

OFICIO 220-059685 DEL 05 DE JUNIO DE 2019

REF: LAS SOCIEDADES CONSTITUIDAS COMO E.P.S. e I.P.S. ESTAN EXCLUIDAS DEL REGIMEN DE INSOLVENCIA.

Acuso recibo del escrito citado en la referencia, con el cual presenta consulta solicitando lo siguiente:

“(…) De acuerdo con lo establecido en el artículo 16, numeral 2 de la Ley 1116 de 2006, relacionado en el acápite anterior, respetuosamente solicito a la Superintendencia de Sociedades indicar si a solicitud de la Superintendencia Nacional de Salud, esta Entidad podría decretar de oficio el inicio de un proceso de reorganización empresarial a favor de una Institución Prestadora de Servicios de Salud -IPS cuando la misma cumpla con lo previsto por la Ley 1116 de 2006 para tal efecto.”

Así mismo debe advertirse y reiterarse que la competencia de esta Entidad es eminentemente reglada y sus atribuciones se hayan enmarcadas en los términos del numeral 24 del artículo 189, en concordancia con los artículos 82, 83, 84, 85 y 86 de la Ley 222 de 1995, y Decreto 1023 de 2012.

En efecto, al tenor de lo dispuesto en el numeral 2 del artículo 11 del Decreto 1023 de 2012, es función de la Oficina Jurídica de esta Entidad absolver las consultas formuladas por los organismos públicos y privados, así como por los usuarios y particulares sobre las materias y funciones a su cargo y no de otras entidades del Estado, en esa medida emite un concepto u opinión de carácter general que como tal no es vinculante ni compromete su responsabilidad.

Bajo esa premisa jurídica, esta Entidad procederá a resolver la consulta así:

Son contundentes los argumentos expuestos por esta Oficina en Oficio 220-026366 del 1 de abril de 2019, por los cuales consideró que las E.P.S., y las I.P.S., no pueden acceder al régimen de insolvencia previsto en la Ley 1116 de 2006, ni por solicitud de interesado ni por solicitud de la Superintendencia Nacional de Salud, dada no sólo la exclusión expresa legalmente prevista, por sino también por la categórica asignación Constitucional de funciones que tiene que desarrollar dicha Superintendencia respecto de las **sociedades sujetas a su supervisión**, en torno a la protección de los derechos fundamentales inmersos en el sistema general de seguridad social en salud ambos bajo la tutela de esa esa entidad de supervisión.



SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES Los apartes más importantes de la citada consulta son:

“(…) i) Constitución de sociedades como Empresas Promotoras de Salud e Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud

Forman parte del sistema general de seguridad social en salud: las entidades promotoras de salud en adelante "EPS", como las instituciones prestadoras de servicios de salud, en adelante "IPS" tanto públicas, mixtas como privadas, de conformidad con el artículo 155 de la Ley 100 de 1993.

El vehículo para funcionar en cualquiera de las dos modalidades bien sea como encargada de afiliar a los usuarios y administrar los servicios (EPS) o encargada de la prestación del servicio (IPS), puede ser un tipo societario de los previstos en el Código de Comercio, que amén de los requisitos de constitución exigidos para cada uno de los tipos societarios, y de los requisitos de publicidad o registro ampliamente conocidos, tiene que contemplar dentro de sus estatutos, la posibilidad de desarrollar la empresa consistente en la prestación de los servicios, relacionados con el sistema general de seguridad social en salud.

Sobre este punto, cabe anotar que el objeto de la sociedad es la realización de la empresa o actividad económica que los asociados se proponen acometer (arts. 98 y 25 del Código de Comercio). Al respecto, la doctrina ha establecido que: "(...) desde luego para que la sociedad exista no se requiere del ejercicio efectivo e inmediato de la actividad de explotación económica prevista en el objeto social. Basta, simplemente, con que la sociedad pueda desarrollarla de manera potencial. Por ello las sociedades en etapa pre operativa tienen innegable vigencia y reconocimiento legal".

Ahora bien, dada la importancia del servicio público esencial de salud, el legislador ha establecido que -adicionalmente a los requisitos generales de constitución y publicidad de cualquier sociedad-, estas sociedades cuenten con la autorización o habilitación impartida por la Superintendencia Nacional de Salud. Esta habilitación o autorización para prestar servicios de salud es un requisito fundamental y declarativo, completamente ajeno a esta Superintendencia.

