

CONTRALORIA GENERAL DE LA REPUBLICA 29-03-2011 01:18:38
Al Contestar Cite Este No.:2011ER27007 0 1 Fol:1 Anex:2
Origen: SUPERSALUD/CONRADO ADOLFO GOMEZ
Destino: SECRETARIA PRIVADA/DIAZ JIMENO MANUEL ANTONIO
Asunto: SU OFC. 2011EE1978

**Prosperidad
para todos**

29 MAR. 2011

Supersalud

FI-PLAN:110810-V4



Para responder a este documento, favor citar este número: **2-2011-017374**

Bogotá D.C.

Doctora

Sandra Morelli Rico

Contralora General De La República

CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA

Carrera 10 No. 17 - 18

Bogotá D.C. , DISTRITO CAPITAL

SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD

Por favor al contestar cite este número: **2-2011-017374**

Fecha 29/03/2011 12:18 p.m.

Folios Anexos:

Origen Despacho Del Superintendente

Destino CONTRALORIA GENERAL DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA

Copia

Referencia: **2011EE1978 del 23 de marzo de 2011 control de advertencia**
Referenciado: 1-2011-021595 del 23 de marzo de 2011

7

Respetada doctora Morelli

Me permito pronunciarme sobre la comunicación 2011EE1978 de la Contraloría General de la Nación, fechada 23 de marzo de 2011 y radicada en esta entidad bajo el NURC 1-2011-021595. En su comunicación "...profiere control de advertencia para que se tomen los correctivos necesarios con el fin de evitar la configuración de conductas que pueden conllevar a la constitución de un detrimento patrimonial...", con fundamento en los siguientes argumentos:

- 1 Que si la Superintendencia Nacional de Salud advirtió algún vicio de nulidad sobre las Resoluciones 296 y 983 de 2010 ha debido proceder a revocarlas directamente, y por tanto no podía tomar la iniciativa para conciliar la revocatoria de las mismas. Añade que, *"...en ningún caso la resolución 296 de 2010 puede constituirse en materia transigible, ni conciliable, así como tampoco puede hacerse uso de esta figura de la conciliación para que mediante la misma, se proceda a revocar actos*

en firme” .

- 2 Que la Contraloría considera a esas Resoluciones como actos perfectamente legales, y en ese sentido afirma que “...la motivación de las Resoluciones aludidas en su conformación y contenido se encuentran ajustadas a derecho” .
- 3 Que para la Contraloría, la revocatoria de las citadas Resoluciones 296 y 983 conlleva el riesgo de un detrimento patrimonial para el “erario público” , por cuanto fijan la devolución de \$318.250 millones al Sistema de Salud, que dejarían de percibirse; por cuanto se presentaría “la inobservancia de las Circulares No. 26 de 2006 y 49 de 2008, en la cuantía arriba señalada” .

No obstante lo expuesto por la Contraloría, y luego de revisar atentamente su comunicación, esta Superintendencia se permite aclarar:

- 1 La conciliación que actualmente adelantan la Superintendencia Nacional de Salud y Saludcoop EPS, **no** fue de iniciativa de esta Superintendencia Nacional de Salud. El origen de la conciliación fue una citación a conciliación judicial realizada por SALUDCOOP EPS OC, como requisito de procedibilidad¹ para incoar demanda contra la Superintendencia Nacional de Salud, en la cual pretendía:
 - 1.1 “...En el evento en que no se pueda llegar a una conciliación prejudicial en los términos descritos en este documento, las pretensiones indemnizatorias a favor de SALUDCOOP incorporadas en la demanda a instaurarse en el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, serían, como suma mínima, el reconocimiento y pago de aproximadamente \$650.000, millones de pesos que se originan de la venta de SALUDCOOP va a tener que realizar de sus activos para, de una parte, restituir la liquidez de la EPS la suma de \$318.250 millones; y por la otra, en la medida en que la utilidad de la EPS no alcanza para el pago y servicio de la deuda, que entre otras la mayor parte de ella se origina en el pasivo que el FOSYGA se ha negado a pagar a la EPS por recobros de tutela y de CTC, SALUDCOOP deberá vender parte de sus activos para apalancar el servicio de la deuda. La suma de dinero deberá ser liquidada con sus respectivos intereses que para tal efecto determine el Tribunal”.
 - 1.2 “...Desde luego, existen una serie de hechos que rodean estas desbordadas medidas que debe implementar la EPS para su cumplimiento lo cual también genera un daño y perjuicio, como es la liquidación de personal de todas las IPS que se verá obligada a vender, el menor precio o costo de oportunidad en la venta de las IPSs, en

