

PROCURADURÍA SEXTA JUDICIAL II ADMINISTRATIVA

Señores

MAGISTRADOS

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA

SECCIÓN PRIMERA

Honorables Magistrados

E. S. D.



REF.: CONCILIACIÓN PREJUDICIAL ADMINISTRATIVA – ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD ORGANISMO COOPERATIVO “SALUDCOOP” Y NACION SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD.

Respetados Magistrados:

En mi condición de Agente del Ministerio Público dentro de la conciliación prejudicial administrativa de la referencia, me permito someter a los Honorables Magistrados las siguientes consideraciones sobre el acuerdo conciliatorio prejudicial presentado por las partes, así:

I. HECHOS RELEVANTES QUE ANTECEDIERON EL ACUERDO. ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD ORGANISMO COOPERATIVO “SALUDCOOP” Y NACION SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD.

1. **SALUDCOOP** es una persona jurídica de la naturaleza de las cooperativas, constituida en el año 1994 y funcionando como EPS a partir del mismo año, de acuerdo con el certificado de funcionamiento que para esa época expidió la Superintendencia Nacional de Salud.

2. **SALUDCOOP**, en el año 2008 recibió una visita por parte de funcionarios de la Superintendencia Nacional de Salud, visita en la cual se inspeccionó a la EPS en relación con sus inversiones permanentes, su procedencia y el análisis de la fuente de recursos utilizadas para las mismas. Esta visita fue ordenada mediante Auto No. 2376 del 4 de julio de 2008.

3. Mediante Oficio No. 0400-2-000480978 del 18 de junio de 2009 la Superintendencia Nacional de Salud dio traslado a **SALUDCOOP** del Informe Preliminar resultado de la visita inspectiva ordenada mediante Auto No. 2741 del 20 de marzo de 2009.

4. Encontrándose dentro del término indicado para tal efecto, el 7 de julio de 2009, **SALUDCOOP** dio respuesta o realizó las observaciones conducentes al Informe Preliminar. Advirtió sobre la gravedad de las imputaciones, dio respuesta a los aspectos tratados y analizados el informe preliminar; e igualmente se advirtió de la violación al debido proceso, al de contradicción y de defensa que se configuraba con el Informe Preliminar y sus conclusiones, de acuerdo al puntote vista de la EPS.

Con fundamento en las facultades legales, **SALUDCOOP** en dicho escrito procedió a aportar pruebas y a solicitar otras cuya pertinencia estaban dirigidas, en su entender, a demostrar, en qué se había gastado la UPC durante los años 2004 a 2008; para ello se solicitó una inspección ocular y documentaria a la contabilidad de la EPS, pues con esta prueba, según su criterio, de manera certera se podía determinar el destino de la UPC.

5. Mediante Auto 08021 del 3 de agosto de 2009, la Superintendencia resolvió la solicitud de pruebas negando la práctica de la prueba solicitada y limitando la inspección ocular y documentaria, a una prueba de auditoría sin que se decretara su práctica en la forma como se había solicitado.

Contra el citado auto interpuso recurso de reposición insistiendo para que se decretara y practicara la prueba tal como había sido solicitada e igualmente manifestando que con la prueba de oficio decretada por la Superintendencia no podía comprobarse a ciencia cierta en qué se había invertido la UPC. El órgano de control resolvió el anterior recurso, confirmando su posición. Nuevamente durante

el Acta de Inspección se insistió en que la práctica de la prueba cómo fue decretada no daba absoluta certeza del destino que se le había dado a la UPC; en igual sentido se procedió cuando se corrió traslado del informe de la visita de inspección.

6. La Superintendencia Nacional de Salud, se reitera, el 11 de diciembre de 2009, remite el Informe Final de Visita Inspectiva Auto 2741 de 2009,

7. La Superintendencia Nacional de Salud procedió a proferir la Resolución No. 00296 del 11 de febrero de 2010, suscrito por el Superintendente doctor Mario Mejía Cardona, ordenando a SALUDCOOP a restituir a la liquidez de la EPS la suma de \$318.250 millones de pesos; atender con sus propios recursos los pagos amortizaciones, intereses y demás costos por la financiación externa por valor de \$308.958. Así mismo ordenó a la EPS que se abstuviera de consumir la 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 parafiscales provenientes de sus usuarios, para ser utilizados en infraestructura, inversiones etc. Para el cumplimiento de la restitución a la liquidez de la EPS otorgó un plazo de 8 meses, y para las otras medidas indicó que eran de cumplimiento inmediato. Por último manifestó que el desconocimiento de esas medidas implicaría la intervención de la EPS.

8. Contra la citada Resolución se procedió a interponer recurso de reposición con el propósito de que se revocara la totalidad de la Resolución.

9. La Superintendencia Nacional de Salud, mediante Resolución 983 del 21 de junio de 2010 la cual fue notificada personalmente el 7 de julio de 2010, resolvió el recurso de reposición confirmando el acto administrativo impugnado salvo en la prolongación del plazo para la restitución de la liquidez el cual fue modificado de 8 meses a dos años.

10. Contra la citada Resolución fue presentado escrito de solicitud de aclaración el día 14 de julio de 2010. La Superintendencia Nacional de Salud, mediante oficio No. 2-2010-073179 del 5 de agosto del año en curso procedió a negar la solicitud y el derecho de aclaración presentado.

11. El día 05 de noviembre del 2010 Saludcoop presentó solicitud de Conciliación prejudicial que correspondió tramitarla a suscrito Procurador Sexto Judicial II Administrativo.

12. Esta Procuraduría admitió y fijo para el día seis (6) de Diciembre del 2010 a las 9 AM Audiencia de Conciliación Prejudicial. En atención a oficios radicados por las partes, el despacho procedió a fijar nueva fecha para el día veintiséis (26) de Enero del 2011 a las 9 A.m.; como consta en auto de aplazamiento de fecha dos (2) de diciembre de 2010. En audiencia de fecha 26 de Enero de 2011 las partes de común acuerdo determinaron postergar la diligencia de Conciliación para el día dos (2) de febrero a las 9 AM como obra en acta de aplazamiento que se anexa al presente concepto.

En audiencia celebrada el dos (2) de febrero de 2011 a las 9 A.m. se suscribe acuerdo conciliatorio como obra en acta No 001-2011 entre LA ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD ORGANISMO COOPERATIVO "SALUDCOOP" Y LA SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD. En la referida acta la Superintendencia Nacional de Salud presenta formula conciliatoria que será descrita mas adelante, la cual fue aceptada por SALUDCOOP EPS en los términos que allí se expresan. Quedando por resolver la fecha de suspensión de las Resoluciones hasta que la autoridad judicial se pronunciara sobre la conciliación, el Despacho procedió a suspender para el viernes 4 de febrero de 2011 a las 9 A.m., fecha en que las partes llegaron a un acuerdo definitivo.

II. CONTROVERSIAS QUE SE CONCILIAN

LA ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD ORGANISMO COOPERATIVO "SALUDCOOP" consignó en el escrito del presente trámite conciliatorio las siguientes pretensiones:

PRIMERA. Como pretensión exclusiva dentro de la etapa de conciliación ante la Procuraduría General de la Nación, la misma consiste en que se acceda por parte de la Superintendencia Nacional de Salud a revocar, de manera integral las Resoluciones Nos. 00296 del 11 de febrero de 2010 y la 00983 del 21 de junio de 2010 por considerarlas abiertamente ilegales; en el evento en que ello sucediera, SALUDCOOP estaría dispuesta a renunciar a todos los perjuicios, gastos y costos

que esta actuación administrativa y la expedición de las Resoluciones le ha causado.