“(…) ii) Integralidad de la función de Vigilancia de la EPS, como de las IPS por parte de la Superintendencia Nacional de Salud

El ejercicio de las facultades de inspección, vigilancia y control, que ejerce la Superintendencia Nacional de Salud, sobre las EPS y las IPS se realiza de manera integral como desarrollo del precepto constitucional (Art. 48), como legal (Art. 121 de la Ley 1438 de 2011), el segundo de los cuales no permite ni siquiera ejercer competencia residual de que trata el artículo 228 de la Ley 222 de 1995 a la Superintendencia de Sociedades.

En efecto, el artículo 121 de la Ley 1438 de 2011, establece:



SUPERINTENDENCIA
DE SOCIEDADES

*Artículo 121. Sujetos de inspección, vigilancia y control de la Superintendencia Nacional de Salud. Serán sujetos de inspección, vigilancia y control **integral** de la Superintendencia Nacional de Salud:*

"121.1 Las Entidades Promotoras de Salud del Régimen Contributivo y Subsidiado, las Empresas Solidarias, las Asociaciones Mutuales en sus actividades de Salud, las Cajas de Compensación Familiar en sus actividades de salud, las actividades de salud que realizan las aseguradoras, las Entidades que administren planes adicionales de salud, las entidades obligadas a compensar, las entidades adaptadas de Salud, las administradoras de riesgos profesionales en sus actividades de salud. Las entidades pertenecientes al régimen de excepción de salud y las universidades en sus actividades de salud, sin perjuicio de las competencias de la Superintendencia de Subsidio Familiar.

"(...)121.3 Los prestadores de servicios de salud públicos, privados o mixtos."
(Negrilla y subrayado fuera del texto).

Es decir, que a la Superintendencia Nacional de Salud le corresponde desplegar todas sus atribuciones legales, respecto de las EPS e IPS desde el momento de la constitución, autorización de funcionamiento o habilitación, su revocatoria, el desarrollo de las mismas y el manejo de su intervención para administrar o para liquidar.

*La competencia **integral** de supervisión, que ejerce la Superintendencia Nacional de Salud, sobre estas entidades comprende una actuación tanto ex ante (desde su autorización), como ex post (en el caso de liquidaciones voluntarias sobre los derechos de los afiliados y los recursos del sector salud), como también de orden interno, denominada competencia subjetiva, (sujetos, órganos sociales, estatutos, reformas estatutarias, modificación de su naturaleza jurídica, escisiones, fusiones) como respecto de la actividad que desarrollan, denominada también supervisión objetiva."*

"(...) De esta forma, es claro que las sociedades constituidas con el objeto de ser EPS e IPS, tienen un régimen legal especial, en razón de los servicios que pretenden prestar, prestan o han prestado, situación que la aparta del régimen general de las sociedades comerciales supervisadas —desde el punto de vista subjetivo- por esta Entidad. Como se indicó, razones como el origen de los recursos que pretenden manejar, manejan o han manejado, la especialidad de los servicios de salud y la íntima relación de su objeto social con la prestación de un servicio público esencial, el cual además es un derecho fundamental de tanta trascendencia para el país, junto con la obligación de garantizar la adecuada prestación de los servicios de salud a los afiliados y la protección y el manejo de los recursos del sector salud, justifica que la supervisión haya sido definida por el legislador como una función que se debe ejercer de forma integral en cabeza de la autoridad de vigilancia, especializada en tales actividades.



SUPERINTENDENCIA
DE SOCIEDADES

"(...) En el Concepto 43811 de 2012, proferido por esa entidad de supervisión integral, se expone y precisan los presupuestos de competencia, constitucional y legal para abordar dichas medidas de intervención forzosa administrativa en cualquiera de las dos **modalidades**, así:

"(...) El objetivo de la función de vigilancia y control busca asegurar la prestación oportuna, permanente y eficiente con calidad e integralidad del servicio de seguridad social en salud; 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 integrantes del sector salud; la eficiencia en la aplicación y utilización de los recursos con destino a la prestación de los servicios de salud, el oportuno y adecuado recaudo, giro, transferencia, liquidación cobro y utilización de los mismos; la cabal, oportuna y eficiente explotación de los arbitrios rentísticos que se obtengan de los monopolios de loterías."