razón a que esta venta forzosamente debería realizarse no con los precios de mercado sino con valores más bajos para que se puedan realizar; así como los sobrecostos que le implicará el tener que contratar con otras IPS la atención, servicios y procedimientos médicos a sus afiliados, que tal como se le ha demostrado en innumerables oportunidades a las autoridades competentes, entre ellas al Ministerio de la Protección Social, dichos servicios son sustancialmente más bajos si se prestan en la red propia que en la red de terceros...." (resaltados y subrayados fuera del texto original)

2 Que el Comité de Conciliación de la Superintendencia, la Oficina Jurídica de la misma y profesionales del derecho consultados, han conceptuado, luego de estudiar la citadas Resoluciones 296 y 983 de 2010, que presentan vicios que las hacen abiertamente ilegales y contrarias a derecho, tanto de forma como de fondo. Conceptos que han sido estudiados y avalados por la Procuraduría General de la Nación, mediante concepto del 9 de febrero de 2011 y presentados con sus soportes ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca. La misma Contraloría General de la Nación, en ocasiones anteriores, advirtió que existían ilegalidades en las Resoluciones que podían llevar a la Superintendencia Nacional de Salud a demandas que ocasionarían detrimento patrimonial al Estado, y se expresó en contra de los análisis, los considerandos y las decisiones que se adoptaron con las Resoluciones 296 y 983 de 2010.

3 Que la Conciliación entre la Superintendencia Nacional de Salud y Saludcoop EPS OC, con motivo de las Resoluciones 296 y 983 de 2010, no genera riesgo para el erario público, en vista de los siguientes hechos:

3.1 No se están conciliando recursos parafiscales, se está conciliando que la Nación a través de la Superintendencia Nacional de Salud, no deba pagar perjuicios por unas actuaciones que presentan ilegalidades y que de ser demandadas ante el Contencioso Administrativo muy seguramente terminarían en condena contra la Entidad, deteriorando el patrimonio público, en sumas que el Estado difícilmente podrá recuperar en acciones de repetición.

La Superintendencia Nacional de Salud, dejó en claro dentro de la conciliación, que de ser el caso, abrirá las investigaciones a que haya lugar, es decir, con relación al caso, no renuncia a ejercer las funciones de Inspección, Vigilancia y Control.

3.2 Las Resoluciones 296 y 983 de 2010 se sustentan en una infracción contra la disponibilidad inmediata de recursos que debe ofrecerle la Entidad Promotora de Salud SALUDCOOP, a las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud adscritas a su red para prestación de servicios, pero no determinan que hubo sustracción, hurto o apropiación indebida de los mismos. Es decir, no se afirmó la ocurrencia de un delito (hurto, peculado, abuso de confianza, etc.), por parte de Saludcoop EPS OC o de los cooperados, sino que se invocó una práctica ilegal o prohibida **de carácter administrativo**, que en la tesis de dichas Resoluciones vulnera la Circular 49 de 2007 de la Superintendencia Nacional de Salud, y en particular infringe la liquidez ó disponibilidad y por tanto se le obliga a restituirla. Es por eso que las Resoluciones 296 y 983 de 2010 no exigen la devolución de los recursos compensados en el marco de las normas al erario público, con intereses, y tampoco se solicita la judicialización de responsables.