SEGUNDA. En el evento en que no fuera posible llegar a un acuerdo conciliatorio en los términos antes indicados, se procederá a acudir ante la jurisdicción contencioso administrativo en demanda de nulidad y restablecimiento del derecho en el cual se solicitará entre otras, las siguientes pretensiones: 1. Que se declare la nulidad de las Resoluciones Nos. 00296 del 11 de febrero de 2010 y la 00983 del 21 de junio del mismo año, lo anterior con fundamento en las razones de hecho y de derecho que se esgrimirán en la demanda, síntesis de las cuales se expone en este escrito de solicitud de conciliación. 2. Que como consecuencia de la declaración de nulidades antes descrita, se condene a La Nación-Superintendencia Nacional de Salud a pagar los perjuicios de todo orden y de manera integral, tanto materiales (daño emergente y lucro cesante) como morales que se le hubiesen ocasionado y que se demuestren dentro del transcurso del proceso contencioso administrativo y de conformidad con el acápite de Perjuicios de la respectiva demanda. 3. Que la Nación- Superintendencia Nacional de Salud, deberá pagar los gastos y costas del proceso. 4. Que dentro del término de que trata el artículo 176 del Código Contencioso Administrativo y en las condiciones previstas por los artículos 177 y 178 del mismo Código, deberá ejecutarse y cumplirse la sentencia.

III. BASES ECONOMICAS DEL ACUERDO DE CONCILIACION

Para los efectos de la presente solicitud de conciliación se plantea lo siguiente:

1.- La Superintendencia Nacional de Salud revoca las Resoluciones 00296 del 11 de febrero de 2010 **“Por la cual se imparten a la ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD ORGANISMO COOPERATIVO SALUDCOOP EPS OC órdenes para que suspendan prácticas ilegales o no autorizadas y adopten las correspondientes medidas correctivas y de saneamiento”** y 000983 del 21 de junio de 2010 **“por la cual se resuelve el recurso de reposición presentado por la ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD ORGANISMO COOPERATIVO SALUDCOOP EPS OC contra la Resolución 296 de 2010”**.

2.- La Superintendencia Nacional de Salud **NO ESTÁ** renunciando con esta conciliación a ninguna de las potestades que tiene en materia de Inspección Vigilancia y Control, ni a la toma de medidas preventivas o cautelares sobre este caso.

3.- SALUDCOOP EPS OC renuncia a cualquier reclamación de tipo patrimonial, económico, y de responsabilidad frente a la Superintendencia Nacional de Salud y a los funcionarios que estuviesen o estuvieron vinculados a esta, así como a iniciar cualquier tipo de procesos contra el Estado o los funcionarios que hayan intervenido y específicamente a la suma mínima de SEISCIENTOS CINCUENTA MIL MILLONES DE PESOS (\$650.000.000.000), a los daños y perjuicios, apalancamientos de servicios de la deuda, intereses, y demás ítems a que se refiere el escrito de solicitud de conciliación en la página 86, así como a aquellos no relacionados en el citado escrito.

4.- Mientras el Tribunal Administrativo de Cundinamarca decide la aprobación de la presente conciliación, la Superintendencia Nacional de Salud expedirá un acto administrativo que suspenda las resoluciones 00296 del 11 de febrero de 2010 **“Por la cual se imparten a la ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD ORGANISMO COOPERATIVO SALUDCOOP EPS OC órdenes para que suspendan prácticas ilegales o no autorizadas y adopten las correspondientes medidas correctivas y de saneamiento”** y 000983 del 21 de junio de 2010 **“por la cual se resuelve el recurso de reposición presentado por la ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD ORGANISMO COOPERATIVO SALUDCOOP EPS OC contra la Resolución 296 de 2010”**

IV. CONSIDERACIONES DEL MINISTERIO PÚBLICO

A. ASPECTOS GENERALES DE LA CONCILIACION

El ordenamiento jurídico vigente hoy en día establece y promueve desde la misma norma constitucional¹, la conciliación, extrajudicial o judicial, como mecanismo alternativo de solución de controversias.

La conciliación, tal y como se define en el artículo 64 de la Ley 446 de 1998 es *“un mecanismo de resolución de conflictos a través del cual, dos o más personas gestionan por sí mismas la solución de sus diferencias con la ayuda de un tercero neutral y calificado, denominado conciliador”*. Así mismo, de acuerdo con el artículo 65 de la misma ley *“serán conciliables todos los asuntos susceptibles de transacción, desistimiento, y aquéllos que expresamente determina la ley”*.

Por su parte, el artículo 43 de la Ley 640 de 2001 permite dentro de un proceso judicial, la realización de la conciliación en cualquier etapa del proceso, a solicitud de las partes de común acuerdo o mediante citación oficiosa del juez. En efecto, dispone el citado artículo 43: *“Las partes, de común acuerdo, podrán solicitar que se realice audiencia de conciliación en cualquier etapa de los procesos. Con todo, el juez, de oficio, podrá citar a audiencia. (...). Si las partes llegan a un acuerdo el juez lo aprobará, si lo encuentra conforme a la ley, mediante su suscripción en el acta de conciliación.”*(Subrayado fuera de texto). Así las cosas, según lo estipula el Artículo 65 de la Ley 446 de 1998, *“(...) Serán conciliables todos los asuntos susceptibles de transacción, desistimiento y aquellos que expresamente determine la ley.”*

Dentro del anterior contexto, entonces, surge la posibilidad, prevista en los Artículos 70 y 71 de la Ley 446 de 1998, los cuales modifican los Artículos 59 y 60 de la Ley 23 de 1991, respectivamente, de conciliar, total o parcialmente, conflictos de carácter particular y contenido económico de que conozca o pueda conocer la jurisdicción de lo contencioso administrativo a través de las diferentes acciones previstas en el Código Contencioso Administrativo.

¹ Artículo 116. (...) Los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en las condiciones de jurado en las causas criminales, conciliadores o en la de árbitros habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad, en los términos que determine la ley. (Subrayado fuera de texto).

La ley 446 de 1998, en su capítulo 2 incluye las normas aplicables a la conciliación contencioso administrativa permitiendo tal acuerdo en sede judicial a *"las personas jurídicas de derecho público a través de sus representantes legales o por conducto de apoderado, sobre conflictos de carácter particular y de contenido económico de que conozca o pueda conocer la jurisdicción de lo contencioso administrativo a través de las acciones previstas en los artículos 85, 86 y 87 del C. C. Advo."*. Finalmente el Art. 73, advierte que *"La autoridad judicial improbará el acuerdo conciliatorio cuando no se hayan presentado las pruebas necesarias para ello, sea violatorio de la ley o resulte lesivo para el patrimonio público"*.

Así mismo, de acuerdo con el artículo 56º del Decreto 1818 de 1998 se podrán conciliar, total o parcialmente, en las etapas prejudicial o judicial, las personas jurídicas de derecho público sobre conflictos de carácter particular y contenido económico de que conozca o pueda conocer la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo a través de las acciones previstas en los artículos 85, 86 y 87 del Código Contencioso Administrativo.

Esta norma ha sido reproducida por el artículo 2º del Decreto 1716 de 2009, en los siguientes términos:

"ASUNTOS SUSCEPTIBLES DE CONCILIACIÓN EXTRAJUDICIAL EN MATERIA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA. Podrán conciliar, total o parcialmente, las entidades públicas y las personas privadas que desempeñan funciones propias de los distintos órganos del Estado, por conducto de apoderado, sobre los conflictos de carácter particular y contenido económico de los cuales pueda conocer la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo a través de las acciones previstas en los artículos 85, 86 y 87 del Código Contencioso Administrativo o en las normas que los sustituyan".

Con relación a los efectos del acuerdo conciliatorio, el art. 66 de la Ley 446 de 1998, señala que hace tránsito a cosa juzgada, prestando mérito ejecutivo el acta correspondiente, y sobre la suerte del proceso cuando se trata de conciliación judicial basada en acuerdo sobre la totalidad del litigio, el inciso final del ya citado Art. 43 de la Ley 640 determina que *"el juez dictará un auto declarando terminado el proceso..."*.