(...) Sobre el particular, en orden a la función de inspección, vigilancia y control, la potestad de intervención del Estado se ve plasmada en el poder de intervención forzosa administrativa, conforme al régimen legal previsto que regula la materia, aplicable a los procesos de intervención forzosa administrativa para administrar y para liquidar las entidades del Sistema General de Seguridad Social en Salud, asignadas a la Superintendencia Nacional de Salud, en ejercicio de sus atribuciones legales y reglamentarias que le confieren:

"(...) Para la Intervención Forzosa Administrativa para Administrar, los parágrafos 1 y 2 del artículo 230 y el parágrafo 21 del artículo 233 de la Ley 100 de 1993, los artículos 20, 21, 22 y 24 de la Ley 510 de 1999, el numeral 42.8 del artículo 42, los incisos 1 y 5 del artículo 68 de la Ley 715 de 2001, los artículos 32, 33 y 34 de la Ley 795 de 2003, los artículos 35, 36, el artículo 37, el artículo 39, los literales a, c, d, e, f, h y j del artículo 40 de la Ley 1122 de 2007, el artículo 124 de la Ley 1438 de 2011, los artículos 114 y 115 del Decreto Ley 663 de 1993, el Decreto 1922 de 1994, el Decreto 788 de 1998, el artículo 4 del Decreto 783 de 2000 el artículo 1 del Decreto 1015 de 2002, el inciso 10 del artículo 6 del Decreto 506 de 2004, y en especial con el artículo 1, los numerales 1, 2, 3, 4, 5, 6, del artículo 3, los numerales 1, 6 y 8 del inciso 1 y el parágrafo del artículo 4, el artículo 5, los numerales 1, 3, 4, 5, 8, 12, 13, 14, 19, 22, 23, 24, 25, 26, 28, 30, 34, 38 y 40 del artículo 6, numerales 3, 7, 8, 9, 13, 22, 23, 25, y 42 del artículo 8 del Decreto 1018 de 2007, y los artículos 9.1.1.1.1. al 9.1.2.1.3. del Decreto 2555 de 2010.

"(...) Para la Intervención Forzosa Administrativa para Liquidar, los parágrafos 1 y 2 del artículo 230 y el parágrafo 20 del artículo 233 de la Ley 100 de 1993, el artículo 23, 25, 26 y 27 de la Ley 510 de 1999, el numeral 42.8 del artículo 42, los incisos 1 y 5 del artículo 68 de la Ley 715 de 2001, los artículos 35, 36, los numerales 1 y 5 del artículo 37, literales a, b, c, fy g del artículo 39, y los literales a, c, d, e, f y j del artículo 40 de la Ley 1122 de 2007, el artículo 124 de la Ley 1438 de 2011, los artículos 116 y 117 del Decreto Ley 663 de 1993, el Decreto 1922 de 1994, el Decreto 788 de 1998, el artículo 4 del Decreto 783 de 2000, el artículo 1 del Decreto 1015 de 2002, el inciso 10 del artículo 6 del Decreto 506 de



SUPERINTENDENCIA
DE SOCIEDADES

2004 y en especial con el artículo 1, los numerales 1, 2, 4 y 8 del artículo 3, los numerales 1, 6 y 8 y el párrafo del artículo 4, el artículo 5, los numerales 1, 3, 4, 5, 8, 14, 15, 22, 23, 24, 25, 26, 30, 34, 38, 39, 40 y 45 del artículo 6, los numerales 1, 3, 7, 8, 9, 13, 22, 23, 24, 25, y 42 del artículo 8 del Decreto 1018 de 2007, y los artículos 9.1.1.1.1. al 9.1.1.3.3. y del 9.1.3.1.1. al 9.1.3.10.4. del Decreto 2555 de 2010."

De lo anteriormente expuesto, se deduce que una de las consecuencias de la revocatoria o suspensión de la habilitación, se refiere a la posibilidad de la intervención por parte del supervisor de salud para tomar posesión y ordenar la liquidación de la respectiva sociedad. Estas medidas, en ningún caso ha dispuesto el legislador que tengan relación alguna con un cambio de competencia respecto a las facultades de supervisión y liquidación, sino que por el contrario guardan consecuente desarrollo de la competencia integral en cabeza de la Superintendencia Nacional de Salud."

"(...) iv) Exclusión de las EPS, y de las IPS del régimen de insolvencia Ley 1116 de 2006

Debido a su naturaleza, en atención a los recursos que manejan y los servicios que prestan, las entidades integrantes del sistema general de salud, se encuentran sometidas a una regulación que las separa del régimen general de sociedades comerciales. De forma especial, estas sociedades cuentan con un régimen de autorización (requieren un permiso para poder funcionar como EPS o IPS), de funcionamiento (el desarrollo de su actividad tiene unas disposiciones especiales que le son aplicables) y de supervisión (se encuentra expresamente asignada a la Superintendencia Nacional de Salud).

Adicionalmente, tanto el constituyente como el legislador, han sido categóricos en señalar la existencia de una destinación específica de los recursos propios del sistema de seguridad social, al indicar que: "(...) no se podrán destinar ni utilizar los recursos de las instituciones de la Seguridad Social para fines diferentes a ella (...)".

En concordancia con lo anterior, el régimen general de insolvencia, de forma expresa, excluyó dentro de los sujetos a los que les resulta aplicable las disposiciones de la Ley 1116 de 2006, a las siguientes:

El numeral 1° del artículo 3° de la Ley 1116 de 2006, prescribe:

"(...) Artículo 3. Personas excluidas. No están sujetas al régimen de insolvencia previsto en la presente ley:

1. Las Entidades Promotoras de Salud, las Administradoras del Régimen Subsidiado del Sistema General de Seguridad Social en Salud y las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud.



SUPERINTENDENCIA
DE SOCIEDADES

"(...) 9. Las demás personas jurídicas que estén sujetas a un régimen especial de recuperación de negocios, liquidación o intervención administrativa para administrar o liquidar."

La exclusión en comento, es corroborada por la Superintendencia Nacional de Salud, conforme a lo expuesto en el Concepto 40308 de 2014, en el que ratifica:

"(...) Por otra parte, el numeral 1 del artículo 3 de la Ley 1116 de 2006, expresamente excluyó de la aplicación del régimen de insolvencia previsto en dicha ley, entre otras, a las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud, al señalarlo siguiente: (...)"

"(...) De este modo, a las IPS no les está permitido acogerse a procesos de insolvencia o de reorganización en el marco de la ley 1116 de 2006. Al respecto la Superintendencia de Sociedades, mediante concepto 220-078877 de julio 01 de 2011 señaló que: "Del estudio de las normas transcritas, se desprende que el legislador excluyó expresamente del ámbito de aplicación del régimen de insolvencia, entre otras, a las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud, por lo tanto, las mismas no pueden acceder al mismo."

"(...) Ahora bien, en lo que respecta a las normas sobre liquidación de las IPS, la Circular Única expedida por la Superintendencia Nacional de Salud contempla, dentro del régimen de medidas especiales de las entidades sujetas a vigilancia, la Intervención forzosa administrativa para administrar, la intervención forzosa administrativa para liquidar, la intervención técnica administrativa y las liquidaciones voluntarias (supresión y liquidación) - Título IX-, cuyos procedimientos se encuentran desarrollados en dicha circular."

Conforme a la exclusión legal prevista, es claro que esta Superintendencia carece de competencia para el manejo y garantía de derechos relacionados con cualquier proceso de insolvencia (reorganización o liquidación), como para la recuperación de las entidades que integran el Sistema General de Seguridad Social en Salud, ya que estas cuentan con un régimen especial para ese efecto.

Las razones por las cuales ese tipo de sociedades no pueden acceder al régimen general de insolvencia, se deben al: "(...) interés público altamente calificado que exige que en caso de insolvencia de las referidas empresas, se adopten medidas ejecutivas y no judiciales, máxime si se tiene en cuenta que los recursos de la salud no pueden ser usados, por ejemplo, para cumplir acuerdos de pago con sus acreedores, pues de no ser así, ello contravendría claramente el artículo 48 de la Carta Política (...)".

Ciertamente, después del análisis minucioso del contexto normativo de constitución, recuperación y liquidación de las sociedades constituidas como E.P.S., e I.P.S., a tono con argumentos expuestos por esta Oficina en el Oficio



SUPERINTENDENCIA
DE SOCIEDADES

220-026366 del 1 de abril de 2019, arriba indicado, se llegó a la siguiente conclusión perentoria:

“(...) Conforme a lo anterior, en opinión de este Despacho, por un lado, no resulta posible adelantar un proceso de liquidación de una EPS o IPS, ni por solicitud del interesado ni por solicitud de la Superintendencia Nacional de Salud, sin considerar asuntos de relevancia tales como, la existencia de: afiliados, trámites de supervisión en curso, si manejan o han manejado recursos provenientes del sistema de seguridad social en salud, la inclusión en su objeto social de actividades de prestación de servicios de salud, entre otros aspectos determinantes, pues de presentarse ellos en cada caso, los mismos serían definitivos para la definición de la competencia, para adelantar un trámite de liquidación bajo las reglas especiales o generales señaladas por el legislador y, por el otro, que el caso de la Clínica de Risaralda, decisión del año 2014 de la que se aparta este Despacho y que, sin perjuicio de las particularidades del caso, no reúne las características para ser considerada un precedente jurisprudencial.
(Subraya fuera de texto).

En los anteriores términos su solicitud ha sido atendida en el plazo y con los efectos descritos en el artículo 28 de la Ley 1755 de 2015, que sustituyó el Título II, Derecho de Petición del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso, no sin antes señalar que puede consultarse en la P.Web de la Entidad, la normatividad, los conceptos jurídicos alusivos con el tema u otro cualquiera de su interés.