3.3. Las Resoluciones 296 y 983 de 2010 no establecieron la devolución de recursos compensados por valor de \$318.000 millones, al erario público, al sistema de salud, al Fosyga o al gobierno. Con ellas se ordenó una transformación de activos de Saludcoop EPS OC, de fijos a corrientes, dejando la titularidad, propiedad y dominio de los mismos a nombre de esa misma entidad. **Esta operación tiene un efecto de sumatoria cero en el valor de los activos del sistema de seguridad social y los recursos del erario público**.

3.4. Dada la condición de ilegalidad de las determinaciones de la Superintendencia Nacional de Salud contra Saludcoop EPS OC en las Resoluciones 296 y 983 de 2010, conceptuada por la Oficina Jurídica, el Comité de Conciliación, asesores externos y el señor Procurador Sexto Delegado II ante lo administrativo, en aspectos de forma y de fondo, los citados actos no tienen vocación de proteger los recursos del erario público, y por el contrario los pone en riesgo.

Además de los argumentos expuestos, algunos de los periodos escrutados en el año 2009 no podían ser investigados y sancionados debido a las caducidades de que estaban afectados, a título de ejemplo, podemos citar los años 2004 y 2005.

La interpretación que se hace en las Resoluciones 296 y 983 de 2010, de la prohibición de la inversión de la Unidad de Pago por Capitación UPC en infraestructura, es restringida y no consulta los fines de la Constitución Política, porque desconoce que la inversión en

infraestructura destinada a la prestación de los servicios de salud cumple con la finalidad Estatal de destinación de los recursos, siempre y cuando se cumplan las condiciones para hacerlo, esto es: en el periodo comprendido de mayo de 1998 a marzo de 2007 cumplir con el margen de solvencia y los porcentajes de inversión establecidos por los Decretos reglamentarios y después de marzo de 2007 hasta el 18 de enero de 2011, además de las anteriores, respetar el patrimonio técnico. La ley 57 de 1887 establece que los funcionarios públicos deben buscar el verdadero sentido de las normas, en el artículo 26 dice:

"ARTICULO 26. INTERPRETACIÓN DOCTRINAL>. Los jueces y los funcionarios públicos, en la aplicación de las leyes a los casos particulares y en los negocios administrativos, las interpretan por vía de doctrina, en busca de su verdadero sentido, así como los particulares emplean su propio criterio para acomodar las determinaciones generales de la ley a sus hechos e intereses peculiares.

Las reglas que se fijan en los artículos siguientes deben servir para la interpretación por vía de doctrina." (resaltado fuera del texto)

En el periodo 2004-2008, objeto de la visita de inspección a Saludcoop EPS OC por parte del Gobierno Nacional y de la Superintendencia Nacional de Salud, si se permitía con recursos de la Unidad de Pago por Capitación, la construcción o compra de inmuebles para la prestación de los servicios de salud a los afiliados en redes propias de las Entidades Promotoras de Salud EPSs y la liquidez se valoraba mediante el cálculo y rendición trimestral del "margen de Solvencia". La interpretación restrictiva e inarmónica y no de contexto de las Circulares 26 y 49 de la Superintendencia Nacional de Salud, se torna ilegal por no consultar con la interpretación finalística de la norma, una vez que estaban vigentes Decretos y Leyes de superior jerarquía (Ver Ley 100 de 1993, Ley 1122 de 2007 y Decretos 1485 de 1994, 882 de 1998, 574 de 2007, 1698 de 2007, 2353 de 2008, 4789 de 2009)

a las Circulares que si permitían la inversión de los recursos parafiscales en infraestructura que tuviera como finalidad la atención y prestación de servicios de salud, como condición necesaria para garantizar los fines del Sistema General de Seguridad Social y del Estado.

Como la adquisición de infraestructura si puede comprometer el flujo de efectivo, en atención a los compromisos que representa, si puede convertirse en una práctica ilegal e insegura que le impida a una determinada EPS atender otras obligaciones. No obstante, el Sistema General de Seguridad Social en Salud siempre se ha previsto y

verificado el margen de solvencia como la medida que da cuenta del adecuado nivel de liquidez y es por eso que para la aplicación de la Circular 49, no se puede omitir la valoración del margen de solvencia en los mismos periodos, requisitos claramente definidos en los Decretos reglamentarios.

