MECANISMOS ALTERNATIVOS DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS - Conciliación / CONCILIACIÓN – Régimen legal / CONCILIACIÓN EXTRAJUDICIAL - En materia contencioso administrativa sólo podrán ser adelantadas ante los Agentes del Ministerio Público asignados a esta jurisdicción / CONCILIACIÓN – Requisitos de procedibilidad para acudir ante la jurisdicción / ACUERDO DE CONCILIACIÓN – Requisitos

La conciliación en materia contencioso administrativa. El artículo 1° del Decreto 1818 de 1998 “Por medio del cual se expide el estatuto de los mecanismos alternativos de solución de conflictos”, compilador del artículo 64 de la Ley 446 de 1998 “Por la cual se modifican normas relativas a la conciliación y se dictan otras disposiciones” define la conciliación como el 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 natural y calificado denominado conciliador. El artículo 19 de la Ley 640 de 2001 establece que “[s]e podrán conciliar todas las materias que sean susceptibles de transacción, desistimiento y conciliación, ante los conciliadores de centros de conciliación, ante los servidores públicos facultados para conciliar a los que se refiere la presente ley y ante los notarios”. Las conciliaciones extrajudiciales en materia de lo contencioso administrativo, conforme lo señala el artículo 23 ídem, “sólo podrán ser adelantadas ante los Agentes del Ministerio Público asignados a esta jurisdicción”. La Ley 446 de 1998 reguló la conciliación en materia contencioso administrativa, prejudicial o judicial, en los procesos que se adelanten ante esta jurisdicción. Así, en el inciso 1.° del artículo 70 que modificó el artículo 59 de la Ley 23 de 1991, establece que “[p]odrán conciliar, total o parcialmente, en las etapas prejudicial o judicial, las personas jurídicas de derecho público, a través de sus representantes legales o por conducto de apoderado, 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”. Cabe añadir, como se señaló en providencia de 26 de mayo de 2011, que según la Ley hay casos en que la conciliación se constituye en requisito de procedibilidad para acudir ante la jurisdicción contencioso administrativa. 2. Los requisitos de la conciliación. La normativa vigente en materia de conciliación dispone que para aprobar el acuerdo el juez debe verificar el cumplimiento de los siguientes requisitos: 1. Que no haya operado el fenómeno de la caducidad (artículo 61 de la Ley 23 de 1991, modificado por el artículo 81 de la Ley 446 de 1998). 2. Que el acuerdo conciliatorio verse sobre acciones o derechos económicos disponibles por las partes (artículo 59 de la Ley 23 de 1991 y 70 de la Ley 446 de 1998). 3. Que las partes estén debidamente representadas y que estos representantes tengan capacidad para conciliar (artículos 314, 633 y 1502 del C. C., artículos 44 C. P. C., 149 C. C. A.). 4. Que el acuerdo conciliatorio cuente con las pruebas necesarias, no sea violatorio de la ley o no resulte lesivo para el patrimonio público (artículo 65 A de la Ley 23 de 1991 y artículo 73 de la Ley 446 de 1998).
NOTA DE RELATORIA: La conciliación se constituye en requisito de procedibilidad para acudir ante la jurisdicción contencioso administrativa, sentencia de 26 de mayo de 2011, Rad. 11001-03-15-000-2011-00320-00, M.P.: Marco Antonio Velilla Moreno. Sección Primera.

CONCILIACIÓN PREJUDICIAL – Improbada. No se demostró violación del debido proceso

Se decide el recurso de apelación oportunamente interpuesto contra el proveído de 19 de mayo de 2011, proferido por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera-Subsección “A”, que improbó la conciliación prejudicial celebrada

ante el Procurador Sexto Judicial II Administrativo, el 4 de febrero de 2011 entre Saludcoop E.P.S. y de la Superintendencia Nacional De Salud. Para la Sala no se demostró por el Comité de Conciliación "que se aplicaron normas de carácter general para el análisis, sin profundizar en la naturaleza jurídica del vigilado", pues por el contrario si se estableció que los excedentes fueron invertidos conforme decisiones de la Asamblea y sobre ellos la Superintendencia no se pronunció. En este orden de ideas, los actos administrativos que se acordó revocar por vía de conciliación, parten de presupuestos jurídicos, que la Sala no considera que evidencien prima facie y de manera ostensible la contrariedad de dichos actos con la Constitución o la Ley ni la violación del debido proceso, por lo cual la ocurrencia de la causal de revocatoria directa contenida en el numeral primero del artículo 69 del C.C.A., que las partes invocan como sustento del acuerdo conciliatorio, no se observa en el caso concreto, máxime si se tiene en cuenta que las partes no demostraron que las decisiones objeto de la conciliación no estuvieron respaldadas por preceptos legales e interpretaciones jurisprudenciales aplicables al caso. Sentadas estas premisas es evidente que aprobar un acuerdo logrado en estas condiciones, en las cuales no se cuenta con un respaldo probatorio que brinde certeza sobre la violación del debido proceso por la Superintendencia Nacional de Salud resultaría, como los señala la Contraloría General de la República en su intervención, no solo violatorio de la ley, sino también lesivo para el patrimonio público, lo cual impone confirmar la decisión apelada. La decisión aquí adoptada no implica que la Sala desconozca la importancia y utilidad de la conciliación como mecanismo de solución de conflictos tanto entre los particulares como entre éstos y la administración, cuyas bondades ha resumido la Corte Constitucional señalando que: (i) garantiza el acceso a la justicia; (ii) promueve la participación de los individuos en la solución de sus disputas; (iii) estimula la convivencia pacífica; (iv) facilita la solución de los conflictos sin dilaciones injustificadas y, (v) descongestiona los despachos judiciales. Sin embargo, tratándose del patrimonio e interés públicos, no es posible omitir la exigencia de certeza del derecho reclamado, situación que no se presenta en el presente caso, comoquiera que el material probatorio no acredita en forma fehaciente que la Superintendencia de Salud haya violado el debido proceso, derecho este que constituye el corazón de la conciliación que se analiza en el sublite.

CONSEJO DE ESTADO

SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

Consejero ponente: MARCO ANTONIO VELILLA MORENO

Bogotá D.C., diez (10) de julio de dos mil doce (2012)

Radicación número: 25000-23-24-000-2011-00081-01(IJ)

Actor: SALUDCOOP E.P.S.

Demandado: SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD

Se decide el recurso de apelación oportunamente interpuesto por los apoderados de **SALUDCOOP E.S.P.** y de la **SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD**

contra el proveído de 19 de mayo de 2011, proferido por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera-Subsección “A”, que improbó la conciliación prejudicial celebrada ante el Procurador Sexto Judicial II Administrativo, el 4 de febrero de 2011[1] entre SALUDCOOP **E.P.S.** y de la **SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD**.

I-. ANTECEDENTES

1.1-. LA ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD ORGANISMO COOPERATIVO SALUDCOOP EPS OC – SALUDCOOP (en adelante SALUDCOOP) es una persona jurídica de la naturaleza de las cooperativas, constituida en el año 1994.

En el año 2009 SALUDCOOP recibió una visita de funcionarios de la Superintendencia Nacional de Salud, en desarrollo de sus funciones de inspección, vigilancia y control, ordenada mediante auto 2741 del 20 de marzo de 2009, en la cual se revisaron las inversiones permanentes, su procedencia y las fuentes de los recursos utilizados para las mismas.

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 de inspección referida.

SALUDCOOP mediante escrito del 7 de julio de 2009 dio respuesta a las observaciones del Informe Preliminar de la Superintendencia Nacional de Salud, advirtió de la gravedad de las imputaciones y de la violación al debido proceso. También aportó pruebas y solicitó otras con el propósito de demostrar el destino de los recursos pertenecientes a la Unidad de Pago por Capitación (en adelante UPC) dentro de los años 2004 a 2008.

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

SALUDCOOP interpuso recurso de reposición contra el auto de pruebas, insistiendo para que se decretara y practicara la prueba tal y como había sido

[1] Folios 5 a 7 delanexo 1.

solicitada, toda vez que, según su criterio, con la prueba de oficio decretada por la Superintendencia no podría comprobarse con certeza el destino de los recursos de la UPC. La Superintendencia resolvió el recurso confirmando su posición.

La Superintendencia Nacional de Salud procedió a proferir la Resolución No. 00296 del 11 de febrero de 2010, en la que se ordena a SALUDCOOP:

- Restituir a la liquidez de la EPS los recursos utilizados en la adquisición de activos y otras operaciones glosadas durante el periodo 2004- 2008 la suma de $286.895.1 millones que a precios de 2008 equivalen a $318.250 millones.

- Atender con sus propios recursos los pagos que por amortizaciones, intereses y otros costos implique la restitución de la financiación externa que por $308.958 millones obtuvo la EPS para el financiamiento de las operaciones mencionadas.

- Abstenerse, en lo sucesivo, de consumir (sic) la liquidez generada por cualquier operación contable con los ingresos de UPC (unidad por capitación), aportes, cuotas moderadoras, pagos compartidos, copagos, tarifas, deducibles o bonificaciones u otros definidos como parafiscales provenientes de sus usuarios, para ser utilizados en infraestructura, inversiones, préstamos, donaciones, servicio de la deuda y, en general, en cualquier uso distinto a los costos y gastos producto de la prestación de servicios de salud a la población afiliada.

- Desmontar las operaciones de préstamo, donación, leasing e inversión glosadas si son financiadas con los ingresos derivados de UPC (unidad por capitación), aportes, cuotas moderadoras, pagos compartidos, copagos, tarifas, deducibles o bonificaciones u otros definidos como parafiscales.

Se concedió un término de ocho meses para el cumplimiento de unas órdenes; se dispuso que otras serían de cumplimiento inmediato; y se advirtió que el incumplimiento de las órdenes aludidas sería causal de intervención de la EPS por parte de la Superintendencia Nacional de Salud de conformidad con lo establecido

en los decretos 1015 de 2002, 3023 de 2002, 506 de 2005 y 126 de 2010 y demás normas concordantes.

Mediante Resolución No.000983 de 21 de junio de 2010, expedida por el Superintendente Nacional de Salud, se resolvió el recurso de reposición interpuesto frente a la resolución anterior en el sentido de confirmar las órdenes impartidas salvo en cuanto extendió de 8 meses a 2 años el cumplimiento de las órdenes respecto de las cuales se fijó un plazo.

El Procurador Sexto Judicial II Administrativo remitió al Tribunal Administrativo de Cundinamarca, el acta contentiva de la conciliación celebrada entre **SALUDCOOP E.S.P.** y de la **SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD**, en virtud de la cual se acordó revocar las Resoluciones Nos. 00296 de 11 de febrero de 2010 “Por al 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” y SALUDCOOP E.P.S. 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 ésta, 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.-.

II. FUNDAMENTOS DE LA PROVIDENCIA APELADA

Mediante proveído de 19 de mayo de 2011, el *a quo* improbó la conciliación prejudicial suscrita entre las partes luego de verificar el cumplimiento de los requisitos procedimentales previstos en los artículos 43, 65 y 66 de la ley 640 de 2001 ; 70 y 71 y capítulo II de la ley 446 de 1998 ; 56 del decreto 1818 de 1998 ; y 2 del decreto 1716 de 2009 esto es, que: (i) El acuerdo conciliatorio esté encaminado a la satisfacción del interés general, (ii) el asunto sea susceptible de

conciliación, es decir, no son objeto de conciliación los asuntos que versen sobre conflictos de carácter tributario, los que deban tramitarse mediante el proceso ejecutivo de que trata el artículo 75 de la ley 80 de 1993 y respecto de los cuales haya operado el fenómeno de la caducidad; (iii) el acuerdo no sea violatorio de la ley, aspecto que se analizará más adelante al ocuparse la presente providencia sobre el fondo del asunto; y (iv) El acuerdo no sea lesivo para el patrimonio público, aspecto que se analizará más adelante al ocuparse la presente providencia sobre el fondo del asunto.

El Tribunal, desestimó los tres argumentos fundamentales que sirvieron de base para considerar, por parte del Comité de Conciliación de la Superintendencia Nacional de Salud, que debía lograrse un arreglo amistoso con Saludcoop por las razones que se exponen a continuación.

> *De acuerdo con las razones expresadas se improbará la conciliación extrajudicial a la que llegaron las partes, la Nación- Superintendencia Nacional de Salud y la Entidad Promotora de Salud Organismo Cooperativo Saludcoop, consignado en el acta No. 001 de 4 de febrero de 2011 por cuanto al expedir los actos objeto de conciliación la Superintendencia Nacional de Salud:*
>
> *(i) Aplicó, como correspondía, un procedimiento de naturaleza correctiva y no punitiva; la determinación tomada en los actos objeto de conciliación corresponde a la naturaleza correctiva del procedimiento; y en las distintas etapas de la actuación se garantizó el debido proceso administrativo a Saludcoop ;*
>
> *(ii) Se ajustó a derecho la interpretación realizada en el sentido de que los recursos de la UPC no pueden ser destinados a inversiones de la EPS; y quedó suficientemente acreditado en el expediente administrativo que eso fue lo que ocurrió con Saludcoop , esto es, que utilizó dineros parafiscales, provenientes de la UPC, para realizar inversiones, circunstancia que justifica suficientemente la medida adoptada en los actos objeto de conciliación consistente en ordenarle restituir "a la liquidez de la EPS los recursos utilizados en la adquisición de activos y otras operaciones glosadas."*

(iii) Respetó el debido proceso en la medida en que la sustitución del medio de prueba "inspección ocular con presencia de perito contador" por el de "inspección administrativa con participación de funcionarios de la Superintendencia Nacional de Salud" cumplió con el mismo cometido fijado por el medio probatorio que en su momento solicitó Saludcoop;

(iv) De acuerdo con lo anterior el acuerdo conciliatorio de que se trata no consulta el interés público, desconoce la ley aplicable y de llegar a aprobarse lesionaría el patrimonio público.

III-. FUNDAMENTOS DEL RECURSO

3.1. Apelación de SALUDCOOP[2]

El apoderado de SALUDCOOP solicita se revoque el auto apelado y en consecuencia se proceda a aprobar la conciliación a la que se ha hecho referencia y finca su inconformidad con la providencia apelada, principalmente, en lo siguiente:

3.1.1. Insiste en la existencia de violación del debido proceso, pues la discusión no se centra, como lo hace el Auto apelado, en si lo que se practicó fue una inspección ocular o una inspección administrativa, pues así se haya practicado la una o la otra, no se cumplió con el objeto de la prueba solicitada por las siguientes razones:

La Superintendencia Nacional de Salud encontró que la EPS había destinado dineros de la UPC para la realización de inversiones, lo cual está prohibido por la ley. Si esa era la imputación la forma más sencilla de desvirtuar ese hallazgo era simplemente que se practicara una prueba en la que, sea a través de una u otra forma de inspección, se revisara partida por partida de los recursos de la UPC para determinar si se gastaron o en que se invirtieron. Asimismo se solicitó se revisara, también partida por partida, el origen de los dineros que se habían empleado para las inversiones de infraestructura. En consecuencia el problema radica en si se practicó o no la prueba como se había solicitado, lo cual era absolutamente pertinente, procedente y conducente para demostrar que no se habían utilizado recursos de la UPC en inversiones de infraestructura. De hecho,

[2] Folios 440 a 493 del cuaderno principal.

el simple cálculo matemático de lo que había recibido durante los años 2004 a 2008 por UPC frente a los gastos médicos de esos años, llevaba a concluir que la UPC ni siquiera había alcanzado para cubrir todo el gasto médico. En consecuencia, si no había alcanzado para ello, mal podría sostenerse que se había utilizado en infraestructura. En efecto, la UPC recibida en esos años ascendió a la suma de $6.052.746.513 y el gasto médico realizado fue del valor de $6.378.258.146 miles; se repite, ni siquiera alcanzó el dinero para cubrir el gasto médico.

La violación del debido proceso no se da entonces porque se realizó una inspección administrativa y no una inspección ocular con intervención de perito contador sino porque de las tres pruebas ordenadas por la Superintendencia mediante el Auto 0821 solamente se atendió la práctica de una: la relativa a las fuentes y usos, sin que se realizaran la primera ni la tercera.

3.1.2. La violación del debido proceso se presentó también por el hecho de que la Superintendencia inició su actuación con un informe preliminar que indicaba que se habían desviado recursos de la UPC, no obstante lo cual en el informe final se refiere a que se destinaron a otros fines recursos parafiscales, lo que implicaba un cambio total de postura, al hacer extensivo el concepto de parafiscalidad a todos los demás ingresos que las EPS tienen, a pesar de que la práctica ilegal establecida solo está contemplada respecto de los recursos de la UPC, más no respecto de los demás ingresos de las EPS.
Pero la resolución 0983 crea una nueva práctica ilegal o no autorizada que no se había ventilado ni en el informe preliminar de visita ni en el final, consistente en que todos los ingresos de las EPS son parafiscales por lo cual se deben destinar a prestar servicios de salud.

La violación al debido proceso se produce entonces porque se inicia una actuación administrativa tipificando un determinado hallazgo, pero se termina dando órdenes por la comprobación de otro hallazgo, diferente del que determinó el informe preliminar.

3.1.3. Respecto de la indebida utilización de la UPC en inversiones de infraestructura, manifiesta que el Tribunal avaló las Resoluciones objeto de conciliación pese a que no existe prueba alguna dentro de la actuación administrativa de la cual se pueda concluir que la EPS utilizó los recursos de la

UPC para realizar inversiones. Por el contrario y precisamente ahí surge la confusión, la prueba que la EPS utilizó y que pese a haber sido decretada no se realizó iba dirigida a demostrar en que se habían invertido los recursos de la UPC durante todos esos años, e igualmente a demostrar con que recursos se habían realizado las inversiones en infraestructura.

3.1.4. En cuanto a la incorrecta interpretación de la normatividad, insiste en que la misma, según el Acta de Conciliación radica en que (i) no es correcta la tesis de que no se pueden destinar los recursos parafiscales en inversiones en activos fijos destinados a prestar servicios de salud y (ii) en la aplicación de normas de carácter general, para el análisis, sin profundizar en la naturaleza jurídica del vigilado (cooperativa), ya que si la EPS generaba un remanente en su operación, le era lícito reinvertirlo y destinarlo a actividades de inversión en activos fijos destinados a prestar servicios de salud.

A juicio del apelante, dentro de la parafiscalidad de los recursos que manejan las EPS, hay unos que deben destinarse exclusivamente para los costos y gastos de servicios de salud, y no se pueden destinar a infraestructura, así sea que la misma beneficie al sector de salud, como los son las UPC; pero hay otros como las cuotas moderadoras, pagos compartidos, tarifas y bonificaciones de los usuarios, que se pueden aplicar no solo al pago de los costos y gastos de los servicios de salud, en el cual resulta admisible la inversión en infraestructura médica y asistencial que beneficia al mismo sector salud. No sobra recordar, que fuera de toda la bolsa de recursos parafiscales, las EPS también manejan ingresos que no tienen esta naturaleza, sobre los cuales no existe ninguna restricción de uso (v.g. ingresos de recobros, financieros, actividades industriales y comerciales etc).

Contrario a lo afirmado en la Resolución 983, si se observan con detenimiento las normas de la Ley 100 de 1993, las normas de habilitación financiera (Decreto 574 de 2007) y las normas que regulan la organización y funcionamiento de las EPS, en especial el Decreto 1485 de 1994, no se encuentra la obligación legal de que la generación interna fondos de una EPS se deba mantener en disponible para atender los compromisos del POS. No existe ninguna disposición legal y reglamentaria que imponga esa obligación; las disposiciones legales sobre margen de solvencia y patrimonio técnico en ningún aparte contemplan tal exigencia para las EPS.

Las operaciones no autorizadas a las EPS por el artículo 11 del Decreto 1485 de 1994, no establecen restricciones al uso que las EPS pueden dar a los remanentes de liquidez que le quedan después de prestar y garantizar el servicio de salud.

En consecuencia, constituye total extralimitación de las competencias de la Superintendencia Nacional de salud, exigir e imponer a una EPS el cumplimiento de una obligación que no está tipificada en la ley o en sus reglamentos. Tanto así que la Resolución no cita la norma que le sirve de fundamento para dar esa orden.

Tampoco existía una regulación que indicara a las EPS del régimen contributivo en que pueden o no utilizar los recursos de la UPC y demás ingresos que reciben, y por ello este vacío lo han tenido que suplir los Ministerios de Hacienda y de Protección Social a través de sus conceptos e instrucciones en la materia, de los cuales transcribe algunos apartes que considera contrariados por la interpretación de la Superintendencia Nacional de Salud en las Resoluciones atacadas.

Igualmente considera que se da un trato discriminado a SALUDCOOP frente a las Administradoras del Régimen Subsidiado a las cuales el artículo 13 del Decreto 1804 de 1999 prohíbe adquirir inmuebles o realizar cualquier tipo de inversión de compra o arrendamiento financiero con cargo a los recursos de la UPC “salvo en el porcentaje que resulte al deducir del 100% del ingreso los valores porcentuales necesarios para cancelar en forma oportuna las obligaciones con los proveedores de bienes y prestadores de servicios de salud conforme las disposiciones legales y contractuales vigentes y los recursos necesarios para el pago de sus empleados y servidores”

Agrega que tampoco existe norma legal que establezca que los ingresos diferentes de la UPC y los copagos y las cuotas moderadoras son de carácter parafiscal, como lo afirma la Superintendencia Nacional de Salud.

En cuanto al sustento legal para que las EPS puedan prestar directamente servicios de salud, manifiesta que la prestación directa de los servicios de salud por parte de las EPS está determinada en (i) literales i, k del artículo 156 de la ley 100 de 1993; (ii) Parágrafo 1 del artículo 181 de la ley 100 de 1993; (iii) Parágrafo 1 del artículo 183 de la ley 100 de 1993.

Indica que si la EPS decide organizar directamente la prestación del servicio de salud, debe cumplir los estándares básicos y de estructura. Y de procesos por cada uno de los servicios médicos que se prestan y que se consideran suficientes y necesarios para reducir los principales riesgos que amenazan la vida o la salud de los usuarios. Estos estándares como lo indica la propia reglamentación, comprenden: recurso humano, infraestructura –instalaciones físicas-mantenimiento, dotación-mantenimiento, medicamentos y dispositivos médicos para uso humano y su gestión, procesos prioritarios asistenciales, historia clínica y registros asistenciales, interdependencia de servicios, referencia de pacientes y seguimiento a riesgos en la prestación de servicios de salud.

La inversión de recursos del sistema de salud en infraestructura para la prestación de servicios de salud o en servicios que complementen esta actividad, se enmarca dentro de la parafiscalidad.

La inversión de recursos que SALUDCOOP ha realizado se ha enfocado al desarrollo y adquisición de la infraestructura médica necesaria para prestar servicios de salud, la adquisición de los equipos médicos y de soporte administrativo necesarios para este fin. Es decir, los recursos además de utilizarse con el fin de poder prestar servicios de salud, se han reinvertido en el propio sector.

Respecto del desconocimiento de la naturaleza cooperativa de SALUDCOOP y de que su inversión en infraestructura hospitalaria se realizó con los remanentes de liquidez, insiste en que como entidad cooperativa no puede repartir ni sus excedentes ni sus remanentes, por disposición del artículo 4 de la Ley 79 de 1988[3], y además como entidad privada puede participar en la prestación de un

[3] ARTICULO 4°.-Es cooperativa la empresa asociativa sin ánimo de lucro, en la cual los trabajadores o los usuarios, según el caso; son simultáneamente los aportantes y los gestores de la empresa, creada con el objeto de producir o distribuir conjunta y eficientemente bienes o servicios para satisfacer las necesidades de sus asociados y de la comunidad en general.

Se presume que una empresa asociativa no tiene ánimo de lucro, cuando cumpla los siguientes requisitos:

1. Que establezca la irrepartibilidad de las reservas sociales y en caso de liquidación, del remanente patrimonial.

2. Que destine sus excedentes a la prestación de servicios de carácter social, al crecimiento de sus reservas y fondos, y a reintegrar a sus

servicio público, en este caso el de salud, como administrar recursos públicos. Y como particular tiene derecho a un margen de ganancia.

La Superintendencia aunque reconoció el derecho de ganancia de la EPS, no aclaró ni fijó los parámetros de cual debe ser ese límite, lo que implicó una violación del derecho de defensa, por no asumir el debate de fondo.

Estando claro que las EPS como particulares, que participan en la administración del servicio de salud: (i) tienen derecho a derivar un margen de ganancia; (ii) esa ganancia corresponde a los dineros que en efectivo le quedan luego de prestar el servicio de salud, (iii) y que como organización cooperativa, no los podía repartir, los debía en consecuencia reinvertir en su objeto social, es necesario realizar la verificación de cada inversión, y comprobar que estaban destinadas para hacer más eficiente la prestación del servicio de salud, o estaban conforme con las disposiciones estatutarias de la entidad, o estaban conforme con su naturaleza cooperativa.

Lo que se reprocha a las resoluciones de la Superintendencia es que no haya tomado en cuenta la naturaleza cooperativa de SALUDCOOP.

3.1.5. En relación con las irregularidades evidenciadas en el procedimiento seguido por la Superintendencia para imponer las medidas mediante las resoluciones objeto de la conciliación señala que el Tribunal no solo no tuvo en cuenta la legislación vigente que rige sobre el particular, sino que desconoció pronunciamientos del Consejo de Estado que en un caso similar, anuló los actos administrativos de la misma Superintendencia Nacional de Salud, que no obstante ésta entidad calificara de cautelares, el Consejo de Estado consideró que eran de naturaleza sancionatoria.