La ley 446 de 1998, en su capítulo 2 incluye las normas aplicables a la conciliación contencioso administrativa permitiendo tal acuerdo en sede judicial a "*las personas jurídicas de derecho público a través de sus representantes legales o por conducto de apoderado, sobre conflictos de carácter particular y de contenido económico de que conozca o pueda conocer la jurisdicción de lo contencioso administrativo a través de las acciones previstas en los artículos 85, 86 y 87 del C. C. Advo.*". Finalmente el Art. 73, advierte que "*La autoridad judicial improbará el acuerdo conciliatorio cuando no se hayan presentado las pruebas necesarias para ello, sea violatorio de la ley o resulte lesivo para el patrimonio público*".

B. REQUISITOS DE LA CONCILIACION

Del anterior marco normativo se desprenden una serie de requisitos o condicionamientos que el Honorable Tribunal deberá tener en cuenta en el momento de la aprobación o improbación del acuerdo conciliatorio que presentan las partes, que el Ministerio Público desea poner de presente.

1) El acuerdo conciliatorio debe estar encaminado a la satisfacción del interés general:

La Constitución Nacional de 1991, en primer término, al desarrollar los principios fundamentales que rigen nuestro Estado social de derecho² consagra como fines esenciales del Estado "(...) servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo." Igualmente, el inciso segundo del artículo constitucional establece que "(...) Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida,

² Artículo 1°. Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía en sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general. (Subrayado fuera de texto).

honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares.”

Dicho criterio, en efecto, es reiterado, entre otros, por el Artículo 209 de la Constitución Nacional, cuando al definir al servicio de quien está la función administrativa del Estado, claramente expresa que la misma está al servicio de los intereses generales, los cuales, a su vez, no son otros que los fines esenciales del Estado previstos en el citado Artículo 2° de la Constitución Nacional. Así mismo³, el Artículo 365 del texto constitucional, al regular el tema de los servicios públicos, expresa que los mismos “(...) son inherentes a la finalidad social del Estado.”, y que, a su vez, “Es deber del Estado asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional.” Pues bien, la actividad del Estado, como manifestación de la función administrativa, está encaminada siempre, directa o indirectamente, al logro de los fines esenciales del mismo.

En consecuencia, teniendo en cuenta que la estructura estatal no tiene la capacidad operativa para ejecutar de manera directa la totalidad de las funciones administrativas desarrolladas por el legislador o porque en algunos casos requiere de los bienes de los particulares para poder desarrollar o ejecutar actividades de interés general, el Estado vincula al particular, a través de distintos procedimientos con el fin de que este le colabore en la consecución de los fines anunciados en el Artículo 2° de la Carta Nacional, a través de las diferentes modalidades previstas en el ordenamiento jurídico.

Así las cosas, al estar directamente encaminada la actividad del Estado a la satisfacción de los fines esenciales del mismo, la prestación por los particulares del servicio esencial de la salud, es núcleo esencial del concepto de interés general, y por consiguiente los acuerdos que pongan fin a sus diferencias económicas vía conciliación deben corresponder a la misma finalidad.

³ En igual sentido se puede mencionar el Artículo 366 al disponer que “(...) El bienestar general y el mejoramiento de la calidad de vida de la población son finalidades sociales del Estado. Será objetivo fundamental de su actividad la solución de las necesidades insatisfechas de salud, de educación, de saneamiento ambiental y de agua potable. Para tales efectos, en los planes y presupuestos de la Nación y de las entidades territoriales, el gasto público social tendrá prioridad sobre cualquier otra asignación. (Subrayado fuera de texto).

2) El asunto debe ser susceptible de transacción

El Honorable Tribunal debe revisar también si el asunto sometido a su consideración es susceptible de transacción, es decir, que tenga un contenido económico preciso, y que verse sobre derechos que sean susceptibles de disposición por las partes.

3) El acuerdo no puede ser violatorio de la ley

Adicionalmente, el magistrado deberá aprobar la conciliación solo y cuando este conforme a la ley. Es importante recordar que, a la luz del Artículo 65A de la Ley 23 de 1991, el cual fue incorporado a dicho estatuto por el Artículo 73 de la Ley 446 de 1998, al referirse a la conciliación extrajudicial, instruye a la autoridad judicial para que impruebe "(...) el acuerdo conciliatorio cuando no se hayan presentado las pruebas necesarias para ello, sea violatorio la ley o resulte lesivo para el patrimonio público."

Sobre el particular el Consejo de Estado, en providencia del 7 de febrero de 2002, Expediente No. 18331, aclaró que dicha disposición es igualmente aplicable a la conciliación judicial en los siguientes términos:

"(...) Aunque dichas normas estén contenidas en capítulo referido especialmente a la conciliación prejudicial, no obsta para hacerlo extensivo a la conciliación judicial, en aplicación a mecanismos garantistas de la legalidad. (...)

El mismo Consejo de Estado, en la providencia ya referida del 7 de febrero de 2002, explicó que "(...) el juez debe observar principalmente es si lo conciliado está dentro de la legalidad o no, es decir, que no se trata de una liberalidad de la administración", y en decisión del 20 de marzo de 2003, Expediente No. 22399, puntualizó que "La ley procura con estos requisitos de aprobación u homologación, contrarrestar actuaciones que reflejen simple liberalidad de los representantes de las entidades, o que sugieran una legalización de situaciones de hecho."

4) El acuerdo no puede ser lesivo para el patrimonio público

Surge como consecuencia del anterior e implica además de la limitación que impide a los servidores públicos disponer de los recursos públicos de la misma manera como lo pueden hacer los particulares. Deberá considerarse por parte de la entidad pública que no obstante el resultado del proceso es incierto, existan elementos suficientes para inferir razonablemente la posibilidad de una condena como mínimo por las sumas que se quieren conciliar.

Así las cosas, no es suficiente la voluntad concurrente y contundente de las partes para homologar un acuerdo conciliatorio en sede judicial, puesto que dicho acuerdo, además, debe cumplir con los requisitos consagrados en el ordenamiento legal, esto es, que el mismo este conforme a la ley, que este sustentado en pruebas y que no resulte, en todo caso, lesivo para el patrimonio público, para evitar, por ejemplo, que el mismo obedezca a razones de liberalidad por parte de la entidad estatal.

En conclusión, el ordenamiento constitucional y legal le impone al juez administrativo, dentro de las limitaciones conceptuales anteriores, la necesidad de hacer una revisión integral y material del acuerdo conciliatorio, frente al material probatorio que reposa en el expediente.

C. CONSIDERACIONES ESPECÍFICAS DEL MINISTERIO PÚBLICO SOBRE EL ACUERDO CONCILIATORIO AL QUE LLEGO LA ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD ORGANISMO COOPERATIVO "SALUDCOOP" Y LA SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD.

1) Aprobación del acuerdo conciliatorio por parte del Comité de Conciliación y Defensa Judicial y Conciliación de las Partes dentro del presente proceso judicial.

El Comité de Conciliación y Defensa Judicial de La Superintendencia Nacional de Salud, aprobó de forma total los términos de la propuesta de conciliación, mediante Acta No. 79 de 01 de Febrero de 2011. A dicho comité asistieron:

Clara Alexandra Méndez Cubillos, Secretaria General, **Astrid Helena Cristancho Palacio**, designada por el señor 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. Doctores: **William Javier Vega Vargas**, Jefe Oficina Asesora Jurídica, **Juan David Lemus Pacheco**, Jefe de la Oficina Control Interno.

El Comité estructuró las condiciones generales del acuerdo así:

1.- La Superintendencia Nacional de Salud revoca las Resoluciones 00296 del 11 de febrero de 2010 “**Por la cual se imparten a la ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD ORGANISMO COOPERATIVO SALUDCOOP EPS OC órdenes para que suspendan prácticas ilegales o no autorizadas y adopten las correspondientes medidas correctivas y de saneamiento**” y 000983 del 21 de junio de 2010 “**por la cual se resuelve el recurso de reposición presentado por la ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD ORGANISMO COOPERATIVO SALUDCOOP EPS OC contra la Resolución 296 de 2010**”.

2.- La Superintendencia Nacional de Salud **NO ESTÁ** renunciando con esta conciliación a ninguna de las potestades que tiene en materia de Inspección Vigilancia y Control, ni a la toma de medidas preventivas o cautelares sobre este caso.

3.- SALUDCOOP EPS OC renuncia a cualquier reclamación de tipo patrimonial, económico, y de responsabilidad frente a la Superintendencia Nacional de Salud y a los funcionarios que estuviesen o estuvieron vinculados a esta, así como a iniciar cualquier tipo de procesos contra el Estado o los funcionarios que hayan intervenido y específicamente a la suma mínima de SEISCIENTOS CINCUENTA MIL MILLONES DE PESOS (\$650.000.000.000), a los daños y perjuicios, apalancamientos de servicios de la deuda, intereses, y demás ítems a que se refiere el escrito de solicitud de conciliación en la página 86, así como a aquellos no relacionados en el citado escrito.

4.- Mientras el Tribunal Administrativo de Cundinamarca decide la aprobación de la presente conciliación, la Superintendencia Nacional de Salud expedirá un acto administrativo que suspenda las resoluciones 00296 del 11 de febrero de 2010 "Por la cual se imparten a la ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD ORGANISMO COOPERATIVO SALUDCOOP EPS OC órdenes para que suspendan prácticas ilegales o no autorizadas y adopten las correspondientes medidas correctivas y de saneamiento" y 000983 del 21 de junio de 2010 "por la cual se resuelve el recurso de reposición presentado por la ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD ORGANISMO COOPERATIVO SALUDCOOP EPS OC contra la Resolución 296 de 2010"

2) El acuerdo conciliatorio debe estar suscrito por las partes directamente o por los apoderados debidamente facultados para tales efectos:

Según el acta de conciliación elevada en esta Procuraduría, el acuerdo conciliatorio fue suscrito entre los doctores José Joaquín Bernal Ardila apoderado de LA ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD ORGANISMO COOPERATIVO SALUDCOOP EPS OC, Juan Carlos Vargas Vidal apoderado de la SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD, Javier Mauricio Sabogal Jaramillo REPRESENTANTE LEGAL SUPLENTE DE SALUDCOOP EPS OC, y William Javier Vega Vargas JEFE DE LA OFICINA ASESORA JURIDICA DE LA SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD.

3) El acuerdo conciliatorio debe estar soportado en pruebas debidamente aportadas e incorporadas al expediente:

En el trámite de la conciliación que ahora se remite para el pronunciamiento del H. Tribunal, las partes presentaron el acuerdo conciliatorio como anteriormente quedó plasmado, que pretende poner fin a las controversias suscitadas con ocasión de la expedición de las resoluciones 00296 del 11 de febrero de 2010 "Por la cual se imparten a la ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD ORGANISMO COOPERATIVO SALUDCOOP EPS OC órdenes para que suspendan prácticas ilegales o no autorizadas y adopten las correspondientes medidas correctivas y de saneamiento" y 000983 del 21 de junio de 2010 "por la cual se resuelve el recurso

de reposición presentado por la ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD ORGANISMO COOPERATIVO SALUDCOOP EPS OC contra la Resolución 296 de 2010”

Según se expresa en el acuerdo, SALUDCOOP por su parte renuncia a “cualquier reclamación de tipo patrimonial, económico y de responsabilidad frente a la Superintendencia Nacional de Salud y a los funcionarios que estuviesen o estuvieron vinculados a esta, así como a iniciar cualquier tipo de procesos contra el Estado o los funcionarios que hayan intervenido y específicamente a la suma mínima de SEISCIENTOS CINCUENTA MIL MILLONES DE PESOS (\$650.000.000.000), a los daños y perjuicios, apalancamientos de servicios de la deuda, intereses, y demás ítems a que se refiere el escrito de solicitud de conciliación en la página 86, así como a aquellos no relacionados en el citado escrito.”

Se aclara en el acuerdo que “La Superintendencia Nacional de Salud NO ESTÁ renunciando con esta conciliación a ninguna de las potestades que tiene en materia de Inspección Vigilancia y Control, ni a la toma de medidas preventivas o cautelares sobre este caso” y que mientras opera la correspondiente aprobación judicial de la conciliación la Superintendencia procederá dentro de los 5 días siguientes a la firma de la conciliación a suspender dichos actos.

Deberá en consecuencia determinar el Tribunal si procede la conciliación en tales términos.

Es claro que estamos en frente de una conciliación sobre los efectos económicos de los actos administrativos que culminaron con la imposición de medidas en contra de SALUDCOOP tal y como en ellos se evidencia, mecanismo perfectamente legal en nuestro sistema jurídico, siendo indispensable para ello, tal y como lo ha observado nuestra jurisprudencia que se den las causales de revocación del artículo 69 del Código Contencioso Administrativo.

En efecto ha sostenido el Consejo de Estado: “Podrán conciliarse los efectos patrimoniales del acto siempre que se presente alguna de las causales del artículo 69 del C.C.A., es decir cuando el acto viole disposiciones constitucionales y

legales, cuando no esté conforme con el interés público o social o atente contra él o cuando se cause un agravio injustificado a una persona, lo cual no significa que no se pueda conciliar sus efectos. Cuando se trata de conciliaciones en las cuales interviene un acto administrativo, el análisis del juez que la revisa, al estar precisamente orientado a verificar que el acuerdo no lesione el patrimonio público convierte todas las causales en causales de legalidad. Ello es así, aún respecto de la causal de conveniencia porque en ningún caso el Estado tiene poder discrecional para sacrificar sus intereses patrimoniales que constituyen al fin y al cabo un componente del interés general en beneficio de hipótesis aleatorias sujetas a los riesgos del mercado o del sistema financiero. Lo que podría resultar aceptable en una relación de naturaleza privada puede revelarse totalmente inaceptable desde la órbita del interés y del derecho público. En el caso que ocupa la atención de la Sala, la decisión de caducidad se encuentra cobijada por la presunción de legalidad que lleva a entender que la manifestación de voluntad de la administración se encuentra conforme a derecho, que las razones que llevaron a la entidad a proferir la decisión estuvieron sometidas a la realidad contractual, a las normas que regulaban su actuación y la resolución finalmente adoptada fue el resultado de la voluntad de la entidad por considerar que el concesionario incurrió en un incumplimiento grave de sus obligaciones contractuales, presunción a ser desvirtuada en el curso del proceso, sujeto a decisión del juez de conocimiento en el contencioso de nulidad y restablecimiento, después de valorados los elementos de juicio." Y agregó más adelante: "Bajo esta perspectiva, los actos administrativos podrán ser revocados cuando no estén conformes con el interés público o social y, por esta misma causal podrán conciliarse los efectos patrimoniales de un acto administrativo. En principio, el texto del artículo 71 mencionado, permitiría sostener que frente a un acto que fue expedido con observancia de las disposiciones superiores procedería la conciliación y la revocatoria del mismo cuando desconociera el interés público. Ni las razones de conveniencia ni las razones de equidad, constituyen elemento suficiente para conciliar los efectos patrimoniales de una decisión de la administración, pues, para que proceda la conciliación debe superarse el test de legalidad, y superado este, el juzgador velará porque el acuerdo no resulte lesivo para el patrimonio público; verificará que existan las pruebas necesarias que lo respalden." CONSEJO DE ESTADO, SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA

Consejero ponente: RAMIRO SAAVEDRA BECERRA, Diciembre nueve (9) de dos mil cuatro (2004), Radicación número: 25000-23-26-000-2002-1216-01(27921).

Ha precisado igualmente el Consejo de Estado que la conciliación sobre los efectos económicos de los actos administrativos requiere además un riguroso soporte probatorio, lo cual difiere de la revocatoria directa en cuyo caso basta que la administración al revocar el acto motive su decisión, así:

“Cuando el Artículo 71 de la ley 446 de 1998 hace un reenvío al artículo 69 del Código Contencioso Administrativo, que se ocupa de regular las causales de procedencia de la revocatoria directa, no restringe las funciones de control de legalidad a cargo del juez administrativo. A pesar de que la norma remita a las causales del 69 del C.C.A., que usualmente se han distinguido entre las relativas a la conveniencia y las atinentes a la legalidad, lo cierto es que está regulando una figura distinta a la revocatoria directa consagrada en ese artículo: la simple remisión legislativa, con miras a establecer causales para su procedencia, no hace equiparable exactamente la revocatoria que directamente profiere la Administración con la figura de la revocación del acto que se entiende como producto del acuerdo conciliatorio sobre sus efectos. En el primer evento, el acto administrativo que ordena la revocatoria directa, como declaración unilateral del órgano en ejercicio de la función administrativa, obviamente debe motivarse, pero a la Administración no le compete probar lo allí afirmado, pues el mismo goza de la doble presunción de legalidad y veracidad, y el juicio sobre la verdad de lo afirmado sólo tiene lugar si se demanda el acto de revocatoria. En contraste, tratándose de acuerdos conciliatorios, no obstante la remisión a las causales contenidas en el artículo 69 del C.C.A., la situación es enteramente distinta, justamente porque la ley exigió un control previo de legalidad a cargo del juez administrativo. Si la ley le otorgó la competencia de revisar el acuerdo -que como se dijo es por definición una revisión de legalidad-, corresponde a las partes del acuerdo que se somete a examen de legalidad judicial no sólo afirmar, como sucede en la revocatoria, sino demostrar la existencia de la causal.” (exp. 27921 del 16 de Marzo de 2005)

El Comité de Conciliación de la Superintendencia analizó el punto en los siguientes términos: "La Superintendencia Nacional de Salud al realizar el análisis de las Resoluciones 00296 del 11 de febrero de 2010 y 000983 del 21 de junio de 2010, encuentra que estas configuran la causales de revocatoria contempladas en el artículo 69 del Código Contencioso Administrativo, en razón que se determinó una sanción dentro de una actuación de visita inspectiva, que nunca se constituyó como investigación administrativa en contravía del Artículo 29 de la Constitución Política Nacional y las normas internas de la Entidad, vulnerando el debido proceso. Así mismo, las determinaciones de estas Resoluciones se presentan como medidas cautelares cuando en realidad tienen los efectos de una sanción porque las decisiones de los Superintendentes conforme a lo expuesto en el Artículo 50 del Código Contencioso Administrativo, dejando en firme un acto de trámite que por su naturaleza no era susceptible de recursos y da por terminada la actuación administrativa. También concurren como motivaciones para revocar las citadas Resoluciones, la inadecuada interpretación de la normatividad aplicable a la determinación de prácticas inseguras e ilegales en particular sobre la inversión de recursos parafiscales en activos fijos e infraestructura contraria a la ley y la reglamentación; y por otro lado, a la falta de una análisis profundo en materia contable financiera, conforme las particularidades de las organizaciones de naturaleza cooperativa." Considera la Superintendencia que en la expedición de tales actos se vulneraron los procedimientos establecidos al interior de la entidad pública para adelantar las actuaciones administrativas que concluyeron con los actos cuyos efectos de la revocatoria ahora se pretende conciliar, en particular las Resoluciones 1212 de 2007, 1242 de 2008, y 280 de 2009, a juicio de la entidad: "Hubo violación del debido proceso, contemplado en las Resoluciones 1212 de 2007, 1242 de 2.008, 280 de 2009 y artículo 29 de la Constitución Política que da lugar a que se pueda aplicar la causal 1 del artículo 69 del Código Contencioso Administrativo, teniendo en cuenta que la Superintendencia Nacional de Salud en lugar de abrir investigación administrativa, intervenir u ordenar un plan de desempeño conforme lo establece la actividad 6 del numeral 5.2.5. de la Resolución 280 de 2.009, ordenó a SALUDCOOP EPS OC, que suspendan prácticas ilegales o no autorizadas y adopte las medidas correctivas y de saneamiento, como medida definitiva, sin que hubiera previa apertura de investigación." Y concluye su análisis afirmando que hubo incorrecta interpretación de la normatividad relacionada con la aplicación de los recursos parafiscales de la

seguridad social pues no “existe una prohibición de ley o gubernamental para que las EPS presten los servicios de salud a través de inversiones en activos fijos que tengan como finalidad la atención de sus afiliados. La Ley 100 de 1.993 en su artículo 181 Parágrafo 1º, Artículo 10º del Decreto 1485 de 1.994 y el Decreto 1804 de 1.999 en su artículo 5º permitió a estas el suministro de servicios por conducto de terceros o en forma directa, a través de sus propios prestadores de servicios de salud. Solo hasta el 2.008, cuando tuvo plena aplicación el artículo 15 de la Ley 1122 de 2.007, se estableció una limitación a la prestación de servicios con la red propia de las EPS, que está autorizada hasta por el 30% del valor de los servicios, respecto del gasto en salud. Aunque las medidas que se establecen en las Resoluciones objeto de la conciliación se fundamentan en la Circular Externa No. 49 de 2.008 de la Superintendencia Nacional de Salud, donde se califica como practica insegura e ilegal, la inversión en activos fijos con recursos de la UPC y parafiscales, debe aclararse que esta Circular se refiere a inversiones de manera amplia y genérica, sin observar si realmente están destinadas a la prestación de los servicios de salud de sus afiliados. Por esta razón debe advertirse que la aplicación literal de esta norma, de menor jerarquía, contradice abiertamente lo dispuesto en los Decretos Reglamentarios del SGSSS vigentes a la fecha de la aplicación de la visita inspectiva (Decreto 574 de 2.007, 1698 de 2.007, 2353 de 2008 y 4789 de 2.009) así como las leyes 100 de 1.993 y 1122 de 2.007.”

El Tribunal, al analizar el presente acuerdo conciliatorio, desde este punto de vista, deberá tener en cuenta fundamentalmente que la administración realice un acto de disposición del derecho que se traduzca en una mera liberalidad y es por ello que la ley exige que lo que reconozca este debidamente soportado, es decir, que ello implica que los servidores públicos no puedan disponer de los recursos de la misma manera como lo hacen los particulares, como atrás se observó. Vistas las pretensiones de SALUDCOOP, y los argumentos expuestos en la solicitud de conciliación, el Ministerio Público se pronunciara sobre los temas que a su juicio revisten mayor importancia en el presente trámite conciliatorio.

Tal y como se desprende del acta del comité de conciliación de la Superintendencia Nacional de Salud, la decisión se fundamentó en el análisis de los siguientes aspectos:

1.- Incumplimiento de los procedimientos que rigen las investigaciones administrativas, y por consiguiente violación del debido proceso.

El Comité de Conciliación consideró, en primer término, que la actuación administrativa adelantada por la Superintendencia que llevó a la expedición de las resoluciones que ahora se pretenden revocar contiene materialmente una sanción, en cuanto obliga a la EPS de manera definitiva a realizar inversiones en activos y a restituir dichas inversiones a la liquidez de la EPS. Bajo esta perspectiva, el procedimiento que a su juicio se debió seguir era el contemplado en las resoluciones 1212 de 2007, 1242 de 2008 y 280 de 2009, que consagran los procedimientos en materia de investigaciones y cumplimiento de sus funciones legales. Observa el Comité que como resultado del informe preliminar lo correcto era remitir el respectivo documento al Superintendente Delegado quien podía realizar las siguientes actividades: a) Ordenar plan de desempeño. b) Abrir investigación administrativa y. c) Ordenar la toma de posesión para la intervención forzosa administrativa, si a ello hubiere lugar.

Para el Ministerio Público la actuación adelantada por la Superintendencia es ciertamente sancionatoria en la medida en que consolida de manera definitiva una situación con una ostensible carga económica para la EPS, derivada de la necesidad de realizar inversiones en activos. Este tipo de actuaciones difiere ciertamente del carácter cautelar o preventivo cuya característica esencial es la provisionalidad, y cuya finalidad es proteger, en este caso la pretendida e indebida destinación de los recursos, hasta tanto se produzca la decisión definitiva. Lo que es verdaderamente importante es observar si la actuación administrativa es materialmente sancionatoria.

Sobre este aspecto, el Ministerio Público quiere poner de presente al H. Tribunal el Informe de Inicio de Actuación Preventiva Integral adelantado por la Procuraduría Delegada para la Vigilancia Preventiva de la Función Pública, documento de naturaleza técnica que anexamos al presente escrito para ilustración de los Señores Magistrados, sobre la gestión de la Superintendencia Nacional de Salud en la expedición de la Resolución 296 de 2010, en la que clara y contundentemente cuestiona el debido proceso que ha debido observar el ente oficial en la expedición de tales actos; así:

1. *“Revisada la documentación recaudada por este despacho y remitida por la Superintendencia, se encuentra que en el auto 2741 de 2009 se establece de forma específica el tipo de procedimiento a aplicar, en los siguientes términos:*

**LA SUPERINTENDENTE DELEGADA PARA LA GENERACIÓN Y GESTIÓN
DE LOS RECURSOS ECONÓMICOS PARA LA SALUD
DE LA SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD.**

En ejercicio de sus atribuciones legales, y en especial las conferidas por el numeral 7 del artículo 233 de la Ley 100 de 1993, la Ley 715 de 2001, la Ley 1122 de 2007 y la Resolución 1212 de DE 2007.

De lo anterior, se podría concluir que se desarrolló una actuación administrativa sancionatoria, cuyo trámite se encuentra regulado por lo dispuesto en la resolución 1212 del 27 de julio de 2007, expedida por la Superintendencia Nacional de Salud, “Por medio de la cual se señalan los procedimientos aplicables a los vigilados de la Superintendencia Nacional de Salud respecto de las investigaciones administrativas sancionatorias”.

*De hecho, el artículo 12 de la Resolución 1212 de 2007, indica: **Artículo 12°. Inicio de la Actuación: Conforme lo dispones el literal a) del Numeral 4° del artículo 45 de la Ley 795 de 2003, la actuación administrativa para determinar la comisión de infracciones, podrá iniciarse:***

...

b) Mediante la práctica de visitas administrativas de inspección, vigilancia y control,

...

*En el citado Auto 2741, la Superintendencia establece: **POR MEDIO DEL CUAL SE ORDENA VISITA INSPECTIVA E INTEGRAL A ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD ORGANISMO COOPERATIVO SALUDCOOP EPS Y DEMÁS ENTIDADES QUE SE DEBAN VISITAR EN DESARROLLO DE LA PRESENTE VISITA**, la cual, estaría enmarcada en lo previsto en el literal b) antes referido.*

*De igual forma, la Resolución 1212 de 2007, dispone en el: Artículo 25°. **Apertura del proceso sancionatorio y formulación de cargos.** Como lo dispone el literal g) numeral 4° del artículo 45 de la ley 795 de 2003 ⁴, si el funcionario competente considera que los hechos investigados constituyen una posible infracción, formulará los cargos correspondientes a los presuntos infractores mediante acto motivado, contra el cual no procede recurso alguno.*

Sin embargo, examinado el expediente se tiene que no se profirió pliego de cargos en contra de Saludcoop EPS OC. Por lo tanto, a la luz del principio del debido proceso, surge un interrogante respecto al tipo de procedimiento que fue aplicado a la actuación adelantada por la Superintendencia, que culminó con la expedición de la resolución 296 de 2010.

De otra parte, verificado el PROCEDIMIENTO ABREVIADO, descrito en la Resolución 1212 de 2007, tampoco encontramos que la actuación surtida por la Superintendencia, se haya adelantado de conformidad con lo allí establecido.

⁴ Esta disposición es de obligatorio cumplimiento en virtud de lo establecido en el artículo 233 de la Ley 100 de 1993: **PARÁGRAFO 2. El procedimiento administrativo de la Superintendencia Nacional de Salud será el mismo que se consagra por las disposiciones legales para la Superintendencia Bancaria. Los actos de carácter general que expida la Superintendencia Nacional de Salud no producirán efectos legales mientras no se publiquen en el boletín del Ministerio de Salud, Capítulo, Superintendencia Nacional de Salud, el cual podrá ser editado y distribuido a través de esta.**

Por lo anterior, surge la necesidad de conocer los fundamentos jurídicos y el procedimiento aplicado en el caso de no encontrarse frente a una actuación administrativa sancionatoria.

2. *En este mismo sentido, atendiendo la obligación constitucional y legal que le asiste a la Procuraduría General de la Nación, de proteger los derechos fundamentales a la salud y la dignidad humana, que pueden verse afectados por el cumplimiento de las órdenes impartidas a SALUDCOOP EPS, se solicita precisar el análisis efectuado por la Superintendencia frente a los efectos de dichas disposiciones, teniendo en cuenta la posible afectación de la prestación de los servicios a los afiliados, tanto por la cuantía de los recursos que deben ser reembolsados como por el plazo previsto para el efecto.”*

Además de lo anterior, independientemente de su carácter, es claro que el ente publico esta obligado a garantizar el derecho de defensa, el debido proceso y permitir que el particular afectado pueda aportar y solicitar mas pruebas conducentes a su propia defensa.

2. Indebida Interpretación sobre Inversión en Infraestructura en Salud.

El comité de conciliación de la Superintendencia concluyó:

“1. Si era y es posible cumplir la finalidad de la parafiscalidad a través de la inversión en activos fijos, cuando estos tienen la finalidad de prestar los servicios de salud a los afiliados. Es decir, las EPS pueden cumplir la finalidad parafiscal contratando los servicios con terceros o a través de su propia red; e incluso en muchos casos, cuando no existe oferta disponible, esta es la única manera de cumplirla”.

“2 .No existe una prohibición de ley o gubernamental para que las EPS presten los servicios de salud a través de inversiones en activos fijos que tengan como finalidad la atención de sus afiliados. La Ley 100 de 1.993 en su artículo 181

Parágrafo 1º, Artículo 10º del Decreto 1485 de 1.994 y el Decreto 1804 de 1.999 en su artículo 5º permitió a estas el suministro de servicios por conducto de terceros o en forma directa, a través de sus propios prestadores de servicios de salud. Solo hasta el 2.008, cuando tuvo plena aplicación el artículo 15 de la Ley 1122 de 2.007, se estableció una limitación a la prestación de servicios con la red propia de las EPS, que está autorizada hasta por el 30% del valor de los servicios, respecto del gasto en salud”.

“3. Aunque las medidas que se establecen en las Resoluciones objeto de la conciliación se fundamentan en la Circular Externa No. 49 de 2.008 de la Superintendencia Nacional de Salud, donde se califica como practica insegura e ilegal, la inversión en activos fijos con recursos de la UPC y parafiscales, debe aclararse que esta Circular se refiere a inversiones de manera amplia y genérica, sin observar si realmente están destinadas a la prestación de los servicios de salud de sus afiliados. Por esta razón debe advertirse que la aplicación literal de esta norma, de menor jerarquía, contradice abiertamente lo dispuesto en los Decretos Reglamentarios del SGSSS vigentes a la fecha de la aplicación de la visita inspectiva (Decreto 574 de 2.007, 1698 de 2.007, 2353 de 2008 y 4789 de 2.009) así como las leyes 100 de 1.993 y 1122 de 2.007”.

“De la misma manera que en las Resoluciones objeto de la presente conciliación se consideró ilegal e insegura cualquier tipo de inversión en activos fijos con recursos parafiscales, también se obvió verificar si los activos de la EPS SALUDCOOP OC cumplen o no la finalidad parafiscal. No se hizo un inventario detallado de cada uno de los activos ni se verificó su destinación y uso”

Sobre este particular, considera el Ministerio Público que es suficientemente claro en nuestra legislación que los recursos que administran las EPS para prestar los servicios de salud tienen el carácter de parafiscales y como tal, una destinación específica. No son recursos propios de dichas entidades, ni se pueden confundir con su patrimonio, y su manejo se debe realizar en cuentas independientes de aquellas propias de la entidad, tal y como lo dispone el Art. 182 de la ley 100 de 1993.

Ha sido ya decantada la jurisprudencia constitucional en determinar que las EPS deben utilizar los recursos de la UPC en la prestación de servicios de salud

previstos en el POS. La Corte ha señalado claramente que la ley concibe un equilibrio entre las condiciones económicas y los riesgos que asumen las EPS en la prestación del servicio de salud y el interés general que impone la necesidad de utilizar dichos recursos, en calidad de administradoras de los mismos, para una finalidad específica.

En efecto, ha señalado la Corte en diferentes decisiones:

*“Dentro del diseño del sistema de la seguridad social en salud el equilibrio financiero adquiere cardinal importancia, por cuanto *‘tiene como objetivo garantizar la viabilidad del sistema y por lo tanto su permanencia en el tiempo a efectos de que se pueda seguir manteniendo el fin primordial: la cobertura de las necesidades sociales a las que está expuesta la población protegida’*” (Sentencia SU 508/2001 M.P: Marco Gerardo Monroy Cabra)*

*“El centro de ese equilibrio financiero es la denominada Unidad de Pago por Capitación UPC, que según se explicó constituye un valor *per capita* que paga el Estado a las entidades promotoras de salud por la organización y garantía de la prestación de los servicios incluidos, establecido en el POS para cada afiliado, en función del perfil epidemiológico de la población relevante, de los riesgos cubiertos y de los costos de prestación del servicio en condiciones medias de calidad, tecnología y hotelería, de acuerdo con la definición que hace el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, CNSSS”. (Sentencia SU 508/2001 M.P: Marco Gerardo Monroy Cabra)*

“Los recursos de la UPC deben manejarse por las EPS en cuentas independientes del resto de rentas y bienes de la entidad, conforme lo establece el artículo 182 de la ley 100 de 1993”. (Sentencia C 284/2004).

“La Unidad de Pago por Capitación no representa simplemente el pago por los servicios administrativos que prestan las EPS sino representa en especial, el cálculo de los costos para la prestación del servicio de salud en condiciones medias de calidad, tecnología y hotelería. Esto significa, la prestación del servicio en condiciones de homogenización y optimización. La relación entre las entidades

que pertenecen al sistema y los recursos que fluyen dentro del ciclo de prestación del servicio de salud, forman un conjunto inescindible..." (Sentencia SU 480/1997) Existe entonces un vínculo indisoluble entre el carácter parafiscal de los recursos de la seguridad social en salud y la Unidad de Pago por Capitación, pues al fin y al cabo dicha unidad es el reconocimiento de los costos que acarrea la puesta en ejecución del Plan obligatorio de salud por parte de las EPS y las ARS. En otras palabras, la UPC tiene carácter parafiscal, puesto que su objetivo fundamental es financiar en su totalidad la ejecución del POS. De ahí que la Corte haya considerado que la UPC no constituye una renta propia de las EPS). (Sentencia C 282/2001).

"En este sentido, las UPC no son recursos que puedan catalogarse como rentas de las EPS, porque las cotizaciones que hacen los afiliados y demás *En segundo lugar, la UPC constituye la unidad de medida y calculo de los mínimos recursos que el Sistema General de Seguridad Social en Salud requiere para cubrir en condiciones de prestación media el servicio de salud tanto en el régimen contributivo como en el régimen subsidiado (Sentencia C 824/2004...)*"

De acuerdo con los anteriores lineamientos, para el Ministerio Público es claro que el plan obligatorio de salud comprende no solamente la prestación del servicio desde el punto de vista del profesional médico, sino todo lo que existe alrededor del paciente para el mantenimiento, cuidado y recuperación de la salud así como los servicios asistenciales, de recuperación o rehabilitación de quien sufre quebrantes a la misma.

Bajo este punto de vista, las inversiones que realiza una EPS, por ejemplo en infraestructura hospitalaria, están estrechamente relacionadas con el servicio de salud, pues la misma ley 100 de 1993, concibió desde sus inicios la posibilidad de que los servicios médicos pudieran ser prestados por parte de las EPS por una red propia o ajena, lo cual implicaba que de alguna manera estaba permitiendo la inversión en infraestructura de salud.

En el año 2007 se expidió el decreto 574 modificado luego por los decretos 1698 de 2008, 2353 de 2008 y 4789 de 2009, normas que crean toda una regulación

sobre la manera y las condiciones en que las EPS pueden realizar inversiones en activos, en infraestructura destinada para la prestación del servicio de salud, de acuerdo a un margen de solvencia definido en la ley, y concebido este como la diferencia positiva mínima que debe haber entre los activos y las obligaciones de una entidad, de tal manera que se garantice el cumplimiento de sus obligaciones y se asegure la viabilidad del sistema. De la misma manera si este margen de solvencia llega al máximo punto podría la EPS invertir en actividades relacionadas con la salud.

De acuerdo con lo anterior observa el Ministerio Público que el tema de las inversiones de infraestructura en salud es un asunto regulado en los decretos en que se ha hecho mención cuya inspección, vigilancia, y control le corresponde a la Superintendencia Nacional de Salud.

En relación con este punto, observa el Ministerio Público que la indebida utilización de recursos que la superintendencia endilga a Saludcoop se hace de manera genérica sin que exista explicación y discriminación y cuantificación de las inversiones realizadas y si dichas inversiones estaban o no permitidas de acuerdo a las formulas y a los criterio que establecieron los decretos mencionados.

Por el contrario, consta en el expediente un informe final sobre Saludcoop emanado del grupo de reacción inmediata de la Contraloría General de la República en donde se plasma el análisis contable y el marco jurídico de las operaciones de la EPS durante las vigencias 2004 al 2008, en el que claramente el organismo de control observa que, "Los recursos recibidos por SALUDCOOP EPS por concepto de UPC en las vigencias 2004 al 2008 fueron utilizados en cumplimiento de la finalidad de la finalidad constitucional y legal de estos recursos". Como se observa en el informe, la Contraloría analizó detalladamente los estado financieros de la EPS, año por año, lo cual incluyo aspectos específicos como las inversiones en propiedad planta y equipo, inversiones en promesa de compraventa, inversiones permanentes y donaciones, aportes a corporaciones, compra de intangibles, y distribución de excedentes, y reserva de libre inversión, encontrando su conformidad con las normas legales y absteniéndose en consecuencia de iniciar indagación preliminar o proceso de responsabilidad fiscal por dichos motivos.

En nuestro criterio le asiste la razón al comité de conciliación al expresar que en el curso de la actuación administrativa la Superintendencia ha debido inventariar cada inversión en infraestructura, verificar su destinación, analizar si las inversiones se encontraban de acuerdo con la normatividad vigente y desde luego garantizarle al afectado el derecho de defensa, practicando las pruebas solicitadas por aquel que permitieran observar el destino real y efectivo de los activos fijos registrados en sus estados financieros.

En nuestro criterio es claro, que en la expedición de los actos que generan esta conciliación se presentaron fallas en los procedimientos e incorrecta aplicación de la ley, todo lo cual nos lleva a concluir que hubo violación del debido proceso.

Del análisis realizado por la Superintendencia, observa el Ministerio Público que existen elementos jurídicos y fundamentos legales razonables que soportan el acuerdo conciliatorio, desde el punto de vista de las causales del artículo 69 del Código Contencioso Administrativo, pero 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 garantías sustanciales y procesales que nuestro ordenamiento ampara.

Por otra parte, debe tenerse en cuenta que además de las suficientes razones legales, la conciliación debe versar sobre los efectos económicos de los actos administrativos, lo cual supone una cuantificación soportada en pruebas de las concesiones mutuas entre las partes. El contenido económico es de la esencia de toda conciliación y en este sentido resulta uno de los aspectos más importantes que debe analizar el juez para efectos de la aprobación o improbación.