Las citadas Circulares deben interpretarse en contexto con el cumplimiento de los fines del Estado, a través particulares que organizan la prestación de los servicios públicos de Salud y de Seguridad Social, buscando la eficiencia de los mismos, la cual obedece a la libertad de configuración del legislativo, que se encuentra en armonía con la Constitución Política que permite la prestación de estos servicios a través de particulares. La ley 57 de 1887, establece en su artículo 30 que la interpretación de las normas se debe hacer de manera que entre ellas exista debida correspondencia, veamos:

" ARTICULO 30. <INTERPRETACION POR CONTEXTO>. El contexto de la ley servirá para ilustrar el sentido de cada una de sus partes, de manera que haya entre todas ellas la debida correspondencia y armonía.

Los pasajes oscuros de una ley pueden ser ilustrados por medio de otras leyes, particularmente si versan sobre el mismo asunto. " (resaltado fuera del texto original).

- 3.4 La Ley 1438 de 2011, vigente con anterioridad a la suspensión de los efectos de las Resoluciones 296 y 983 de 2010, en su artículo 23 prohíbe de manera categórica y taxativa la inversión de los recursos destinados para la atención en salud, en bienes cuyo objeto sea la adquisición de activos fijos, por lo tanto la suspensión o derogatoria de las Resoluciones 296 y 983 de 2010 no habilitan de ninguna manera a Saludcoop EPS OC, para consumir los recursos destinados a la prestación de servicios de salud, haciendo compra de activos fijos.

En otras palabras, los numerales a), b), c) y d) del artículo 1 de la parte resolutive de la Resolución 296 de 2010, quedan afectados con la expedición de la citada ley.

4 Que la Contraloría General de la República se ha pronunciado formalmente sobre la Resoluciones 296 y 983 de 2010 de la Superintendencia Nacional de Salud en varias ocasiones y de manera contradictoria. Así puede verse cuando se comparan los conceptos vertidos por esa entidad en los documentos relacionados con radicados 2011EE1978 fechada 23 de marzo de 2011, 2009IE47706 fechada 2 de octubre de 2009, 2009IE44980 del 18 de septiembre de 2009, 2009EE71372 fechado 16 de diciembre de 2009 por medio del cual pone en conocimiento de la Superintendencia Delegada y 2010EE54311

del seis de agosto de 2010.

- 5 En la fecha en que esta administración inició el análisis de las Resoluciones 296 y 983 de 2010, ya no era procedente decretar la nulidad, ni proceder a la revocatoria directa de las Resoluciones. La Superintendencia Nacional de Salud ya había sido notificada por la Procuraduría General de la Nación, a través del Procurador Sexto Judicial Delegado ante lo administrativo, de la solicitud de conciliación incoada por la Entidad Promotora de Salud Saludcoop, quien no había desistido de la misma.

Cualquiera que fuera el escenario, bien decretar la nulidad que afectaba el proceso o proceder a la revocatoria de las Resoluciones 296 y 983 de 2010, constituiría una maniobra fraudulenta por parte de la Superintendencia Nacional de Salud, para que el Procurador judicial VI Delegado en lo administrativo se pronunciara como si las Resoluciones 296 y 983 de 2010 nunca hubieran estado afectadas de vicios de ilegalidad o no hubieran existido y, no tuviera motivos para dar traslado de las posibles irregularidades cometidas por funcionarios públicos y los reclamantes de justicia, no tuvieran motivos para el agotamiento del requisito de procedibilidad de conciliación. De haber actuado así la Superintendencia Nacional de Salud podía incluso incurrir en violación de tipos penales. El Código Penal contempla el tipo penal de fraude procesal como:

“ARTICULO 453. FRAUDE PROCESAL. Artículo modificado por el artículo 11 de la Ley 890 de 2004. El nuevo texto es el siguiente **El que por cualquier medio fraudulento induzca en error a un servidor público para obtener sentencia, resolución o acto administrativo contrario a la ley,** incurrirá en prisión de seis (6) a doce (12) años, multa de doscientos (200) a mil (1.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de cinco (5) a ocho (8) años” (Resaltado fuera del texto original).