Para reforzar su aserto transcribe apartes del fallo del Consejo de Estado de 21 de octubre de 2010, en un caso fallado contra la Superintendencia Nacional de Salud e impetrado por la EPS Colmédica.

---

asociados parte de los mismos en proporción al uso de los servicios o a la participación en el trabajo de la empresa, sin perjuicio de amortizar los aportes y conservarlos en su valor real.

El desconocimiento del debido proceso consistió en que si de los informes preliminar y final de visita se encuentran hallazgos, como en efecto sucedió en el presente caso, el Superintendente delegado deberá concluir el procedimiento (no concluirlo en esta etapa), y para tal efecto las normas procedimentales le dan tres opciones a saber: ordenar plan de desempeño, abrir investigación administrativa (que puede conducir a una sanción administrativa) o si las circunstancias lo ameritan, ordenar la toma de posesión.

3.1.6. En materia de los errores técnicos de las Resoluciones 296 del 11 de febrero de 2010 y 983 del 21 de junio de 2010 señaló que SALUDCOOP contrató un dictamen de KPMG cuyo informe denota las fallas en la práctica de pruebas realizadas por la Superintendencia y los errores cometidos en el análisis de la información.

3.2. Apelación de la SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD[4].

3.2.1. Irregularidad del procedimiento de la adopción de la decisión.

Controvierte aquí la apreciación del Tribunal consistente en que la Superintendencia Nacional de Salud, había actuado en ejercicio de las competencias reglamentarias consagradas en el artículo 8 numeral 8 del Decreto 1018 de 2007, que reguló la estructura interna de la Superintendencia Nacional de Salud.

La recurrente se aparta de ese criterio, especialmente, por las siguientes razones:

Las órdenes que se emitan con base en las facultades consagradas en el literal c) del artículo 35 de la Ley 1122 de 2007 y artículo 8 numeral 8 del Decreto 1018 de 2007, deben ser impartidas en el marco de un debido procedimiento.

La Superintendencia Nacional de Salud en el trámite que originó la expedición de las resoluciones 296 y 983 de 2010, siguió los manuales de procesos y procedimientos, en el capítulo visitas de inspección de la Resolución 280 de 2009 en concordancia con las Resoluciones 1242 de 2008 y 1212 de 2007, pero erró al culminar el procedimiento y tomar una medida diferente a la contemplada en los citados manuales y resolución de procedimiento administrativo sancionatorio.

---

[4] Folios 499 a 546 del cuaderno principal.

Así las cosas el Superintendente de Salud en aras de garantizar el debido proceso de SALUDCOOP, debió impartir las órdenes y adoptar la decisión que considerara proporcionada y razonable, como medida cautelar dentro de un procedimiento administrativo sancionatorio, o como un plan de desempeño o como una medida de salvamento en la intervención administrativa. De lo contrario debió proceder a tomar posesión de la EPS para administrarla y cautelar sus bienes o liquidarla o, como resultado de un proceso de investigación revocar su certificado de habilitación.

Advierte que no se puede confundir la actuación de la Superintendencia en las Resoluciones materia de conciliación con la implementación de una orden de inmediato cumplimiento “por cuanto dicha decisión si ostenta el carácter de sanción administrativa. Ello es así porque, aunque directamente no se dice, implícitamente esta es la manifestación de la administración, por cuanto las decisiones tienen en efecto definitivo y producen consecuencias que generan limitaciones de operación a la EPS para el cumplimiento de sus funciones y el desarrollo de su misión, se le imponen a SALUDCOOP costos financieros y limitaciones para acceder a recursos que conllevan mayores costos y la restitución de la liquidez se traduce en la necesaria venta de activos fijos de un valor significativo en infraestructura de salud, en unos plazos y condiciones contrarios al costo de oportunidad de la Entidad y bajo el riesgo patrimonial para la vigilada que podría tener repercusiones en el Sistema General de Seguridad Social en salud y contra el Estado colombiano.

3.2.2. Vulneración del debido proceso por la negativa de práctica de pruebas conducentes a demostrar los supuestos de la medida adoptada.

Se comparte parcialmente la decisión del Tribunal en el sentido que el decreto de la prueba solicitada por la EPS, puede ser variada por la Superintendencia, siempre y cuando conserve su finalidad en aras de garantizar el debido proceso al vigilado. Sin embargo “debe advertirse que este proceso probatorio se dio en el marco de una visita inspectiva y no dentro de un proceso de investigación formal”. Por la misma razón no hubo lugar a la formulación previa del pliego de cargos, ni se procedió a establecer procedimientos probatorios o peritajes precisos sobre imputaciones claramente definidas, que permitieran verificar y probar los aspectos que de ese informe pueden ser debatibles, por ejemplo los inventarios de bienes,

la adecuada identificación y registro de los bienes que tienen una clara finalidad de atender a los afiliados de la EPS, de aquellos que no la tienen; la valuación de los bienes a través del tiempo que incorpore la pérdida de valor de los mismos por desgaste y uso, para la atención de los afiliados a la EPS.

El Comité de Conciliación registró que la interpretación normativa acerca de la inversión en infraestructura era insuficiente, por cuanto una vez se declaró en el año 2007 la determinación de inversiones en activos fijos como práctica insegura por parte de las EPS, dejó por fuera y sin contexto todo análisis legal que permitía esas prácticas hasta el año 2006 cuando se expidió la circular 26 y que el Tribunal consideró que el Comité no desarrolló a profundidad.

3.2.3. Incorrecta interpretación de la normatividad relacionada con la aplicación de los recursos parafiscales de la seguridad social.

Resiente el apelante que el Tribunal haya desconocido los argumentos que le fueron presentados en relación con la interpretación de las Circulares 26 de 2006, 47 de 2007 y 49 de 2008, considerando que parte de la normatividad invocada por el Comité de Conciliación de la Superintendencia está derogada actualmente, no obstante lo cual la recurrente considera que si debió analizarse, porque solo revisando históricamente la evolución de la reglamentación en la materia, es posible determinar la legalidad de estas conductas en el tiempo, y los principios de legalidad y confianza legítima que los cobijaban.

Se manifiesta también en desacuerdo con el hecho de que el Tribunal haya inferido de la jurisprudencia del Consejo de Estado, que una inversión para ser considerada dentro de los fines de la parafiscalidad, además del uso que se le de, ha de ser necesariamente de corto plazo. En sentido contrario, el Tribunal consideró que las inversiones de largo plazo no cumplen por ello la finalidad parafiscal en la seguridad social, sin determinar su uso. Esta interpretación a la que se arriba por extensión, después de verificar si el uso de los recursos parafiscales esta dado para atender las necesidades de los servicios de salud de los afiliados es incorrecta, porque nada tiene que ver la convertibilidad de un bien en dinero o en otros bienes (liquidez) con la finalidad para la que se adquiere y el uso que se le da o se le ha dado. Si bien es cierto que por vía de la circular 26 de 2006 de la Superintendencia Nacional de Salud se llegó a ver que era necesario

declarar las inversiones con los recursos parafiscales en activos fijos como práctica insegura y prohibida, porque con ella se puede derivar un traslado de propiedad, no es menos cierto que esa situación se materializa cuando esos bienes se enajenan o cuando la EPS se liquida, y que mientras eso o sea así esas inversiones se estarían agotando o consumiendo en la prestación de servicios de salud, es decir en el cumplimiento de los fines del Estado.

La Superintendencia Nacional de Salud concluye que:

No es lógico que ante un informe final que registra posible desviación de recursos, no se haya procedido a abrir investigación o a intervenir a SALUDCOOP EPS, tomando el dominio de todos sus bienes y haberes, porque en ese momento, si en realidad había convicción sobre el informe final, esas decisiones eran procedentes. Es decir, no hay congruencia entre el informe final y la Resolución 296 confirmada por la 983 de 2010, porque mientras el informe final apunta a la necesaria devolución de recursos al Estado, la Resolución 296 esta orientada a exigir una mayor liquidez de la EPS y la obliga a restituirla.

La medida de obligar a la EPS a la toma de créditos o la venta de clínicas y activos, no contribuye de ninguna manera, a la recuperación de dineros del erario, porque los recursos resultantes de la venta de activos y clínicas se dejan en manos de SALUDCOOP, y no existe restitución real del dinero que, según la interpretación debe ser del Estado.

Finalmente señala que el Tribunal no se pronunció sobre la interpretación que el Comité de Conciliación dio a la Sentencia de 21 de octubre de 2010, radicación 11001-03-24-000-2005-00168-01, Consejero ponente: Rafael Ostau de Lafont Pianeta, actor Colmédica Medicina Prepagada[5].

3.3. Intervención de la CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA[6]

[5] NOTA: El comité de conciliación se limitó a transcribir apartes de la sentencia sin hacer comentario o interpretación alguna sobre ella.

[6] Folios 14 a 39 del cuaderno del Consejo de Estado.

La Contraloría General de la República, por medio de apoderado, solicitó que se confirme la providencia de 19 de mayo de 2011, proferido por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera-Subsección “A”.

Señaló que estaba legitimada para intervenir en el proceso de la referencia, en ejercicio de las facultades constitucionales y legales en defensa de los recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud, pues existe el riesgo de que se lesione el patrimonio público debido a la supuesta desviación de recursos parafiscales hacia un fin diferente al previsto en la ley.

En su exposición mencionó que hizo uso de su función de advertencia que anexó al memorial y planteó los siguientes argumentos a favor de la confirmación del auto de la referencia.

3.3.1. El artículo 6° del Decreto 1018 de 2007, le asignó a la Superintendencia de Salud, entre otras funciones las de “Practicar visitas de inspección y vigilancia a los sujetos vigilados a fin de obtener un conocimiento integral de su situación administrativa financiera y operativa, del manejo de los negocios, o de aspectos especiales que se requieran, para lo cual se podrán recibir declaraciones, allegar documentos y utilizar los demás medios de prueba legalmente admitidos y adelantar las investigaciones a que haya lugar” (numeral 22) y “Emitir instrucciones a los vigilados sobre la manera como deben cumplirse las disposiciones que regulan su actividad, fijar los criterios técnicos y jurídicos que faciliten el cumplimiento de tales normas y señalar los procedimientos para su cabal aplicación, así como aplicar las sanciones respectivas relacionadas con aquellos asuntos que son objeto de su competencia, de acuerdo con las normas legales y reglamentarias” (numeral 23).

Entre las funciones del Despacho del Superintendente de Salud, de acuerdo con el artículo 8° del Decreto 1018 de 2007, se encuentran las de “Emitir órdenes de inmediato cumplimiento necesarias para que suspendan prácticas ilegales o no autorizadas, adopten las correspondientes medidas correctivas y de saneamiento” (numeral 8) y “Fallar en segunda instancia los procesos administrativos sancionatorios que adelanten en primera instancia los Superintendentes Delegados” (numeral 35).

La lectura de las normas anteriores permite distinguir con claridad entre (i) las "instrucciones" que se dirigen a los vigilados para el cumplimiento de las normas así como "los procedimientos para su cabal aplicación", que fue lo sucedido en el caso sub exámine como consecuencia de la práctica de una visita de inspección y vigilancia, y (ii) los "procesos administrativos sancionatorios", que conducen a la imposición de sanciones como multas, suspensión de personería jurídica y otras previstas por la normatividad del sector.

Por lo anterior, no tuvo razón el Comité de Conciliación cuando confundió una instrucción de la Superintendencia para restituir la liquidez a la EPS y el procedimiento para su cabal cumplimiento con una sanción disciplinaria, para derivar de allí la presunta violación al debido proceso.

Además, con el acuerdo conciliatorio *"se dejan sin resolver importantes situaciones de hecho y de derecho que debieron ser abocadas por la Superintendencia de salud y su Comité de Conciliación, sino que tal como quedó insinuado por el Procurador Judicial que 'avaló' el proceso, se optó por tal solución ignorando el procedimiento regular existente en estos casos consistente en acudir a la nulidad de lo actuado retrotrayendo la actuación al punto que permita continuar con el proceso correspondiente, abordando de fondo todos y cada uno de los asuntos investigados"*.

Si como se consigna en el Acta de Conciliación, la Superintendencia no renuncia a sus potestades naturales, no se entiende por qué no se ocupó de retrotraer las actuaciones a la fase preliminar de la Resolución 1212 de 2007, sin transar sobre sus potestades de policía administrativa como se hizo en el citado acuerdo que, en consecuencia, puede ser contrario a la exigencia del artículo 65 de la Ley 446 de 1998, en la medida en que las potestades administrativas, entendidas como la capacidad de ejercer la función de policía administrativa no es transable.

Advierte que esa misma fue la percepción del Procurador Judicial que fungió como conciliador al señalar que el mecanismo idóneo para superar las anomalías que se pusieron de presente era acudir a la revocatoria directa y no a la conciliación, y si era del caso reiniciar la investigación y actuación administrativa.

De haberse presentado un error en la elección del procedimiento utilizado para impartir instrucciones sobre la manera como deben cumplirse las disposiciones y

señalar el procedimiento para su cabal aplicación, el camino correcto era la revocación parcial del mismo para rehacer la parte que estuviese afectada por el presunto vicio y no proceder a un acuerdo conciliatorio como el realizado.

3.3.2. La finalidad de la prueba solicitada por SALUDCOOP fue satisfecha con la inspección administrativa y las pruebas de oficio decretadas por la Superintendencia, durante su práctica tuvo la oportunidad de contradecirlas, de manera que no se observa por parte alguna en que aspecto se le pudo violar a la EPS el derecho de defensa y en consecuencia el debido proceso.

En este aspecto tuvo también razón el Tribunal cuando en el auto improbatorio del Acuerdo desestima la consideración del Comité de Conciliación en el punto de que se haya violado el debido proceso de la EPS, pues se demostró con las pruebas allegadas al expediente la procedencia de las inversiones y su finalidad, e igualmente se dio a SALUDCOOP la oportunidad de contradecirlas y defenderse.

Por otra parte dejando de lado la discusión sobre si se decretó o no una prueba solicitada por la EPS y de si ello era necesario, la Contraloría considera que las pruebas que sustentan la actuación administrativa controvertida y los actos administrativos que la concretaron se realizaron con base en los estados financieros, balance general y estado de resultados por los períodos 2003-2008, los que, a su vez, fueron preparados por la EPS, certificados por el contador general y el representante legal y dictaminados por el revisor fiscal de acuerdo con las normas vigentes.

Aclara que el estado de flujo (que se elabora conjuntamente con el estado de cambios en la situación financiera) es el efectivo generado y utilizado en las actividades de operación, inversión y financiación, mientras el estado de cambios en la situación financiera muestra los recursos generados y utilizados en la operación, los principales cambios ocurridos en la situación financiera y su reflejo final en el capital de trabajo, situación que evidencia no solo las operaciones realizadas en efectivo sino también las que se originan por operaciones financieras que no involucran necesariamente ingreso o salida de efectivo.

El Estado de Resultados al parecer presentó rubros por conceptos que escapan de la finalidad propia del giro normal de las operaciones de la EPS.

Ni del régimen de SSS ni del régimen legal contable, es posible deducir que con cargo a los recursos parafiscales, se puedan o deban contabilizar reservas que aumenten el patrimonio, pues ello no encaja en los conceptos de costos por la prestación del servicio de salud ni en el componente administrativo.

En la actuación de la Superintendencia se encontraron operaciones que, como la amortización del crédito mercantil, no se realizan en efectivo, pero afectan de manera directa los costos asociados con la UPC o el resultado del ejercicio y que no encuadran en el concepto de prestación de servicios.

Respecto de los intereses bancarios, la EPS obtuvo recursos por financiación externa y créditos bancarios, que cubrieron en forma suficiente los intereses, los cuales, como se observó en el estado de resultados, han sido tomados de los recursos parafiscales y tenidos en cuenta como gastos administrativos de la entidad a sabiendas que la financiación solo puede asumirse y cubrirse con recursos propios.

La amortización del crédito mercantil que viene realizando SALUDCOOP afecta directamente el costo de los recursos parafiscales, toda vez que dicho valor es deducido de la parafiscalidad como parte integral de los gastos de administración y/o costos POS-C, cuando en realidad corresponden a un mayor valor pagado en la inversión permanente al momento de la adquisición de sociedades.

El anterior material probatorio muestra, a juicio de la Contraloría, el fundamento de las Resoluciones revocadas.

3.3.3. En relación con la tacha de interpretación errónea de las normas reguladoras de la aplicación de los recursos parafiscales de la seguridad social, como son los recursos de la UPC, los copagos y las cuotas moderadoras no es aceptable, por cuanto la Resolución 00983 de junio 21 de 2010, por medio de la cual se resolvió el recurso de reposición contra la Resolución 00296 de 2010, se establece con claridad la distinción entre los recursos propios y los recursos parafiscales cuando se afirma que “lo que se objeta es el monto de las inversiones realizadas que superaban las disponibilidades de recursos pertenecientes a la EPS llevándola a utilizar recursos parafiscales para cubrir tales inversiones, razón por la cual, se reitera, que se objetan valores no conceptos de gastos…”.

3.3.4. La Contraloría llama la atención sobre la importancia de que los recursos parafiscales destinados a la salud fluyan adecuadamente para que los usuarios puedan tener el servicio oportuno y de calidad a que tienen derecho y por el cual cotizan en el sistema contributivo y por y para el cual el estado aporta tanto en ese régimen como en el subsidiado para la salud de la población vinculada. Fue por esa razón que la Contraloría hizo uso de su función de advertencia que fue respondida por el interventor de la EPS, en donde enumera las acciones emprendidas para superar la grave crisis que viene atravesando la EPS y allí se puede apreciar que SALUDCOOP si había comprometido su liquidez poniendo en riesgo la adecuada y oportuna atención en salud de los usuarios.

3.3.5. La Contraloría considera que de revocarse el auto del Tribunal y aprobarse el acuerdo conciliatorio podrían consolidarse las irregularidades anotadas y se configuraría un precedente a futuro en desmedro de la efectividad de la inspección vigilancia y control de los recursos parafiscales administrados por las EPS y, en general de las facultades de supervisión, control y vigilancia de los organismos que por disposición legal tienen esa función, que además podrían entender conciliable la función delegada por el Presidente de la República, sino también que, dados los efectos que una conciliación implica al hacer tránsito a cosa juzgada, se estarían dejando en firme los estados financieros de la EPS mencionada correspondientes al período investigado, sin que la Superintendencia haya entrado a analizar de fondo situaciones jurídicas vitales que ameritan una especial claridad conceptual y jurídica, para el manejo de los recursos de la salud en Colombia.

IV-. LA CONCILIACIÓN QUE SE REVISA Y LAS RESOLUCIONES MATERIA DE LA MISMA.

4.1. Contenido del Acuerdo Conciliatorio.

La fórmula conciliatoria aprobada consistió en:

> *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 DEL ORGANISMO COOPERATIVO SALUDCOOP EPS OC órdenes para que suspendan prácticas ilegales***

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 DEL ORGANISMO COOPERATIVO SALUDCOOP EPS OC contra la Resolución 296 de 2010"***

2.La Superintendencia Nacional de Salud ***NO ESTA*** *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 en 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 ésta, 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 DEL ORGANISMO COOPERATIVO SALUDCOOP EPS OC órdenes para que suspendan prácticas ilegales 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 DEL ORGANISMO COOPERATIVO SALUDCOOP EPS OC contra la Resolución 296 de 2010"***

De igual manera manifiesta que en relación con la fecha de suspensión de las resoluciones Nos. 00296 del 11 de febrero de 2010 y la 00983 del 21 de junio de 2010, el Comité de Conciliación y Defensa Judicial de la

Superintendencia en sesión del día 3 de febrero de 2011 manifestó lo siguiente: 'Se le faculta al apoderado para conciliar la ampliación del punto 4 del acuerdo conciliatorio, en el sentido de que la Superintendencia Nacional de Salud, se compromete, a expedir el acto administrativo que suspenda la ejecución de la orden impartida en las resoluciones objeto de la conciliación dentro de los 5 días hábiles siguientes a la suscripción del acuerdo conciliatorio enfatizando que la presente conciliación se suscribe solamente en los términos del acuerdo conciliatorio plasmado y aprobado por los miembros del comité de conciliación, en el acta No. 79 de fecha 1 de febrero de 2011', motivo por el cual se ratifica que la Superintendencia Nacional de Salud presenta su fórmula conciliatoria únicamente y con fundamento exclusivo en las razones de hecho y de derecho que expuso el Comité de Conciliación en el acta No. 79 de fecha 1 de febrero de 2011, por cuanto carezco de facultades para ampliar el acuerdo conciliatorio[7]*.*

4.2. Razones del Comité de Conciliación para autorizar el acuerdo[8].

Al realizar el análisis de las Resoluciones Nos. 00296 del 11 de febrero de 2010 y la 00983 del 21 de junio de 2010, el Comité de Conciliación encontró:

Que estas configuran causales de revocatoria contempladas en el artículo 69 del Código Contencioso Administrativo, en razón de que 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

---

[7] Folio 11 del Anexo 1. Cabe destacar que en el numeral 4° de la Conciliación, la Superintendencia Nacional de Salud adquiere un compromiso que deberá cumplir con posterioridad a la suscripción del acuerdo conciliatorio(dentro de los 5 días hábiles siguientes a esa fecha), mediante el cual se obliga a expedir un acto administrativo que suspenda la ejecución de las órdenes impartidas en las resoluciones objeto del acuerdo. En consecuencia, dado que el cumplimiento efectivo de esa obligación no forma parte del acuerdo conciliatorio objeto de análisis por la Sala, ésta no hará referencia a esa circunstacia que, como se dijo, es posterior a la firma de la conciliación.

[8] Acta No. 79 de 1-02-11, folios 8 a 27 del anexo 1.

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 la falta de un análisis profundo en materia contable financiera, conforme las particularidades de las organizaciones de naturaleza cooperativa.

Señaló que la Superintendencia Nacional de Salud no cumplió los procedimientos que la rigen para realizar investigaciones administrativas que le competen porque: (i) La Resolución 0280 de 2009 "Por la cual se adopta el Manual de Procesos y Procedimientos de la Superintendencia Nacional de Salud", consagra que una vez termina una visita de Inspección se debe proceder a: 1) Ordenar un Plan de Desempeño; 2) abrir una investigación administrativa o formular cargos; 3) ordenar una intervención. (ii) En el caso en comento se procedió a adoptar inmediatamente, luego de terminada la visita y de presentado el informe, a dictar medidas sancionatorias, sin que hubiera previa apertura de investigación o se ordenara una medida preventiva o cautelar. (iii) Este procedimiento además de ser irregular conlleva la negación del debido proceso.

A continuación se limita a transcribir apartes de la sentencia de 21 de octubre de 2010, radicación 11001-03-24-000-2005-00168-01, Consejero ponente: Rafael Ostau de Lafont Pianeta, actor Colmédica Medicina Prepagada, sin hacer comentario o interpretación alguna sobre ella. Igualmente menciona la naturaleza de las medidas cautelares adoptadas dentro de un proceso.

Concluye luego que las resoluciones objeto de la conciliación constituyen verdaderas sanciones porque: (i) tienen un efecto definitivo; (ii) se trata de una decisión que no tiene segunda instancia y en consecuencia cierra el proceso de manera definitiva; (iii) generan limitaciones de operación de la EPS para el cumplimiento de sus funciones y el desarrollo de su misión; (iv)se le imponen a SALUDCOOP costos financieros y limitaciones para acceder a recursos que conllevan mayores costos; (v) la restitución de la liquidez que menciona el artículo primero de la Resolución 0296 de 2010 se traduce en la necesaria venta de activos fijos de un valor significativo en la infraestructura de salud, en unos plazos y condiciones contrarios al costo de oportunidad de la Entidad y bajo el riesgo

patrimonial para la vigilada que podría tener repercusiones en el SGSSS y contra el Estado colombiano.

En cuanto al procedimiento que debió seguirse indica:

> *1.-El informe preliminar debe trasladarse al vigilado antes de 10 días hábiles para que ejerza su derecho de contradicción y defensa. Así los señala el literal f) del numeral 5.1.1. de la Resolución 280 de 2009 en concordancia con el inciso 2 del artículo 10 de la Resolución 1242 de 2008.*
>
> *2.- Con posterioridad a la presentación del informe final de visita, debe procederse a archivar la actuación o dar traslado de los hallazgos encontrados en la visita. Así lo establecen los numerales 5.2.3 que señala las actividades que se realizan en el desarrollo de la visita y el 5.2.4 que regula la elaboración del informe de la visita y en las actividades 15 y 16.*
>
> *3.- En aquellos casos en los que se registren hallazgos en las visitas inspectivas, se procede a remitir el respectivo informe al Superintendente Delegado, de acuerdo con sus competencias, según el numeral 5.2.5. de la Resolución 280 de 2009, quien sucesivamente procede conforme a la actividad descrita en el numeral 6 de la Resolución antes mencionada.*
>
> *4.- La actividad 6, a desarrollar por parte del Superintendente Delegado que conoce los hallazgos, consiste en: a) Ordenar plan de desempeño, o, b) Abrir investigación administrativa o, c) Si se dan las causales de intervención ordenar la toma de posesión para intervención forzosa administrativa.*

A continuación el Comité de Conciliación hace las siguientes precisiones.

4.2.1 Irregularidades evidenciadas en el procedimiento seguido por la Superintendencia Nacional de Salud para imponer las medidas mediante las resoluciones objeto de la conciliación.

