EPS-S; hecho que fue expuesto por el recurrente a folio 8 y 9 del recurso presentado, adicionalmente la medida adoptada no limita la generación de nuevos ingresos, pues en lo relacionado con la UPC no está diseñada para traducirse en utilidades, sino que sus destinación específica implica que la misma debe atender exclusivamente los gastos de la atención y prestación del servicio de salud respecto de cada usuario, aspecto que ha sido ampliamente explicado por la Corte Constitucional en sentencias como la C-262 de 2013, en la cual además se detalla que la UPC no es la única fuente de financiación o el único ingreso del cual disponen las EPS¹².

Tampoco resulta contradictoria la limitación de la capacidad de afiliación con la finalidad de la medida especial, pues con la misma se está previniendo el crecimiento de la demanda de servicios por parte de nuevos afiliados de manera parcial y temporal hasta que se logre superar las causas que dieron lugar a la medida de vigilancia especial que en la actualidad recae sobre Capital Salud EPS-S, constituyendo la referida restricción una carga administrativa propia de la participación en el servicio público esencial de salud encaminada al cumplimiento de las finalidades del estado, por lo que en este sentido la restricción de capacidad de afiliación es un mecanismo que coadyuva a la EPS-S a enfocar su actividad para salir de la medida de vigilancia especial y garantizar los servicios a la población afiliada y no verse afectada por una eventual demanda de servicios de población adicional que pueda desbordar su capacidad de atención gestión y administración.

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

3.2.3. IV. Expedición irregular del acto administrativo por falta de motivación – V. Violación al debido proceso

¹² Ver fundamento jurídico 2.5 de la Sentencia C-262 de 2013 de la Corte Constitucional, según el cual:

«(...) En el ámbito del SGSSS, la normativa define varias fuentes de financiación, como las cotizaciones que efectúan los afiliados al régimen contributivo y que son recaudadas por las EPS (artículo 182 de la ley 100), los pagos moderadores como pagos "compartidos, cuotas moderadoras y deducibles" (artículo 187 ibidem), parte de recursos del Sistema General de Participaciones, los recursos obtenidos como producto del monopolio de juegos de suerte y azar, recursos propios de las entidades territoriales (artículo 214 de la ley 100 modificado por el artículo 11 de la ley 1122), entre otros. En términos generales, estas fuentes de financiación están cobijadas por la prohibición del artículo 48 superior. (...)

Handwritten signature and initials

«Por la cual se resuelve un recurso de reposición contra la Resolución 010004 del 28 de septiembre de 2018»

Considerando que los argumentos expuestos versan sobre los mismos elementos fácticos procede a esta instancia a estudiarlos en conjunto.

El recurrente sustenta su inconformidad al considerar que se vulnera el debido proceso administrativo por incurrir la decisión impugnada en falta de motivación y es así que de la simple lectura del acto administrativo impugnado se desprende que la decisión adoptada corresponde al ejercicio de la facultad consagrada en el artículo 2.1.10.5.1 del Decreto 780 de 2016, adicionado por el artículo 1 del Decreto 1184 de 2016, en razón a los antecedentes de la adopción de la medida de vigilancia especial mediante Resolución 001976 del 22 de octubre de 2015 y el incumplimiento de obligaciones y compromisos aun por superar que dio lugar a que la respectiva medida de vigilancia especial fuera prorrogada mediante las Resoluciones 003140 del 21 de octubre de 2016, 000720 de 21 de abril de 2017 y 003648 de 28 de febrero de 2018, cuyos fundamentos han sido ampliamente conocidos por la recurrente no solo por ser **CAPITAL SALUD ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD DEL RÉGIMEN SUBSIDIADO S.A.S.**, la fuente principal de la información analizada y quien propuso su programa de mejoramiento comprometiéndose con este organismo de supervisión, sino que también han sido conocidos en desarrollo del debido proceso de cada una de las actuaciones y con la interposición de los respectivos recursos frente a los cuales en la debida oportunidad se ha dado a conocer las razones para confirmarlos.

Conviene aclarar que la recomendación a la que hace referencia la resolución aquí analizada, se dio en el escenario de una reunión del Comité de Medidas Especiales que es la instancia encargada de hacer el respectivo seguimiento a la medida de vigilancia especial de conformidad con la información que reporta la misma EPS-S y los compromisos a los cuales ha llegado con la superintendencia, correspondiendo la referida recomendación a una actuación administrativa y no a un acto administrativo que de conformidad con su naturaleza jurídica y contenido no es susceptible de notificación o comunicación pues por el contrario constituye una mera actuación de la administración que se documenta en el acto administrativo objeto de recurso, el cual se da a conocer a la destinataria del mismo y frente al cual se ejerció el derecho de defensa y contradicción, por lo que no se puede pretender en sede de reposición recurrir aspectos que no son un antecedente que motiva el acto administrativo con el argumento de que hay ausencia de motivación.