No obstante, la razón anterior, si la Superintendencia Nacional de Salud hubiera procedido a revocar las resoluciones a motu proprio, estaba reconociendo implícita y explícitamente su equivocación y dejaría en libertad a SALUDCOOP EPS OC, para demandar a la entidad por los daños ocasionados con la actuación revocada.

En aras de la prudencia, y para evitar equivocaciones, se consideró como la vía más segura por efectos del control de legalidad y

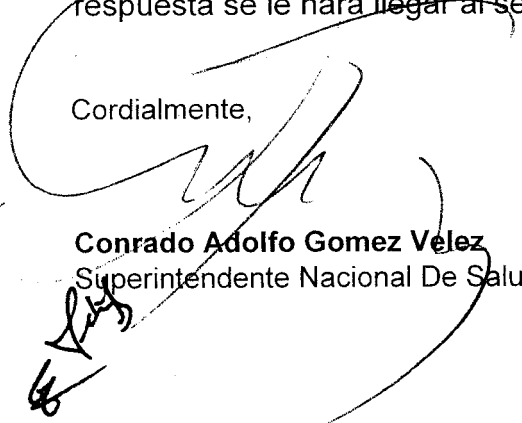
colaboración armónica entre las ramas, pero también del ejercicio del control de poderes, era la de conciliar, pues la decisión no solamente sería revisada por el Comité, sino por los señores Procurador Delegado y el Juez natural de las acciones de nulidad y restablecimiento del Derecho, que en este caso es, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

- 6 El control de advertencia de su Despacho es extemporáneo. La diligencia de conciliación se llevó a cabo el día 4 de febrero de 2011; el control de advertencia es del 23 de marzo de 2011, situación que nos coloca en imposibilidad de dar cumplimiento a su orden. La Superintendencia Nacional de Salud no puede desistir de la conciliación porque no fue la convocante. El convocante para demandar fue la empresa Saludcoop EPS OC, en consecuencia solamente ellos son los legitimados para desistir de su solicitud de conciliación. La Superintendencia Nacional de Salud, está en imposibilidad fáctica y jurídica de terminar el proceso de conciliación en curso, por no haber tenido la iniciativa de conciliar.

La legalidad de las Resoluciones, en esta etapa no la decide la Superintendencia Nacional de Salud, la decide el Tribunal Administrativo de Cundinamarca. En atención a que el procedimiento de la conciliación prejudicial se encuentra normado por la Ley 1285 de 2009 y el Decreto 1716 de 2009, después de llevada a cabo la audiencia de conciliación de las partes, el señor Procurador la envió al Tribunal Administrativo de Cundinamarca, conforme lo establece el numeral 5 del artículo 9 del citado Decreto²

Le informo que daré traslado de su control de advertencia al Tribunal Administrativo de Cundinamarca, acompañado de esta respuesta para que ese Tribunal, que es el competente en este momento, tenga toda la ilustración y discusión sobre los puntos aquí emitidos. Copia de esta respuesta se le hará llegar al señor Ministro de la protección Social.

Cordialmente,


Conrado Adolfo Gomez Velez
Superintendente Nacional De Salud

Elaboró: LAURA TERESA ZAPATA JIMÉNEZ 29/03/2011
Proyectó: William Javier Vega Vargas/SUPERSALUD/CO
Revisó: MARLEN OTALORA FALLA con comentario: ok
Trámite SALIDA
Responsable MARLEN OTALORA FALLA
Copia externa: Tribunal Administrativo de Cundinamarca Sección Primera
Dr. Mauricio Santamaria, Ministro de la Protección Social
No. Anexos:
No. Folios:
Fecha Radicación: 29/03/2011
Número guía:
Fecha guía: