

80110

Bogotá, D. C., abril 8 de 2011

| |
|---|
| CONTRALORIA GENERAL DE LA REPUBLICA 11-04-2011 01:49 Al Contestar Cite Este No.:2011EE25492 O 1 Fol:10 Anex:0 ORIGEN: 2878 - DESPACHO DEL CONTRALOR/MORELLI RICO SANDRA DESTINO: TRIBUNAL ADMINISTRATIVO/MAGISTRADO ASUNTO: TUTELA EXPEDIENTE 250002315000201100414-01 OBS: CONSECUTIVO NO. 252 / PROYECTO MARIA DEL PILAR YEP |
|---|

Señores
HONORABLES MAGISTRADOS
SECCION PRIMERA
SUBSECCION "A"
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA
 Ciudad

Asunto: TUTELA EXPEDIENTE 250002315000201100414-01
ACTOR: JOSE LUIS MOZO SANCHEZ
ACCIONADO: SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD Y OTROS

Respetados Señores Magistrados del Tribunal Administrativo de Cundinamarca:

La Contraloría General de la República, en ejercicio de sus facultades constitucionales y legales, hace manifiesta su profunda preocupación por las eventuales irregularidades que puedan consolidarse y con esto lesionar el interés colectivo si el Tribunal Administrativo de Cundinamarca aprueba el Acuerdo Conciliatorio, celebrado por la Superintendencia Nacional de Salud y la EPS SALUDCOOP, para revocar las Resoluciones Nos 296 y 983 de 2010. Dicha preocupación surge luego de verificar los antecedentes del caso, los pronunciamientos de las partes y del conciliador durante el trámite respectivo y el riesgo del precedente que se puede generar a futuro en desmedro de la efectividad de la inspección, control y vigilancia de los recursos parafiscales administrados por las EPS y en general, de las facultades de supervisión, control y vigilancia de todos los entes que por disposición legal tienen ese objetivo, que pudieran basados en esta experiencia, empezar a conciliar con sus vigilados y controlados, las decisiones que adopten, bajo la "justificación" de que en una posible demanda de nulidad y restablecimiento del derecho que se interpongan sobre sus decisiones, en caso de perder, los intereses económicos de la Nación podrían verse afectados.



En efecto, considera la Contraloría que con esta decisión se está sentando un precedente judicial grave, no solamente para todos los entes de supervisión y control que podrían entender con esto, que es conciliable la función delegada por el Presidente de la República, sino también que dados los efectos jurídicos que una conciliación entraña como es el de hacer tránsito a cosa juzgada, se estarían dejando en firme los estados financieros de la EPS mencionada correspondientes a las vigencias 2003- 2008, sin que la Superintendencia haya entrado a analizar de fondo situaciones jurídicas vitales que ameritan una especial claridad conceptual y jurídica, para el manejo de los recursos de la salud en Colombia.

Y es que mediante la Resolución 983 de 2010, por medio de la cual se resuelve el recurso de reposición contra la resolución 296 del mismo año, se adopta por parte del ente de supervisión, control y vigilancia una serie de decisiones relacionadas con varias conductas y hechos presuntamente atribuibles a SaludCoop EPS. A título de ejemplo se señalan aquellos relacionados con la utilización del mecanismo de las estructuras solidarias de integración vertical, como instrumento para utilizar recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud que pudiere incidir en el monto que se fije para la UPC, pudiendo con esto eventualmente acceder a un margen de mayor utilidad, o para destinar los recursos públicos a otro tipo de gastos e inversiones distintos de la prestación de los recursos de la salud de sus usuarios, o bien para apalancar créditos en inversiones diversas, estando implícita en todas estas operaciones la definición y alcance de lo que se constituye el recurso público parafiscal dedicado a la salud.

Es en este sentido es que se afirma que con esta conciliación no solamente se dejan sin resolver importantes situaciones de hecho y de derecho que debieron ser abocadas por el señor Superintendente Nacional de Salud y su Comité de Conciliación, sino que tal y como quedó insinuado por el Procurador Judicial que "avaló" el proceso, se optó por tal solución ignorando el procedimiento regular existente en estos casos consistente en acudir a la nulidad de lo actuado retrotrayendo la actuación al punto que permita continuar con el proceso correspondiente, abordando de fondo todos y cada uno de los asuntos investigados.

En efecto, es así que como consecuencia de una actuación administrativa la SNS durante 2010, expidió las Resoluciones Nros. 296 y 983, para ordenar a SALUDCOOP:

- Restituir a la liquidez de la EPS los recursos utilizados en la adquisición de activos y otras operaciones glosadas en los informes de visita la suma de \$318.250 millones de pesos.

Handwritten signature

- Atender con recursos diferentes a las contribuciones parafiscales, los pagos que por amortizaciones, intereses y otros costos implique la restitución del endeudamiento que por \$308.958 millones de pesos obtuvo la EPS.
- Abstenerse en lo sucesivo de consumir liquidez generada por cualquier operación contable con los ingresos derivados de la UPC, aportes, cuotas moderadoras, pagos compartidos, copagos, tarifas, deducibles o bonificaciones u otros definidos parafiscales, provenientes de sus afiliados.
- Desmontar de las operaciones de préstamo, donación, leasing, e inversión, si son financiadas con los ingresos derivados de UPC, aportes, cuotas moderadoras, pagos compartidos, copagos, tarifas, deducibles o bonificaciones u otros definidos parafiscales que se le cobran a sus afiliados.

A comienzos de 2011 la SNS llega a un acuerdo conciliatorio con Saludcoop EPS suscrito por el doctor José Joaquín Bernal Ardila como apoderado de la EPS, Juan Carlos Vidal Vargas, como apoderado de la Superintendencia Nacional de Salud, Javier Mauricio Sabogal Jaramillo representante suplente de la EPS y William Javier Vega Vargas, Jefe de la Oficina Jurídica de la SNS. Dicho acuerdo prevé entre otras cosas lo siguiente:

- Se revocan las dos resoluciones antes mencionadas.
- Saludcoop EPS, renuncia a cualquier reclamación de tipo patrimonial, económico y de responsabilidad frente a la Superintendencia Nacional de Salud y de sus funcionarios, en la suma mínima de \$650.000 millones.
- Se suspenden las dos resoluciones citadas, mientras se surte el trámite de aprobación de la conciliación, por parte del Tribunal Administrativo de Cundinamarca.
- La Superintendencia Nacional de Salud, expresa NO ESTAR renunciando, con la conciliación a ninguna de las potestades en materia de inspección, vigilancia y control, ni a la toma de medidas preventivas o cautelares sobre este caso.

Las invocaciones jurídicas en las que se pretende sustentar la conciliación, son las que, al parecer en su seno abordó el Comité de Conciliación de la Superintendencia, que se resumen así:

 Carrera 10 No. 17-18 P. 27 • PBX: 3537700 • Bogotá, D. C. • Colombia •
www.contraloriagen.gov.co

- Se considera que la actuación administrativa adelantada por la Superintendencia con la expedición de las dos mencionadas resoluciones, contienen materialmente una sanción al obligar a la EPS de manera definitiva a restituir las inversiones en activos fijos, a la liquidez de la misma. Consideró que en defecto de lo anterior, debió aplicarse el procedimiento de las Resoluciones 1212 de 2007, 1242 de 2008 y 280 de 2009. En su opinión se omitió el trámite de remitir el informe preliminar al Superintendente Delegado para una de tres determinaciones: i) ordenar plan de desempeño; ii) abrir investigación administrativa; y, iii) ordenar la toma de posesión para la intervención forzosa.
- En segundo término, el Comité de Conciliación, estimó que, en su parecer, no existía una prohibición legal o reglamentaria (gubernamental) para que las EPS presten servicios de salud a través de inversiones en activos fijos. Así consideró que sí era posible cumplir la función legal encomendada a través de la inversión en este tipo de activos. En apoyo de lo anterior invoca el artículo 181 parágrafo 1º de la Ley 100 de 1993, el artículo 1º del Decreto 1485 de 1994 y el Decreto 1804 de 1999 en cuyo artículo 5º, que permitía a las EPS el suministro de servicios en forma directa, normativa que, en su opinión, sólo se viene a modificar hasta la entrada en vigor del artículo 15 de la Ley 1122 de 2007, que restringe la prestación directa hasta el 30% del valor de los servicios.

Esta decisión queda entonces plasmada en el Acta No. 79 de 1º de febrero de 2011, en la que el Comité de Conciliación y Defensa Judicial de la SNS, aprueba integralmente los términos de la propuesta de conciliación por decisión unánime de todos sus asistentes, esto es por la doctora Clara Alexandra Méndez Cubillos, Secretaria General; Astrid Helena Cristancho Palacio, designada por el Superintendente Nacional de Salud; Gilberto Álvarez Uribe, Superintendente Delegado para la Atención en Salud; Claudia Constanza Rivero Betancourt, Superintendente Delegada para la Generación y Gestión de los recursos para la Salud; William Javier Vega Vargas, Jefe de Oficina Jurídica y Juan David Lemus Pacheco, Jefe de la Oficina de Control Interno.