Considera el Comité de Conciliación que:

> *Se violó el debido proceso contemplado en las Resoluciones 1212 de 2007, 1242 de 2008, 280 de 2009 y el artículo 29 de la Carta lo que da lugar a la*

aplicación del numeral 1 del artículo 69 del C.C.A., teniendo en cuenta que la Superintendencia Nacional de Salud en lugar de abrir investigación administrativa, intervenir u ordenar un plan de desempeño, ordenó a SALUDCOOP suspender las prácticas ilegales o no autorizadas y adoptar las medidas correctivas y de saneamiento como medida definitiva sin que hubiera una apertura de investigación previa.

4.2.2. Incorrecta interpretación de la normatividad relacionada con la aplicación de los recursos parafiscales de la seguridad social.

El argumento central de las Resoluciones 296 del 11 de febrero de 2010 y 983 de 21 de junio de 2010 consiste en que los recursos de la UPC, copagos y cuotas moderadoras son parafiscales y únicamente se pueden emplear para cumplir la finalidad de seguridad social para los afiliados. Por lo anterior, las EPS no pueden destinar recursos parafiscales a inversiones en activos fijos porque esto les impediría cumplir la finalidad parafiscal.

Esa tesis no la considera correcta el Comité de Conciliación por las siguientes razones:

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 de 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 las inversiones en activos fijos que tengan como finalidad la atención de sus afiliados. La Ley 100 de 1993 en su artículo 181 Parágrafo 1°, Artículo 10° del Decreto 1485 de 1994 y el Decreto 1804 de 1999 en su artículo 5° 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 2008, cuando tuvo plena aplicación el artículo 15 de la Ley 1122 de 2007, 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 conciliación se fundamentan en la Circular Externa N° 49 de 2008 de la Superintendencia Nacional de Salud, donde se califica como práctica 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 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 2007, 1698 de 2007, 2353 de 2008 y 4789 de 2009) así como las Leyes 100 de 1993 y 1122 de 2007.

Señala además que se obvió verificar si los activos de la EPS SALUDCOOP cumplen o no una finalidad parafiscal, en tanto no se hizo un inventario detallado de cada uno de los activos ni se verificó su destinación y uso.

Así mismo, se le negó a esta Entidad la práctica de pruebas conducentes a demostrar lo antes expuesto.

La Superintendencia Nacional de Salud ha debido:

a) inventariar el tipo de inversión en infraestructura y verificar su destinación.

b) Analizar si la inversión que realizó el vigilado se encontraba ajustada a la norma vigente para la época de la expedición de las resoluciones objeto de la conciliación.

c) Garantizarle el derecho de defensa a la EPS SALUDCOOP OC, practicando las pruebas solicitadas por aquella y que permitieran determinar el destino real y efectivo de los activos fijos registrados en sus Estados Financieros.

En las resoluciones materia de conciliación se sostiene, además, que las inversiones en activos fijos se hicieron con recursos parafiscales, sin verificar su destinación, pueden llevar a riesgos para la prestación de los servicios a los

afiliados a la EPS o para el cumplimiento de sus obligaciones con sus proveedores o terceros relacionados con la misma. No obstante, el seguimiento que realizó la Superintendencia durante el período 2004-2008, no evidencia incumplimiento de la EPS, y que no hubo afectación de estos, ni se presentaron incumplimientos en compromisos con los proveedores, o de los estándares de permanencia en el SGSSS, conforme a los reportes remitidos a la Superintendencia.

Finalmente el Acta del Comité de Conciliación señala que se aplicaron normas de carácter general para el análisis, sin profundizar en la naturaleza jurídica del vigilado.

4.3. Las Resoluciones materia de conciliación

La Resolución 00296 de 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" resuelve:

> *ARTÍCULO PRIMERO; ORDENAR a la ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD ORGANISMO COOPERATIVO SALUDCOOP que:*
>
> *a)Restituya a la liquidez de la EPS los recursos utilizados en la adquisición de activos y otras operaciones glosadas en los informes de visita y en las consideraciones de esta Resolución durante el período 2004 a 2008, suma que asciende a doscientos ochenta y seis mil ochocientos noventa y cinco millones cien mil pesos ($286.895.1 millones) que a precios de 2008 equivalen a trescientos dieciocho mil doscientos cincuenta millones de pesos m/cte ($318.250 millones).*
>
> *b)Atender con sus propios recursos los pagos que por amortizaciones, intereses y otros costos implique la restitución de la financiación externa que por valor de trescientos ocho mil novecientos cincuenta y ocho millones ($308.958 millones) obtuvo la EPS para el financiamiento de las operaciones descritas en las consideraciones de esta resolución.*

c)Se abstenga en lo sucesivo 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 definidos como parafiscales provenientes de sus usuarios, para ser utilizados en infraestructura, inversiones, préstamos, donaciones, servicio de la deuda y en general en cualquier uso distinto a los costos y gastos producto de la prestación de servicios de salud a la población afiliada.

d)Desmonte las operaciones de préstamo, donación, leasing e inversión glosadas en los informes de visita de que se tratan las consideraciones de este informe, si son financiadas con los ingresos derivados de la UPC, aportes, cuotas moderadoras, pagos compartidos, copagos, tarifas, deducibles o bonificaciones u otros definidos como parafiscales.

ARTÍCULO SEGUNDO: CONCEDER el término de ocho (8) meses, contados a partir de la ejecutoria del presente acto administrativo, para dar cumplimiento a las órdenes impartidas en los literales a) y d) del artículo primero de esta resolución. Las órdenes impartidas en los literales b) y c) del artículo primero son de cumplimiento inmediato. La EPS deberá presentar a la Superintendencia dentro de los 15 días siguientes a la notificación de la presente resolución un programa de cumplimiento de las órdenes impartidas.

ARTICULO TERCERO: NOTIFICAR PERSONALMENTE del contenido de esta decisión al Doctor CARLOS GUSTAVO PALACINO ANTÍA, representante legal de la ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD ORGANISMO COOPERATIVO SALUDCOOP, identificada con el NIT 800250119-1, o quien haga sus veces, en la dirección calle 116 No. 21-37 de la ciudad de Bogotá Distrito Capital, haciéndole saber que contra la presente providencia procede el recurso de reposición, el cual deberá interponerse por escrito ante este Despacho ubicado en la carrera 7 No. 32-16 piso 19 de esta ciudad, dentro de los cinco (5) días siguientes a su notificación, previo el cumplimiento de los requisitos establecidos en el Código Contencioso Administrativo.

PARÁGRAFO: Si no se lograse surtir la notificación en forma personal, ésta se realizará por edicto en el término de diez (10) días, con la inserción de la

parte resolutiva de esta providencia, como lo dispone el artículo 45 del Código Contencioso Administrativo.

ARTICULO CUARTO: NOTIFICAR PERSONALMENTE del contenido de esta decisión al Doctor JOSÉ JOAQUÍN BERNAL ARDILA, apoderado de la ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD ORGANISMO COOPERATIVO SALUDCOOP, identificada con el NIT 800250119-1, o quien haga sus veces, en la dirección calle 67 No. 7-35 oficina 501 de la ciudad de Bogotá Distrito capital, haciéndole saber que contra la presente providencia procede el recurso de reposición, el cual deberá interponerse por escrito ante este Despacho ubicado en la carrera 7 No. 32-16 piso 19 de esta ciudad, dentro de los cinco (5) días siguientes a su notificación, previo el cumplimiento de los requisitos establecidos en el Código Contencioso Administrativo.

PARÁGRAFO: Si no se lograse surtir la notificación en forma personal, ésta se realizará por edicto en el término de diez (10) días, con la inserción de la parte resolutiva de esta providencia, como lo dispone el artículo 45 del Código Contencioso Administrativo.

ARTÍCULO QUINTO: El incumplimiento de las órdenes impartidas en la presente resolución, será causal de intervención por parte de ésta entidad, de conformidad con lo establecido en el Decreto 1015 del 2002, Decreto 3023 de 2002, Decreto 506 de 2005 y 126 de 2010 y demás normas concordantes.

ARTÍCULO SEXTO: La presente resolución rige a partir de la fecha de su expedición y surte efectos a partir de su notificación.

Por su parte, la Resolución 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” decide:

ARTÍCULO PRIMERO: CONFIRMAR la orden impartida en el artículo quinto de la Resolución 0296 del 11 de febrero de 2010.

ARTÍCULO SEGUNDO: MODIFICAR el artículo segundo de la Resolución 0296 del 11 de febrero de 2010, con fundamento en las consideraciones expuestas en el 3.9 del título denominado Conclusiones del Despacho, el cual quedará así:

ARTÍCULO SEGUNDO: CONCEDER el término de DOS (2) años, contados a partir de la ejecutoria del presente acto administrativo, para dar cumplimiento a las órdenes impartidas en los literales a) y d) del artículo primero de esta resolución. Las órdenes impartidas en los literales b) y c) del artículo primero son de cumplimiento inmediato. La EPS deberá presentar a la Superintendencia dentro de los 15 días siguientes a la notificación de la presente resolución un programa de cumplimiento de las órdenes impartidas. La Superintendencia Delegada para la Generación y Gestión de los Recursos Económicos para la Salud hará visitas mensuales para verificar el cumplimiento de las órdenes impartidas en el presente acto administrativo y el uso que le debe dar a los recursos en virtud de lo dispuesto en la ley y en la jurisprudencia citada.

ARTÍCULO TERCERO: NOTIFICAR el contenido de esta decisión al Doctor JOSÉ JOAQUÍN BERNAL ARDILA, apoderado de la ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD ORGANISMO COOPERATIVO SALUDCOOP, identificada con el NIT 800250119-1, o quien haga sus veces, en la dirección calle 67 No. 7-35 oficina 501 de la ciudad de Bogotá Distrito Capital, haciéndole saber que contra la presente providencia no proceden recursos.

ARTÍCULO CUARTO: COMPULSAR copias de la presente actuación a la Fiscalía General de la Nación, a la Procuraduría General de la Nación, a la Contraloría General de la República, a la Dirección Nacional de Impuestos y Aduanas Nacionales –DIAN-, a la Superintendencia de Economía Solidaria y a la Superintendencia Financiera de Colombia, para lo de su competencia.

ARTÍCULO QUINTO: REMITIR el expediente de la presente actuación administrativa a la Superintendencia Delegada para la Generación y Gestión de los Recursos Económicos para la Salud, para lo de su competencia.

ARTÍCULO SEXTO: la presente resolución rige a partir de la fecha de su expedición y surte efectos a partir de su notificación.

V.- CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Competencia

Por la importancia jurídica del asunto la Sección Primera decidió someter su conocimiento a la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de la Corporación, que acogió esa solicitud y asumió la competencia en sesión del 8 de noviembre de 2011.

2. La conciliación en materia contencioso administrativa.

El artículo 1° del Decreto 1818 de 1998 "Por medio del cual se expide el estatuto de los mecanismos alternativos de solución de conflictos", compilador del artículo 64 de la Ley 446 de 1998 "Por la cual se modifican normas relativas a la conciliación y se dictan otras disposiciones" define la conciliación como el 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 natural y calificado denominado conciliador.

El artículo 19 de la Ley 640 de 2001 establece que *"[s]e podrán conciliar todas las materias que sean susceptibles de transacción, desistimiento y conciliación, ante los conciliadores de centros de conciliación, ante los servidores públicos facultados para conciliar a los que se refiere la presente ley y ante los notarios".*

Las conciliaciones extrajudiciales en materia de lo contencioso administrativo, conforme lo señala el artículo 23 ídem, *"sólo podrán ser adelantadas ante los Agentes del Ministerio Público asignados a esta jurisdicción".*

La Ley 446 de 1998 reguló la conciliación en materia contencioso administrativa, prejudicial o judicial, en los procesos que se adelanten ante esta jurisdicción. Así, en el inciso 1.° del artículo 70 que modificó el artículo 59 de la Ley 23 de 1991, establece que *"[p]odrán conciliar, total o parcialmente, en las etapas prejudicial o judicial, las personas jurídicas de derecho público, a través de sus representantes legales o por conducto de apoderado, 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".

Cabe añadir, como se señaló en providencia de 26 de mayo de 2011, que según la Ley hay casos en que la conciliación se constituye en requisito de procedibilidad para acudir ante la jurisdicción contencioso administrativa. En esa ocasión se dijo:

> *Sólo fue a partir de la entrada en vigencia del artículo 37 de la Ley 640 de 2001, tal y como fue publicada en el Diario Oficial No. 44.303 de 24 de enero de 2001, en cumplimiento del Decreto 131 de 2001 y según la corrección que le hizo el artículo 2º de éste, que se dispuso la conciliación como requisito de procedibilidad en algunas acciones previstas en el Código Contencioso Administrativo. Allí se prescribió:*
>
> > *ARTICULO 37. Requisito de procedibilidad en asuntos de lo contencioso administrativo. Antes de incoar cualquiera de las acciones previstas en los artículos 86 y 87 del Código Contencioso Administrativo, las partes, individual o conjuntamente, deberán formular solicitud de conciliación extrajudicial, si el asunto de que se trate es conciliable. La solicitud se acompañará de la copia de la petición de conciliación enviada a la entidad o al particular, según el caso, y de las pruebas que fundamenten las pretensiones.* [9]
> >
> > *En dicho momento legislativo, la conciliación como requisito de procedibilidad sólo era exigible en las acciones de reparación directa y de controversias contractuales.*
>
> *De tal forma, que sólo fue hasta la expedición de la Ley 1285 de 2009, "por medio de la cual se reforma la Ley 270 de 1996 Estatutaria de la*

---

[9] El motivo de la corrección reseñado se presentó en la parte considerativa del citado Decreto 131 de 2001, así: "*Que en el artículo 37 de la Ley 640 de 2001 se incluyó una referencia al artículo 85 del Código Contencioso Administrativo, la cual es errada toda vez que el legislador sólo aprobó referenciar los artículos 86 y 87 del mismo Código, tal como consta en el texto aprobado en segundo debate por la Cámara de Representantes y en el texto de la Comisión Accidental de Conciliación, aprobado por las plenarias de las Cámaras, ambos el 12 de diciembre de 2000*". El artículo 2° del mismo, que dispuso tal corrección, fue encontrado ajustado a derecho por esta Sala, en sentencia de 30 de enero de 2004, Exp.: No. 6914, en la cual se negaron las pretensiones de la demanda de nulidad que se formularon contra el mismo.

Administración de Justicia", que se estableció la conciliación extrajudicial como requisito de procedibilidad en la acción de nulidad y restablecimiento del derecho.

Justamente, sobre la aplicación de la conciliación como requisito de procedibilidad de la acción, recuerda la Sala que el artículo 13 de la referida Ley 1285, estableció su obligatoriedad para los asuntos que sean conciliables. A la letra la disposición prescribió:

> *"ARTÍCULO 13. Apruébase como artículo nuevo de la Ley 270 de 1996 el siguiente:*
>
> *"Artículo 42A. Conciliación judicial y extrajudicial en materia contencioso-administrativa. A partir de la vigencia de esta ley, cuando los asuntos sean conciliables, siempre constituirá requisito de procedibilidad de las acciones previstas en los artículos 85, 86 y 87 del Código Contencioso Administrativo o en las normas que lo sustituyan, el adelantamiento del trámite de la conciliación extrajudicial." (Negrilla de la Sala)*[10]

2. Los requisitos de la conciliación.

La normativa vigente en materia de conciliación dispone que para aprobar el acuerdo el juez debe verificar el cumplimiento de los siguientes requisitos:

1. Que no haya operado el fenómeno de la caducidad (artículo 61 de la Ley 23 de 1991, modificado por el artículo 81 de la Ley 446 de 1998).

2. Que el acuerdo conciliatorio verse sobre acciones o derechos económicos disponibles por las partes (artículo 59 de la Ley 23 de 1991 y 70 de la Ley 446 de 1998).

---

[10] Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera Bogotá, D.C., veintiséis (26) de mayo de dos mil once (2011). Consejero ponente: Marco Antonio Velilla Moreno. Radicación número: 11001-03-15-000-2011-00320-00. Actor: Mariela Ruiz de Velásquez.

3. Que las partes estén debidamente representadas y que estos representantes tengan capacidad para conciliar (artículos 314, 633 y 1502 del C. C., artículos 44 C. P. C., 149 C. C. A.).

4. Que el acuerdo conciliatorio cuente con las pruebas necesarias, no sea violatorio de la ley o no resulte lesivo para el patrimonio público (artículo 65 A de la Ley 23 de 1991 y artículo 73 de la Ley 446 de 1998).

La Sala procederá entonces a verificar el cumplimiento de los anteriores requisitos:

3. Análisis sobre el cumplimiento de los requisitos de la conciliación.

3.1. Respecto de los primeros requisitos encuentra la Sala que:

(i) Tanto la Superintendencia Nacional de Salud como SALUDCOOP EPS OC se encontraban debidamente representadas y los representantes estaban facultados para conciliar y llevar a cabo el respectivo acuerdo;
(ii) Las decisiones objeto de conciliación involucran un contenido económico y pueden ser conocidas por la jurisdicción contencioso administrativa, por cuanto al quedar ejecutoriadas derivaron en actos administrativos definitivos, conforme el último inciso del artículo 50 del C.C.A., actos que afectan la condición jurídica de un sujeto de derecho y tal afectación es de contenido económico, toda vez que ordena a SALUDCOOP EPS OC, entre otros, restablecer a la liquidez *de la EPS los recursos utilizados en la adquisición de activos y otras operaciones glosadas en los informes de visita y en las consideraciones de esta Resolución durante el período 2004 a 2008*;

(iii) En el presente caso, pese a que se trata del uso de recursos parafiscales, el objeto de la conciliación fue la presunta violación del debido proceso y no el contenido de las Resoluciones;

(iv) Tampoco se trata de un proceso ejecutivo de los previstos en el artículo 75 de la ley 80 de 1993, y

(v) Tal como lo señaló el Tribunal, en el caso no había operado el fenómeno de la caducidad puesto que la Resolución No.00983 de 21 de junio de 2010, expedida

por el Superintendente Nacional de Salud, “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” que finalizó la actuación administrativa de que se trataba, fue notificada personalmente al apoderado de SALUDCOOP EPS OC, el 7 de julio de 2010 y la solicitud de conciliación se presentó el 5 de noviembre de 2010[11].

3.2. En cuanto al cuarto requisito procede la Sala a hacer las siguientes consideraciones:

3.2.1.De acuerdo con el Artículo 71 de la Ley 446 de 1998 que modificó el artículo 62 de la Ley 23 de 1991, *“Cuando medie Acto Administrativo de carácter particular, podrá conciliarse sobre los efectos económicos del mismo si se da alguna de las causales del artículo 69 del Código Contencioso Administrativo, evento en el cual, una vez aprobada la conciliación, se entenderá revocado el acto y sustituido por el acuerdo logrado."*

El artículo 69 del Código Contencioso Administrativo establece:

> *ARTÍCULO 69.— Causales de revocación. Los actos administrativos deberán ser revocados por los mismos funcionarios que los hayan expedido o por sus inmediatos superiores, de oficio o a solicitud de parte, en cualquiera de los siguientes casos:*
>
> *1. Cuando sea manifiesta su oposición a la Constitución Política o a la ley.*
>
> *2. Cuando no estén conformes con el interés público o social, o atenten contra él.*
>
> *3. Cuando con ellos se cause agravio injustificado a una persona.*

Al respecto la jurisprudencia ha señalado que 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 transcrita 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*

[11] Folios 65 a 152 del Anexo 1.

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"[12]*.*

Añade la misma providencia que:

> *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 contendidas 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****.*[13] *(Resalta la Sala)*

Igualmente ha precisado la jurisprudencia que dada la presunción de legalidad que cobija las resoluciones materia de la conciliación hasta que el juez administrativo establezca lo contrario, para que proceda la conciliación por razones fundadas en el numeral 1 del artículo 69 del Código Contencioso Administrativo es necesario evaluar si en el acto administrativo objeto de conciliación se observa una manifiesta oposición a la Constitución Política o a la ley, es decir, si dicho acto

---

[12] Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera Bogotá, D.C., dieciséis (16) de marzo de dos mil cinco (2005). Consejera ponente: Ruth Stella Correa Palacio. Radicación número: 25000-23-26-000-2002-01216-01 (27921)A . Actor: Eptisa Proyectos Internacionales S.A. y otros.

[13] Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera Bogotá, D.C., dieciséis (16) de marzo de dos mil cinco (2005). Consejera ponente: Ruth Stella Correa Palacio. Radicación número: 25000-23-26-000-2002-01216-01 (27921)A . Actor: Eptisa Proyectos Internacionales S.A. y otros.

*"acusa una **ostensible infracción** del orden jurídico, que **sea apreciable a primera vista**"*[14] (Subraya la Sala).

Adicionalmente es claro para esta Corporación que el control que hace el juez administrativo del acuerdo conciliatorio a que llega el Estado no supone por parte de esta instancia un prejuzgamiento, *"debido a que no se anticipa concepto alguno sobre la legalidad de la actuación de la administración sino que dicha tarea se restringe a la revisión del acuerdo conciliatorio en orden a verificar su entera sujeción al ordenamiento jurídico"*[15],

Ha manifestado también la jurisprudencia que *"Bajo el anterior contexto, estricto sensu, **la aprobación del acuerdo conciliatorio depende de la fortaleza probatoria que lo sustenta, habida cuenta de que el juez, además de llegar a la íntima convicción de su fundamentación jurídica, tal y como se señaló, debe inferir que no resulte lesivo del patrimonio público**. Nótese que, acorde con las voces del artículo 73 in fine de la Ley 446 de 1998 (que incorporó el artículo 65 A. de la Ley 23 de 1991 , compilado por el artículo 60 del Decreto 1818 de 1998), el acuerdo conciliatorio debe estar fundado en "las pruebas necesarias", esto es, contar con el debido sustento probatorio"*[16]. (Resaltado fuera del texto)

Igualmente ha puntualizado la jurisprudencia que *"Por ello, en materia contencioso administrativa, donde está involucrado el patrimonio estatal y el interés público, el Juez, en aras de establecer la viabilidad del acuerdo, debe **extremar esfuerzos***

---

[14] Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera Bogotá, D.C., dieciséis (16) de marzo de dos mil cinco (2005). Consejera ponente: Ruth Stella Correa Palacio. Radicación número: 25000-23-26-000-2002-01216-01 (27921)A . Actor: Eptisa Proyectos Internacionales S.A. y otros.

[15] Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera Bogotá, D.C., dieciséis (16) de marzo de dos mil cinco (2005). Consejera ponente: Ruth Stella Correa Palacio. Radicación número: 25000-23-26-000-2002-01216-01 (27921)A . Actor: Eptisa Proyectos Internacionales S.A. y otros.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera Bogotá, D.C., veintiocho (28) de septiembre de dos mil seis (2006) . Consejera ponente: Ruth Stella Correa Palacio. Radicación número: 25000-23-25-000-2000-00910-01 (27884). Actor: Vías y Construcciones Vicon S.A.

[16] Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera Bogotá, D.C., dieciocho (18) de julio de dos mil siete (2007). Consejera ponente: Ruth Stella Correa Palacio. Radicación número: 25000-23-26-000-2001-00072-01 (31838). Actor: Sociedad Sadeico S.A.

para constatar que los elementos probatorios con que pretende demostrarse la existencia del derecho reclamado resultan idóneos y suficientes para ese fin*, sin que tal ejercicio constituya una indebida intromisión frente a la voluntad expresada por las partes"* y que *"la Sala, acatando ese medio de composición, en el entendido que tiene un universo único y que es tarea del Juez circunscribirse a la voluntad expresada por las partes, verificará si todos los derechos conciliados encuentran respaldo probatorio en el expediente"*[17]. (Resaltado fuera del texto)

Desde este contexto legal y jurisprudencial, deberá revisarse si en el caso puesto a consideración de esta instancia se cumplen las condiciones referentes a que el acuerdo conciliatorio cuente con las pruebas necesarias, no sea violatorio de la ley o no resulte lesivo para el patrimonio público, sin las cuales no es posible la homologación del acuerdo conciliatorio por parte del juez contencioso administrativo.

Las precisiones precedentes son indispensables a fin de examinar los argumentos planteados por los recurrentes en el presente caso, porque desde la perspectiva probatoria, les corresponde a las partes del acuerdo que se somete a examen de legalidad judicial no sólo afirmar, sino demostrar la existencia de la causal de revocatoria. Sin embargo, la tarea acometida en ese sentido por las partes impugnantes, que se limitan a reforzar los argumentos del acuerdo conciliatorio, no está llamada a tener éxito, pues revisado el expediente encuentra la Sala que de las pruebas allegadas al mismo no se deriva que se haya violado el debido proceso, según se expondrá a continuación.

3.2.2. El Acta No. 79 de 1 de febrero de 2011 que contiene las razones jurídicas que llevaron al acuerdo conciliatorio señala que "s*e violó el debido proceso contemplado en las Resoluciones 1212 de 2007, 1242 de 2008, 280 de 2009 y el artículo 29 de la Carta lo que da lugar a la aplicación del numeral 1 del artículo 69 del C.C.A., teniendo en cuenta que la Superintendencia Nacional de Salud en lugar de abrir investigación administrativa, intervenir u ordenar un plan de desempeño, ordenó a SALUDCOOP suspender las prácticas ilegales o no*

---

[17] Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Bogotá, D.C., marzo veintiocho (28) de dos mil siete (2007). Consejero ponente: Mauricio Fajardo Gómez. Radicación número: 08001-23-31-000-1992-07216-01 (23960). Actor: Corporacion Club Anglo Americano de Barranquilla.

autorizadas y adoptar las medidas correctivas y de saneamiento como medida definitiva sin que hubiera una apertura de investigación previa".

En lo referente al incumplimiento de las Resoluciones 1212 de 2007, 1242 de 2008 y 280 de 2009, alegado por la Superintendencia Nacional de Salud, encuentra la Sala que la Resolución 1212 de 2007 se ocupa de se señalar los procedimientos aplicables a los vigilados de la Superintendencia Nacional de Salud respecto de las investigaciones administrativas sancionatorias, asunto que no es materia del presente caso porque las resoluciones objeto de conciliación no son de esta índole.

A su turno, la Resolución 1242 de 2008, mediante la cual se adopta el Manual de Visitas de la Superintendencia Nacional de Salud, concluye señalando, como lo afirma la Superintendencia nacional de Salud, que "Si en virtud de la visita se decide ordenar Plan de Desempeño, entonces se llevarán a cabo las actividades previstas en el Manual de Procesos y Procedimientos de la Superintendencia Nacional de Salud para dicho procedimiento y de manera análoga se procederá si se deciden iniciar investigaciones administrativas o intervenciones".

No obstante, la anterior norma debe interpretarse en armonía con el Manual de Procedimientos de la Entidad adoptado mediante la Resolución 280 de 2008, donde se establece el procedimiento a seguir en el caso de prácticas no autorizadas[18], donde se prescriben como políticas de control, entre otras, las "visitas inspectivas de campo", se indica que se hacen requerimientos al vigilado para que de explicaciones o aporte la documentación faltante y de ser insatisfactoria la respuesta se procederá a proyectar el acto administrativo que ordene "la corrección o suspensión de las conductas no autorizadas".

Con base en lo anterior no encuentra la Sala que se haya violado el debido proceso a SALUDCOOP, máxime si además de darle a conocer los hallazgos del ente de control, se le permitió presentar las explicaciones que consideró necesarias e interponer los correspondientes recursos.

Adicionalmente observa la Sala que las Resoluciones materia de la conciliación se fundan en la facultad que, conforme al artículo 8° numeral 8 del Decreto 1018 de 2007, tiene el Superintendente Nacional de Salud para *"Emitir órdenes de*

[18] Diario Oficial N° 47.288 pg. 49

inmediato cumplimiento necesarias para que suspendan prácticas ilegales o no autorizadas, adopten las correspondientes medidas correctivas y de saneamiento".

Tal como lo señala la Contraloría General de la República en su intervención, la facultad antes transcrita difiere de aquella de imponer sanciones a que se refiere el numeral 35 del artículo 8 del Decreto citado, referente a *"Fallar en segunda instancia los procesos administrativos sancionatorios que adelanten en primera instancia los Superintendentes Delegados".*

Adicionalmente, el mismo artículo dispone en el numeral 22 que corresponde al Superintendente *"Señalar con sujeción a las normas contenidas en el Código Contencioso Administrativo, los procedimientos aplicables a los vigilados de la Superintendencia Nacional de Salud respecto de las investigaciones administrativas sancionatorias que deba surtir, respetando los derechos del debido proceso, defensa, o contradicción y doble instancia"*.

Lo anterior no implica por supuesto que las facultades que otorga el legislador a las entidades de inspección, vigilancia y control, puedan ser ejercidas con violación del debido proceso, pues ello implicaría un retroceso histórico inaceptable en materia de control de la arbitrariedad e ilegalidad en las actuaciones de la administración. Lo que sucede en el presente caso, es que la actividad de la Superintendencia Nacional de Salud en el control de las prácticas no autorizadas, no solo se acogió a las previsiones del Manual de Procedimientos de la entidad, como ya se dijo, sino que fue aún más garantista al decretar pruebas y permitir al vigilado la interposición de recursos.

De las normas anteriormente citadas se deriva que las órdenes de inmediato cumplimiento que puede dar el Superintendente Nacional de Salud a los vigilados para que suspendan prácticas ilegales o no autorizadas, y adopten las correspondientes medidas correctivas y de saneamiento, no están sujetas al procedimiento administrativo sancionatorio, sino, como ocurre en el presente caso, al procedimiento mediante el cual se busca la suspensión de prácticas consideradas ilegales y se ordena que se adopten las correspondientes medidas correctivas, descrito en el Manual de Procesos y Procedimientos arriba citado.

En efecto, en el presente caso, la Superintendencia Nacional de Salud dictó una orden de inmediato cumplimiento, de conformidad con las disposiciones que

señalan el destino de los recursos de la Seguridad Social en Salud y le atribuyen la competencia para imponerlas, como son la Ley 100 de 1993, y el Decreto 1018 de 2007.

Para cumplir esa función, antes de emitir las órdenes contenidas en la Resolución No. 00296 de 11 de febrero de 2010, la Superintendencia Nacional de Salud ordenó una visita inspectiva por auto 2741 del 20 de marzo de 2009, dio traslado del informe preliminar de visita a SALUDCOOP EPS OC, el apoderado de la EPS descorrió traslado del informe preliminar, se decretaron pruebas, se resolvió el recurso contra el auto que las decretó, se practicaron las pruebas, se corrió nuevamente traslado a SALUDCOOP del informe y de la Inspección Administrativa, se entregó el informe final de la visita al Representante Legal de SALUDCOOP, cuyo apoderado solicitó una nulidad que no prosperó, de manera que SALUDCOOP EPS OC, tuvo la oportunidad de defenderse, presentar y pedir evidencias para controvertir los hallazgos consignados en los informes de visita, pruebas que fueron decretadas y evaluadas por el organismo de vigilancia y control, y que no se encontraron suficientes para desvirtuar los hallazgos de la visita de inspección y de las pruebas realizadas.

Encuentra la Sala que el Comité de Conciliación no demostró que dichas normas, u otras relacionadas con el tema, establezcan formas, trámites, requisitos o procedimientos especiales, diferentes a los consignados en el aparte de procedimientos relacionados con prácticas no autorizadas que se encuentra descrito en la Resolución 280 de 2008, para que el Superintendente dicte órdenes de inmediato cumplimiento encaminadas a que los vigilados suspendan prácticas ilegales o no autorizadas, y adopten las correspondientes medidas correctivas y de saneamiento.

Lo anterior es lógico considerando que pueden presentarse, como en este asunto, situaciones que, en razón del carácter parafiscal de los recursos, del interés público, de los hallazgos encontrados en la entidad vigilada y de la competencia del organismo de vigilancia y control, definan que la normativa aplicable, en este caso el numeral 8 del artículo 8 del Decreto 1018 de 2007 y la Resolución 280 de 2008, Sea la adecuada.

No resulta ocioso recordar que la Superintendencia Nacional de Salud ejerce una función de inspección, vigilancia y control que tiene el carácter de policía

administrativa, respecto del Sistema General de Seguridad Social en Salud, la cual ejerce en forma permanente mediante diferentes actividades, entre las cuales se encuentra la facultad de adelantar procedimientos respecto de prácticas no autorizadas y emitir órdenes encaminadas a la corrección y suspensión de las conductas no autorizadas, que fue mencionada antes.

En este contexto, las órdenes expedidas por la Superintendencia Nacional de Salud forman parte de las facultades con que cuenta para cumplir los objetivos que le han sido encomendados, entre los cuales están, según el artículo 3 del Decreto 1018 de 2007 y el artículo 37 de la Ley 1122 de 2007: (i) . Vigilar el cumplimiento de las normas que regulan el Sistema General de Seguridad Social en Salud y promover el mejoramiento integral del mismo; (ii) Velar por la eficiencia en la generación, recaudo, flujo, administración, custodia y aplicación de los recursos con destino a la prestación de los servicios de salud y (iii) velar por la eficiencia, eficacia y efectividad en la generación, flujo, administración y aplicación de los recursos del sector salud.
Precisado lo anterior, encuentra la sala que, según obra en el expediente, el procedimiento seguido por la Superintendencia Nacional de Salud fue el siguiente:

1. *La visita inspectiva fue ordenada por auto de 2741 del 20 de marzo de 2009.*
2. *En el proceso de visita inspectiva el día 18 de junio de 2009 por NURC 0400-2-000480978, se dio traslado del informe preliminar de visita a SALUDCOOP EPS OC.*
3. *El de 7 de julio de 2009, el apoderado de SALUDCOOP EPS OC descorrió traslado del informe preliminar.*
4. *El 3 de agosto de 2009, por auto 8021 se decretó la práctica de las siguientes pruebas: Inspección Administrativa en las dependencias de SALUDCOOP EPS mediante prueba de auditorías de reconocido valor técnico, de acuerdo con las normas de auditoria generalmente aceptadas con el objeto que se indica en el escrito de la solicitud; el análisis de los libros, papeles y estados financieros de SALUDCOOP EPS OC, comprobantes contables y soportes documentales, que permitan establecer las fuentes y usos de los recursos SGSSS administrados por SALUDCOOP y determinar las fuentes generadoras de liquidez realizadas por la Entidad. Análisis de la información a través de medio físico o magnético que permita determinar cuales fueron los movimientos contables de las obligaciones*

financieras y Leasing de los 263.078.471 miles a que hace referencia en el folio 73 de la respuesta al informe preliminar de la visita, así como el aumento de los pasivos a largo plazo y de las obligaciones financieras a que hace referencia a folio 66. Recibir declaración juramentada del Doctor Javier Mauricio Sabogal Jaramillo

5. *El 4 de agosto de 2009 interpuso recurso de reposición contra el auto de que trata el numeral anterior, el cual fue resuelto por auto 8028 del 6 de agosto de 2009, denegando el recurso de reposición por improcedente por ser un acto de trámite conforme al artículo 29 del C.C.A.*
6. *Las pruebas decretadas fueron practicadas el 10 de agosto de 2009.*
7. *El 2 de diciembre de 2009 se corrió traslado a SALUDCOOP del informe y de la Inspección Administrativa.*
8. *El 11 de diciembre de 2009 se entregó informe final de la visita al Representante Legal de SALUDCOOP y a través de correo del Superintendente Nacional de Salud el día 18 de diciembre de 2009.*
9. *El apoderado de SALUDCOOP solicitó nulidad, la cual no prosperó, decretada por Resolución 3124 del 18 de enero de 2010, habiéndose interpuesto por el apoderado de la vigilada recursos de reposición y en subsidio de apelación, los cuales fueron negados por improcedentes; a través de la Resolución 3240 de 2010.*
10. *El 11 de febrero de 2010 se expide la Resolución 296 de 2010 por la cual se imparten las instrucciones de suspender prácticas ilegales o no autorizadas y que se adopten las medidas correctivas correspondientes.*
11. *El 25 de febrero de 2010 se interpone recurso de reposición contra la Resolución 296 de 2010.*
12. *El 21 de junio de 2010 la Superintendencia Nacional de Salud decide el recurso de reposición por Resolución 938 del 21 de junio de 2010.*

La consecuencia inmediata de lo anterior es que, como las resoluciones se expidieron después de las actividades antes relacionadas, no puede afirmarse que con las órdenes impartidas se violó el derecho al debido proceso de la EPS, no solo porque la facultad para expedirlas estaba prevista en el ordenamiento jurídico, como ya se ha mencionado, sino también porque en ellas no se observa que la Superintendencia nacional de salud haya realizado una actuación oscura y clandestina, pues la entidad estatal llevó a cabo el proceso que se ha enunciado, en el cual no encuentra la Sala que se haya violado el debido proceso.

3.2.3. Precario fue también el alegato en torno a la supuesta **errónea interpretación de la normatividad relacionada con la aplicación de los recursos parafiscales de la seguridad social,** pues no observa la Sala que el Acta del Comité de Conciliación demuestre de manera fehaciente que tal circunstancia se haya presentado y, por el contrario, encuentra que la Superintendencia en su análisis parte de las normas legales y de la jurisprudencia generada en torno a los dineros de la salud, que hacen énfasis en que *"los recursos que ingresan al Sistema de Seguridad Social en Salud, llámense aportes, cuotas moderadoras, pagos compartidos, copagos, tarifas, deducibles o bonificaciones, son en realidad contribuciones parafiscales de destinación específica, en cuanto constituyen un gravamen, fruto de la soberanía fiscal del Estado, que se cobra obligatoriamente a determinadas personas para satisfacer sus necesidades de salud y que, al no comportar una contraprestación equivalente al monto de la tarifa fijada, se destinan también a la financiación global del Sistema General de Seguridad Social en Salud"*[19].

Las explicaciones que da el Comité de Conciliación para refutar los argumentos de las Resoluciones 00290 y 00983 de 2010, relacionados con que los recursos de la UPC, copagos y cuotas moderadoras son parafiscales y únicamente se pueden emplear para cumplir la finalidad de seguridad social para los afiliados, no son aceptables porque:

(i) El hecho de que las EPS puedan cumplir su objeto contratando los servicios de terceros o a través de su propia red, no significa que los recursos parafiscales puedan emplearse en asuntos no relacionados directamente con el objeto social de la EPS, esto es garantizar la prestación de los servicios de salud.