En la solicitud presentada ante la Procuraduría General de la Nación. SALUDCOOP, como entidad convocante, estimó la cuantía de sus pretensiones en 650.000 millones de pesos que se originan en la venta de los activos que

tendría que realizar para, de una parte restituir a la liquidez de la EPS la suma de 318.250 millones y apalancar el servicio de la deuda. Considera la EPS que para el cumplimiento de las medidas decretadas por la Superintendencia, SALUDCOOP tendría que vender a valores más bajos, con sobrecostos que implicarían la necesidad de contratar con otras IPS la atención y los servicios y procedimientos médicos para sus afiliados, generando los daños y perjuicios que tal operación implicaría.

Observa el Ministerio Público, que en el evento en que como producto de una decisión judicial se anulen los actos que se debaten, dada la naturaleza económica de la orden impartida, la generación de perjuicios resultaría apenas una consecuencia lógica. Si bien no es posible determinar a ciencia cierta el quantum de los mismos en el estado actual del presente trámite, y sin que el Ministerio Público de por hecho que la operación de reversión de activos le generarían a Saludcoop la suma pretendida, los perjuicios, aunque no determinados exactamente, si serían determinables.

CONCLUSIÓN

A continuación el Ministerio Público se permite expresar su opinión sobre la conciliación:

De acuerdo con el artículo 56° del Decreto 1818 de 1998 se podrán conciliar, total o parcialmente, en las etapas prejudicial o judicial, las personas jurídicas de derecho público sobre conflictos de carácter particular y contenido económico de que conozca o pueda conocer la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo a través de las acciones previstas en los artículos 85, 86 y 87 del Código Contencioso Administrativo.

Esta norma ha sido reproducida por el artículo 2° del Decreto 1716 de 2009, en los siguientes términos:

“ASUNTOS SUSCEPTIBLES DE CONCILIACIÓN EXTRAJUDICIAL EN MATERIA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA. Podrán conciliar, total o parcialmente, las entidades públicas y las personas privadas que desempeñan funciones propias de los distintos órganos del Estado, por conducto de apoderado, sobre los conflictos de carácter particular y contenido económico de los cuales pueda conocer la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo a través de las acciones previstas en los artículos 85, 86 y 87 del Código Contencioso Administrativo o en las normas que los sustituyan”.

Es de anotar que tanto la normatividad vigente como los conceptos jurisprudenciales del Honorable Consejo de Estado, permiten llevar un acuerdo conciliatorio a consideración del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en relación con los efectos económicos de actos administrativos, que las mismas partes han llevado como acuerdo cediendo parte de sus derechos, buscando un convenio que ponga fin a la controversia.

En el caso que nos ocupa, debe ponerse de presente que la solución del debate a través de la conciliación, es un mecanismo legal que estimula a las partes a solucionar en forma *“ágil, rápida y directa las diferencias y discrepancias surgidas de la actividad contractual”*⁵, lo que les resulta favorable, puesto que evita el inicio de un litigio procesal.

La conciliación ha sido reconocida por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo como un dispositivo significativo para la solución de conflictos y para la descongestión de despachos judiciales, para asegurar un acceso eficaz y eficiente a la administración de justicia, de acuerdo con lo dispuesto en el preámbulo y los artículos 2º y 229 de la Constitución Política⁶.

La fórmula de solución propuesta por las partes, no lesiona el patrimonio de la Nación y evita la complejidad de un proceso jurídico incluyendo sus incidencias y costos, y un largo tiempo de litigio, y habiéndose presentado a nuestro juicio

⁵ Ley 80 de 1993, artículo 68.

⁶ Cfr. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, auto de 16 de marzo de 2005, expediente 27.291.

violación al debido proceso, existirían razonablemente posibilidades de condena en sede judicial, y una consecuente condena en contra de Estado a indemnizar cuantiosamente al demandante.

La conciliación en el presente caso satisface integralmente los requisitos para su aprobación judicial, de acuerdo con los términos legales y presupuestos conceptuales expuestos en diversas providencias del Honorable Consejo de Estado:

- Que no haya operado el fenómeno de la caducidad (artículo 61 de la Ley 23 de 1991, modificado por el artículo 81 Ley 446 de 1998)
- Que el acuerdo conciliatorio se refiera derechos de contenido particular y económico, disponibles por las partes (artículo 59 de la Ley 23 de 1991 y 70 de la Ley 446 de 1998).
- Que las partes estén debidamente representadas por personas con capacidad para conciliar, como está demostrado para la parte convocada y para la parte convocante, en este último caso con la autorización expresa y escrita del Comité de Conciliación de la entidad que ha señalado los respectivos parámetros.
- Que el acuerdo conciliatorio cuente con el acervo probatorio necesario, y que este no sea violatorio de la ley ni lesione el patrimonio público (artículo 65A de la Ley 23 de 1991 y artículo 73 de la Ley 446 de 1998)⁷.

Para el Ministerio Público es característica fundamental de un acuerdo conciliatorio precaver la contingencia de una acción judicial y la duración de un pleito cuyos resultados no pueden asegurarse, es por ello que la conciliación como mecanismo de solución de conflictos consagrado y auspiciado por nuestra normatividad, contiene en sí misma un escenario que flexibiliza las posiciones de las partes y que en el caso de los entes públicos está también sometido a unos

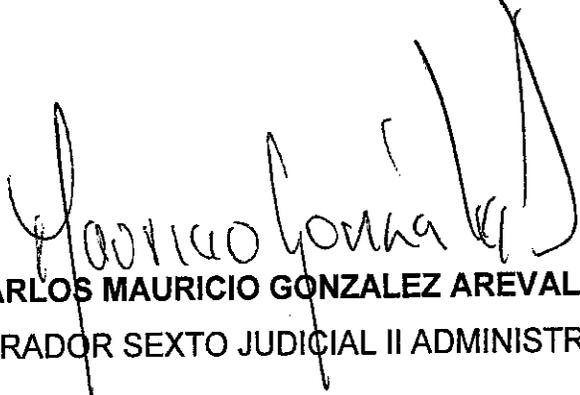
⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Auto de 6 de julio de 2006. Radicación 23722. Consejera Ponente: Dra. Ruth Stella Correa Palacio.

presupuestos legales. En este orden de ideas, la ley ha permitido también la posibilidad de que las partes puedan conciliar los efectos económicos de los actos administrativos que en el presente caso se generan por la renuncia del solicitante a reclamar perjuicios que un acto como el que se debate le genera. Es indudable que si un acto que ordena realizar activos en la forma como lo ha hecho la Superintendencia, se declara nulo por la jurisdicción de lo Contencioso, genera perjuicios dada la compleja operación económica que tendría que realizar. El presente acuerdo conciliatorio dentro de esa perspectiva asegura al Estado prevenir una cuantiosa condena.

El Ministerio Público reitera que aunque la Conciliación sobre los efectos económicos de los actos administrativos es reconocida en nuestro ordenamiento Jurídico, la vía mas expedita para que la Administración pueda corregir sus errores es acudir al mecanismo de la Revocatoria Directa.

Esta agencia del Ministerio Público, considera que en ejercicio de sus facultades legales, la Superintendencia Nacional de Salud, debe proceder a reiniciar las Investigaciones en relación con SALUDCOOP, de conformidad con la normatividad vigente y otorgando a la EPS la plenitud de sus derechos Constitucionales y Legales, con el fin de dar claridad absoluta sobre el uso que se le viene dando a los recursos pertenecientes al SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD.

En los anteriores términos, el Ministerio Público remite al Honorable Tribunal este acuerdo conciliatorio para que se surta el trámite legal correspondiente.


CARLOS MAURICIO GONZALEZ AREVALO
PROCURADOR SEXTO JUDICIAL II ADMINISTRATIVO