Con base en los elementos de juicio que hasta el momento se conocen sobre la conciliación celebrada entre Superintendencia Nacional de Salud y Saludcoop EPS, existen para la Contraloría importantes inquietudes que pueden conllevar a la verificación de posibles irregularidades que ameriten, si así lo estiman de su competencia, la actuación de distintas autoridades. En efecto, al repasar la sinopsis del trámite conciliatorio y la argumentación que se encuentran vertidos en el informe que rinde el Procurador Judicial que actuó como conciliador se observa:

- El estudio del Comité de Conciliación de la SNS, que sirve de base para recomendar la conciliación que nos ocupa, asumió que se violó el debido proceso porque no se agotó el procedimiento sancionatorio previsto las en Resoluciones 1212 de 2007, 1242 de 2008 y 280 de 2009. Sobre esa base convino revocar pura y simplemente las resoluciones 296 y 983 de 2010, sin ordenar la compulsas de copias para el reinicio del trámite, o la revocatoria con el único propósito de ordenar la nulidad del proceso hasta la fase de inspección, pudiendo con ello eventualmente contravenirse el régimen de procedimientos de inspección, vigilancia, control y sanción de la misma Superintendencia, particularmente en lo que atañe al proceso administrativo sancionador.
- El análisis de la entidad para conciliar y del Procurador Judicial al avalar el acuerdo, omiten hacer referencia, punto por punto, a las distintas modalidades de destinación de recursos, al parecer, parafiscales, que hizo Saludcoop y que presuntamente estaba probado a partir de los Estados Financieros elaborados, certificados y dictaminados por la misma EPS.
- Si como se consigna en el Acta de Conciliación, la Superintendencia no renuncia a las potestades naturales que posee en dicha materia, no se entiende, entonces, por qué no se ocupó oficiosamente de retrotraer las actuaciones a la fase preliminar de la Resolución 1212 de 2007, y dentro del proceso resolver lo pertinente, sin trazar sobre sus potestades de policía administrativa, como en efecto ocurrió en el acuerdo conciliatorio que nos ocupa. En efecto, el Acuerdo puede ser contrario a la exigencia del artículo 65º de la Ley 446 de 1998, en la medida en que las potestades administrativas, entendidas, para el caso que nos ocupa, como la capacidad de ejercer la función de Policía y la función sancionadora, no son susceptibles de transacción ni de desistimiento.
- Resulta además sorprendente, que el Procurador Judicial que fungió como Conciliador, manifieste en su escrito con el cual remite al Tribunal el Acuerdo Conciliatorio, que: *"...no es menos cierto que el mecanismo idóneo para superar las anomalías que se pusieron de presente era acudir a la revocatoria directa y no a la conciliación sobre los efectos económicos de tales actos, aun de aquellos que requieren el consentimiento del particular, y si era del caso, reiniciar la investigación y la actuación administrativa otorgando a la EPS todas las garantías sustanciales y procesales que nuestro ordenamiento ampara"* (Negrilla fuera de texto). Esta aseveración del Procurador Judicial, confirma la posibilidad jurídica existente de retrotraer la actuación y hacer los pronunciamientos de fondo al interior del procedimiento administrativo correspondiente.

En ese orden de ideas, las medidas de la SNS que se revocan, no sólo hacían referencia a los activos fijos, sino a otras materias no menos importantes, que no fueron objeto de discernimiento ni por las partes del Acuerdo Conciliatorio, ni por el Conciliador, para sustentar el por qué se revocaban los citados actos administrativos. Basta con comparar el texto de las resoluciones con el texto del acta del Comité de Conciliación y con el texto de la Conciliación, para verificar que buena parte de los motivos de aquellas de modo injustificado no fueron tratados. Es decir, el Acuerdo Conciliatorio, materialmente produce una revocatoria parcial, pues omite pronunciarse sobre todos los aspectos que sirvieron de soporte a las Resoluciones Nos, 296 y 983 de 2010. Dentro de las materias que no fueron objeto de análisis se destacan:

1. Según las resoluciones revocadas, son operaciones que, se encuentran en los estados financieros, como parte del estado de flujo de efectivo, pero no se refieren a actividades propias de las EPS. En la consideración de la Resolución No 983 de 2010, ni del régimen de la Seguridad Social en salud, ni del régimen legal contable, es posible deducir que con cargo a los recursos parafiscales, se puedan o deban contabilizar reservas contingentes que aumente el patrimonio. No encaja dentro de los conceptos de costos por la prestación de servicios de salud ni del componente administrativo.
2. El estado de resultados, en el caso que nos ocupa, al parecer, presentó rubros y conceptos que se escapan de la finalidad propia del giro normal constitucional y legal, de las operaciones de las EPS. Entre otros:
 - a. Salida por contratos de promesa de compraventa de inmuebles.
 - b. Salida por compra de propiedad planta y equipo.
 - c. Salida por compra de inversiones permanentes.
 - d. Salida por compra de propiedades en leasing.
 - e. Salida por crédito mercantil en inversiones permanentes.
 - f. Salida para futuras capitalizaciones (ciudadela salud: determinar si se trata de la figura de zonas francas en salud, las cuales por su naturaleza no están dirigidas a los usuarios nacionales sino a clientes internacionales).
 - g. Pago de intereses por obligaciones financieras, moras, sobregiros.
 - h. Salida por ejecución de fondos sociales.
 - i. Pago liquidación de ARS.
3. Así mismo, se encontraron operaciones, que como la amortización de crédito mercantil, en opinión de la Superintendencia, no se realizan en

1481

efectivo, pero afectan de manera directa los costos asociados con la UPC o el resultado del ejercicio y que no encuadran en el concepto de prestación de servicios.

4. En lo que tiene que ver con los intereses bancarios, detectados, se señala en la Resolución No 983 de 2010, que la EPS obtuvo recursos por financiación externa y crédito bancarios, que cubrieron en forma suficiente los intereses. Los cuales, según el texto de la misma, han sido tomados de los recursos parafiscales y tenidos en cuenta como gastos administrativos de la entidad a sabiendas que las EPS recaudan en efectivo los recursos provenientes de las cotizaciones del Sistema, que después de cubrir los costos POS y los gastos de administración el remanente en efectivo deberá permanecer para atender los compromisos que tiene la EPS con sus afiliados.
5. Según la citada resolución, la amortización del crédito mercantil que viene realizando Saludcoop afecta directamente el costo de los recursos parafiscales, toda vez que dicho valor es deducido de la parafiscalidad como parte integral de los gastos de administración y/o costos POS -C, cuando en realidad corresponden a un mayor valor pagado en la inversión permanente al momento de la adquisición de sociedades.
6. Según las medidas adoptadas por el anterior Superintendente, existen partidas que no corresponden a la seguridad social pero tienen su asiento en los comprobantes de contabilidad que soportan la elaboración del estado de flujo de efectivo y surgen de los auxiliares suministrados por el área de contabilidad de Saludcoop. Dichos auxiliares, según las consideraciones de la Resolución No 983 de 2010, forman parte de las cuentas del balance general y estado de resultados certificados y dictaminados por el representante legal, el contador y el revisor fiscal, siendo fuente para la preparación y realización del estado de flujo de efectivos y cambios en la situación financiera.

Ninguno de los anteriores conceptos, que en su plenitud sirvieron de supuestos facticos a las órdenes emitidas por el Superintendente Mejía, fueron objeto de detenido tratamiento ni por el Comité de Conciliación, ni por las partes ni por el acucioso Procurador Judicial. Actividad que, en la lógica de una revocación, ameritaba que todos y cada uno de los puntos fueran objeto de debate y definición. En otras palabras, el Acuerdo Conciliatorio, materialmente produce una revocatoria parcial, pues omite pronunciarse sobre todos los aspectos que sirvieron de soporte a las Resoluciones Nos, 296 y 983 de 2010.

MSA

Todo lo anterior, entonces, significa que cada uno de los elementos de juicio que cuentan con soportes fidedignos de prueba, se quedaron sin ser investigados y definidos, sobre la base de que la mayoría sino todos, incluida la destinación de recursos parafiscales a la construcción de infraestructuras, sí pueden llegar a configurar la destinación indebida de los recursos del Sistema General de la Seguridad Social en Salud con la generación de riesgos al Sistema mismo, como son los derivados, por ejemplo de los créditos asumidos y de los anticipos; y con la generación de beneficios privados provenientes de la administración de recursos públicos. Así las cosas, contrario a lo delineado por la jurisprudencia contencioso administrativa, en el presente caso no se probó la causal de revocatoria invocada y ni se determinó su configuración respecto a todos los asuntos del núcleo esencial de los actos administrativos revocados como son los que acaban de reseñar.