Por lo tanto, resulta evidente que la EPS-S al encontrarse en una medida de vigilancia especial y persistir en el incumplimiento de su compromiso para levantar la misma, conllevó a la prórroga de esta última y al incremento de la situación de control con la designación de un agente contralor a través de la Resolución 000634 del 22 de febrero de 2016 comentada en los antecedentes del acto administrativo impugnado y en la decisión de limitar la capacidad de afiliación de la EPS-S, toda vez que no ha superado el 100% de las situaciones que la hacen objeto de medida especial por parte de esta superintendencia, como es de su conocimiento.

Tampoco resulta procedente la conclusión que plantea el recurrente al señalar que la resolución "es tan precaria e insuficiente que no puede tenerse como motivado", pues olvida que no está en el escenario de un procedimiento administrativo sancionatorio que exige la existencia de un acto administrativo de imputación de cargos, pues por el contrario el escenario de control que se plantea en la Resolución 010004 de 2018 es completamente diferente y no hace juicio o reproche alguno de responsabilidad, sino que adopta una medida administrativa para proteger a los usuarios y facilitar el cumplimiento de los compromisos de la EPS-S para levantar la medida de vigilancia especial, la cual tuvo que ser prorrogada ante la persistencia de falencias que repercuten en el Sistema General de Seguridad Social en Salud, los distintos actores, usuarios y flujo de recursos, permitiéndose ante las respectivas decisiones administrativas el ejercicio del derecho de defensa y debido proceso, con la notificación de tales decisiones y la posibilidad de controvertir las mismas y ser escuchados a través de los recursos de ley.

De manera que el planteamiento del recurrente en cuanto a la falta de motivación y violación al debido proceso resulta contrario a los numerales 2 y 3 del artículo 6 de la Ley 1437 de 2011, que le imponen como parte de la actuación administrativa la obligación de abstenerse de hacer afirmaciones temerarias o sin fundamento y de reiterar solicitudes evidentemente improcedentes.

11/11

11/11

«Por la cual se resuelve un recurso de reposición contra la Resolución 010004 del 28 de septiembre de 2018»

Por lo tanto, contrario a lo señalado por el recurrente, al estudiar cuidadosamente los antecedentes y consideraciones plasmados en la Resolución 010004 de 2018, se evidencia que la decisión guarda estrecha correspondencia con la motivación de la misma y los soportes de información remitidos por la propia EPS-S recurrente para el seguimiento de la medida de vigilancia especial, los cuales en esta instancia no puede venir a desconocer quien presenta el recurso de reposición, razón por la cual su argumento tampoco está llamado a prosperar.

Razón por la cual la Resolución 010004 del 28 de septiembre de 2018 debe mantenerse inalterada en todas sus partes y en consecuencia no hay lugar a aclarar, modificar o reponer el acto administrativo impugnado, según lo solicitado.

En virtud de lo anteriormente expuesto, este despacho,

RESUELVE

ARTÍCULO 1. CONFIRMAR la Resolución 010004 del 28 de septiembre de 2018, en la cual se limita la capacidad de realizar nuevas afiliaciones y aceptar traslados a **CAPITAL SALUD ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD DEL RÉGIMEN SUBSIDIADO** identificada con el NIT 900.298.372-9

ARTÍCULO 2. NOTIFICAR el contenido del presente acto administrativo, a **CAPITAL SALUD ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD DEL RÉGIMEN SUBSIDIADO** identificada con el NIT 900.298.372-9, a través de su representante legal, o de quien haga sus veces, o a quien se designe para tal fin, a la cuenta de correo electrónico notificaciones@capitalsalud.gov.co, teniendo en cuenta que la vigilada destinataria del presente acto administrativo autorizó a través del sistema NRVCC la notificación electrónica de los actos emitidos por la Superintendencia Nacional de Salud, según listado suministrado por la Oficina de Tecnologías de la Información o a la dirección física que obra dentro del expediente Calle 77 A No.12 A-35 de la Ciudad de Bogotá D.C. de conformidad con lo solicitado en el oficio NURC 1-2018-166205 o 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 por los medios establecidos, esta deberá surtirse mediante aviso, en los términos y para los efectos de los artículos 68 y 69 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

ARTÍCULO 3. COMUNICAR la presente resolución a las personas naturales y jurídicas señaladas en la parte resolutive de la Resolución 010004 del 28 de septiembre de 2018.

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

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

Dada en Bogotá D.C.,

03 DIC 2018

PUBLIQUESE, NOTIFÍQUESE, COMUNIQUESE Y CÚMPLASE


FABIO ARISTIZÁBAL ÁNGEL
SUPERINTENDENTE NACIONAL DE SALUD