Adicionalmente, y al margen de la posición jurídica que se asuma en torno a lo que ha de comprender la prestación de servicios de salud y el uso y destinación de los recursos que se recaudan, que en nuestra opinión es de carácter restrictivo y taxativo, lo cierto es que desde 2006 y 2008, la SNS había expedido las Circulares Externas Nos. 26 de 2006 y 49 de 2008, vigentes a la fecha, por medio de las cuales se consideran prácticas ilegales la destinación de recursos parafiscales a cargo de las EPS, a otras actividades distintas de los servicios de salud de los usuarios. Se destacan dentro de tales prohibiciones lo concerniente a la inversión en activos fijos. Las circulares externas de las Superintendencias, son reconocidas por la jurisprudencia, como un mecanismo de dar instrucciones a los agentes vigilados para que acomoden sus actuaciones a la legalidad. Como tal son actos administrativos cuya validez se presume en garantía de su efectiva aplicación. En ese contexto, no se comprende a qué título el Comité Conciliador acordó con Saludcoop EPS una excepción del alcance de las mismas Circulares Externas para llegar al Acuerdo Conciliatorio.

En ese orden de ideas, será preciso que autoridades de distinto orden establezcan en la esfera de sus competencias si el Acuerdo Conciliatorio, que ahora nos ocupa, configuró para los participantes, una actuación contraria a derecho de la que se pudo derivar un injustificado favorecimiento o provecho a unos particulares.

3. Finalmente, se debe tener en cuenta que de acuerdo con la Circular Externa No. 63 del 23 de diciembre de 2010, la Superintendencia de Salud, claramente determina que hay lugar a las exenciones a los pagos de las transacciones del sistema financiero, al considerar que son recursos públicos, al efecto se transcriben los apartes más importantes de dicha Circular, lo que reafirma aun más que esos recursos parafiscales son recursos públicos:

El artículo 48 de la Constitución Política, inciso cuarto en relación a los recursos de la Seguridad Social, establece:

"No se podrán destinar ni utilizar los recursos de las instituciones de la seguridad social para fines diferentes a ella"

Se trata de una prohibición de rango constitucional, según la cual los recursos de las instituciones de seguridad social no se pueden destinar ni utilizar en fines diferentes a los de la seguridad social.

La Ley 100 de 1993 "Por la cual se crea el Sistema General de Seguridad Social Integrar, en el artículo 9 reproduce la disposición constitucional anteriormente transcrita.

La Corte Constitucional en sentencia de unificación SU- 480 de septiembre de 1997, Magistrado Ponente Dr. Alejandro Martínez Caballero, refiriéndose a los recursos del Sistema de Seguridad Social, expreso:

"Lo importante es que los recursos lleguen y se destinen a la función propia de la Seguridad Social, recursos que tienen el carácter de parafiscal.

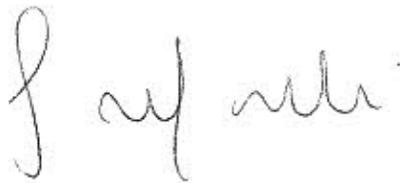
Como es sabido los recursos parafiscales "son recursos públicos que pertenecen al Estado, aunque estén destinados a favorecer solamente al grupo, gremio o sector que los tributa", por eso se invierten exclusivamente en beneficio de éstos. Significa lo anterior que las cotizaciones que hacen los usuarios del sistema de salud, al igual que como ya se dijo, toda clase de tarifas, copagos, bonificaciones y similares y los aportes del presupuesto son dineros públicos que las EPS y el Fondo de Solidaridad y Garantía - Fosyga administran, sin que en ningún instante se confundan ni con su patrimonio, ni con el presupuesto nacional o de las entidades territoriales, por que no dependen de circunstancias distintas a la atención del afiliado.

La Ley 633 de 2000 adicionó al estatuto tributario el Libro Sexto referente al impuesto sobre el gravamen a los movimientos financieros; estableció en el artículo 872 la tarifa del mismo en el 3 por mil (hoy 4 por mil); y en artículo 879 las exenciones al mismo, incluyendo entre las mismas en el numeral 10, "Las operaciones financieras realizadas con recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud, del Sistema General de Pensiones a que se refiere la Ley 100 de 1993, de los fondos de pensiones de que trata el Decreto 2513 de 1987 y del Sistema General de Riesgos Profesionales, hasta el pago a la entidad promotora de salud, a la administradora del régimen subsidiado o al pensionado, afiliado o beneficiario, según el caso"

Con la expectativa de que el Despacho a su cargo, en el marco de las competencias constitucionales y legales que le corresponden, desplegará

acciones para efectuar los controles y tomar las decisiones que correspondan, me suscribo,

Cordialmente,



SANDRA MORELLI RICO
Contralora General de la República

c.c Señor Procurador General de la Nación
Doctor Alejandro Ordoñez Maldonado
Señor Ministro de Protección Social,
Doctor Mauricio Santamaría Salamanca
Señor Superintendente Nacional de Salud,
Doctor Conrado Adolfo Gómez Vélez

MA