(ii) Si bien es cierto, como lo dice el Comité de Conciliación, que no existe una prohibición de ley o gubernamental para que las EPS presten los servicios de salud a través de las inversiones en activos fijos que tengan como finalidad la atención de sus afiliados, el argumento se refiere a la inversión en activos fijos pero no hace alusión a los recursos con los cuales se hace la inversión que es el punto que desarrollan las resoluciones materia de conciliación.

---

[19] C-1707 de 2000 M.P. Cristina Pardo Schlesinger

(iii) El hecho de que las Circulares 26 de 2006 y N° 49 de 2008 de la Superintendencia Nacional de Salud, donde se califica como práctica insegura e ilegal, la inversión en activos fijos con recursos de la UPC, y que las mismas se refieran a inversiones de manera amplia y genérica, no es razón suficiente para decidir, como lo hace el Comité de Conciliación, que lo procedente era inaplicarlas y, con base en ello, aprobar una conciliación.

3.2.4. Como se advirtió antes, debe existir **respaldo probatorio** suficiente que sustente la aprobación del acuerdo, toda vez que el juez debe llegar a la íntima convicción sobre la fundamentación jurídica del mismo, contando con los elementos de juicio suficientes que le permitan establecer que la conciliación en el caso concreto no es violatoria de la ley ni lesiva para el patrimonio público.

En este aspecto, observa la Sala que en la providencia apelada se estudiaron y valoraron las pruebas aportadas con la solicitud de conciliación, y con fundamento en ello se determinó que no existían razones para aprobar el acuerdo conciliatorio.

Pese a que el Comité de Conciliación, señala que el seguimiento que realizó la Superintendencia durante el período 2004-2008, no evidencia incumplimiento de la EPS, y que no hubo afectación de los servicios a los afiliados a la EPS, ni se presentaron incumplimientos en compromisos con los proveedores, o de los estándares de permanencia en el SGSSS, conforme a los reportes remitidos a la Superintendencia, la entidad de vigilancia fue clara en la Resolución 00983 de 2010 al afirmar que:

> *En cuanto a la información financiera remitida por los vigilados, esta Superintendencia recibe el balance general y estado de resultados, con los cuales realiza la verificación del cumplimiento del margen de solvencia y del patrimonio mínimo requerido para permanecer en el sistema.*
>
> *(…)*
>
> *De igual manera, es pertinente aclarar que los vigilados no remiten estado de cambios en la posición financiera, estado de cambios en el patrimonio, ni estado de flujo de efectivo a través del sistema de información de la Superintendencia, razón por la cual para revisar esta información la*

Superintendencia acude a sus facultades de inspección como son visitas o requerimientos.

De lo anterior se deriva que el seguimiento que hubiere realizado la Superintendencia durante el período 2004-2008, sobre la sola base de los estados financieros a ella reportados, esto es, balance general y estado de resultados, no es argumento suficiente para dar lugar a una conciliación, pues ellos por si solos no incluyen la información necesaria para demostrar que el uso que se haya hecho de los recursos parafiscales de la EPS se ajusten a sus finalidades legales y constitucionales o que las motivaciones de las Resoluciones objeto de conciliación no obedezcan a la realidad económica de la EPS, encontrada después de la visita inspectiva y de la realización de las pruebas decretadas en el procedimiento.

Adicionalmente, tal como lo señala la Superintendencia Nacional de Salud en la Resolución 00296 de 2010, y contrario a lo que afirma SALUDCOOP, no es mediante el seguimiento de cada especie monetaria recibida por la EPS sino mediante el análisis de flujos de efectivo y los cambios en la situación financiera, que se identifican los recursos consumidos por SALUDCOOP financiándose con la Unidad de Pago por Capitación y demás recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud y los usos dados a aquellos recursos.

Es por ello que la Superintendencia en la etapa probatoria, realizó un análisis de la información proporcionada por la EPS abordando la información contable y financiera emitida por el contador de SALUDCOOP y por el revisor fiscal de la misma, quienes dan fe de la veracidad y realidad de los estados financieros y demás documentos contables que suscriben, y consideró suficiente emplear los métodos de auditoría normalmente aceptados sobre esos estados financieros para llegar a establecer, si se había presentado el desvío de recursos parafiscales a usos ajenos a su finalidad constitucional.

En esta materia las partes han debido demostrar –que no enunciar o esbozar- que ese método no permite cumplir los objetivos de las pruebas solicitadas por la EPS. Sin embargo, se observa en el proceso que ni el Comité de Conciliación ni la EPS lograron probar en forma fehaciente que otra hubiese sido la conclusión posible de haberse realizado un examen papel por papel como lo había pedido SALUDCOOP.

No sobra advertir que el informe de KPMG que SALUDCOOP aporta para demostrar que no destinó recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud a fines ajenos a su cometido constitucional no puede considerarse como prueba en tanto no resuelve el asunto, pues en el se aclara que (i) *"no es objeto de nuestro trabajo valorar o cuestionar cual debe ser el destino de las utilidades generadas, o si estas pueden dedicarse a la compra de inversiones. Entendemos que son aspectos legales sobre los que no nos pronunciamos, nuestro pronunciamiento incluye entre otras cosas, un análisis de las utilidades y de los excedentes de caja generados por SALUDCOOP bajo una perspectiva económica, financiera y contable"*[20] y (ii) que el mismo *"no tiene como objetivo entrar a cuestionar, o establecer juicios de valor sobre: Qué importes o conceptos son disponibles por una EPS (SALUDCOOP) para invertir"*, o *"Qué importes o conceptos una EPS (SALUDCOOP) puede invertir"*.

Lo anterior indica que en el citado informe se omitió el análisis de las normas constitucionales, legales y reglamentarias que, como lo dijo la Sección Primera de esta Corporación en providencia del 11 de octubre de 2007, Exp. No. 2003-00435-01, M.P. Dra. Martha Sofía Sanz Tobón, han sido dictadas para proteger los recursos de la salud y "*son claras en señalar que los recursos del Sistema de Seguridad Social en Salud pertenecen al sistema y no a los entes que por disposición legal los administran, luego mal podrían entrar en su liquidación como si fueran de su propiedad…".*

Esto quiere decir que no procedía la valoración del informe mencionado en cuanto no toma en cuenta la naturaleza parafiscal de los recursos de la EPS, ni la característica esencial de esos recursos, cual es su destinación exclusiva a organizar y garantizar la prestación de los servicios incluidos en el plan obligatorio de salud, pues, como lo señaló la Corte Constitucional, *"Lo importante para el sistema es que los recursos lleguen y que se destinen a la función propia de la seguridad social. Recursos que tienen el carácter parafiscal"*[21].

Tampoco lograron las partes desvirtuar el análisis del Tribunal donde concluye que las pruebas decretadas y efectivamente realizadas se ajustaron a las exigencias del debido proceso pues se mantuvo incólume el objeto de la prueba pedida, ni el

---

[20] Folio 830 del Anexo 3.
[21] Sentencia SU-480 de 1997 M.P. Alejandro Martínez Caballero.

Comité de Conciliación muestra empeño alguno en demostrar la supuesta ineficacia de las evidencias que sirvieron de base a las Resoluciones objeto de conciliación, toda vez que no se hacen las confrontaciones concretas entre lo que objetivamente dicen los medios persuasivos empleados por la Superintendencia en las citadas resoluciones y la conclusión que de éstos dedujo el fallador.

De igual manera, no se desvirtúa que se hayan destinado a otros fines recursos parafiscales ni que la medida adoptada suponga la imposición de un deber antes inexistente, pues como lo señala la Resolución 983 de 2010 existía la obligación para SALUDCOOP de respetar el destino de los recursos parafiscales que administra de acuerdo con los criterios que se fijan desde la perspectiva legal y jurisprudencial.

En efecto, encuentra la Sala que las Resoluciones objeto de conciliación establecen el uso de recursos parafiscales por la EPS así:

> *Que la cifra de 699.7 mil millones presentada en el 'Total de Generación de Recursos' del cuadro anterior coincide plenamente con la indicada por la EPS en la solicitud de nulidad del 16 de diciembre de 2009, página 29, y en el acta de inspección administrativa de noviembre 3 de 2009 suscrita por José Joaquín Bernal Ardila apoderado de SALUDCOOP, Javier Mauricio Sabogal Jaramillo Vicepresidente Financiero de SALUDCOOP, Darío de Jesús Villegas Secretario general de SALUDCOOP, Gloria Alonso Ramírez Contadora de SALUDCOOP y los funcionarios comisionados de la Superintendencia Nacional de Salud, y los $7.721.4 millones provienen de parte de los saldos de tesorería a 31 de diciembre de 2008 tomados del Estado de Flujo de Efectivo, páginas 23 a 25 del acta de inspección de visita firmada también conjuntamente por los funcionarios de la Superintendencia y la EPS.*

> *Que en este orden de ideas la EPS dispuso de recursos provenientes de las contribuciones parafiscales por valor de $397.695.5, valor que arroja la diferencia entre Total Fuentes $707.465.0 e ingresos en actividades de endeudamiento de $308.044.2 millones y recaudo de aportes sociales neto de $1.725.3 millones, o lo que es lo mismo, la suma del efectivo provisto por*

la operación, el recaudo en efectivo de la venta de activos y los saldos de tesorería ($342.291.6 + 47.682.5 + $7.721.4).

Que del Estado de Cambios en la Situación Financiera que se incluyó en el acta de inspección de visita a página 24, le pertenecen a la EPS como excedentes la suma de $110.800.4 millones, cifra que aunque difiere de la presentada en el informe final, este despacho la asume por ser el resultado de una evaluación conjunta entre la EPS y los funcionarios de la Superintendencia, lo cual quiere decir que de los $397.695.5 millones de fuentes internas únicamente le pertenecen a la EPS los $110.800.4 millones, de tal forma que la diferencia de $286.895.1 millones es generada por las contribuciones parafiscales ($397.695.5 - $110.800.4).

Que de los $707.465 millones que arrojan la totalidad de las fuentes se destaca la financiación externa proveniente de recursos de crédito y de aportes sociales por valor de $309.769.5 millones esta cifra se compone de Operaciones de Endeudamiento por $308.044 millones y provenientes de operaciones de aportes sociales $1.725.3 millones. Que los restantes $397.695.5 millones corresponden a las contribuciones parafiscales. El resumen de cifras se aprecia en el siguiente cuadro:

RESUMEN DE FUENTES	*Cifras en millones de pesos*
1. Total fuente externa (Crédito y aportes sociales)	*$309.769.5*
2. Total fuente interna (a+b)	*$397.695.5*
a. Contribución parafiscal	*$286.895.1*
b. Perteneciente a la EPS	*$110.800.4*
TOTAL FUENTES (1+2)	*$707.465.0*

Que son hechos comprobados, como se puede observar en la página 83 del informe final de visita, remitido por la Superintendencia a la EPS SALUDCOOP OC el 11 de diciembre de 2009 y en la página 7 del informe

de pruebas elaborado conjuntamente con la EPS remitido el 2 de diciembre de 2009.

a. Aumentó sus activos por $484.523 millones así:

INCREMENTO EN ACTIVOS	*Cifras en millones de pesos*
Promesas de compraventa	*$66.024*
Propiedades planta y equipo	*$183.792*
Inversiones	*$63.420*
Leasing	*$89.103*
Adquisición crédito mercantil	*$9.919*
Cargos diferidos	*$42.518*
Proyecto ciudadela salud	*$11.467*
Deudores varios Clínica Armenia	*$591*
Deudores varios Clínica Martha	*$222*
Deudores varios Confecoop	*$327*
Recuperación costos software	*$17.140*
TOTAL INCREMENTO ACTIVOS	*$484.523*

b. Llevó como costos y gastos $107.975 millones que corresponden al costo del endeudamiento y no a costos y gastos por la prestación de servicios de salud de sus afiliados.

c. Llevó como costos y gastos amortizaciones del crédito mercantil por valor de $54.162 millones operación asociada como se indicó en el informe final a la compra de activos y no a la prestación de servicios de salud.

d. Distribuyó excedentes de acuerdo con la Ley 79 de 1989 y las decisiones de la Asamblea por valor de $32.118 millones, lo cual implica que de los $110.800.4 millones que le pertenecen a la EPS por excedentes pudo disponer de $78.682.4 millones para la realización de las inversiones y utilizaciones de recursos realizadas.

e. Que llevó al gasto administrativo $17.830 millones que no corresponden a ningún concepto establecido en la Ley o en las normas de contabilidad como costos o gastos del Sistema General de Seguridad Social en Salud.

f. Destinó recursos para el pago de acreencias a ARS por valor de $6.769 millones.

g. realizó donaciones por $4.088 millones.

Que en resumen se tiene que se utilizaron recursos y se aumentaron activos así:

UTILIZACIÓN DE RECURSOS Y AUMENTO DE ACTIVOS	*Cifras en millones de pesos*
Aumentos de activos	*$484.523*
Financiamiento que no es costo o gasto (Mayor valor del activo)	*$107.975*
Crédito mercantil (Incremento de activos)	*$54.162*
Gastos que no son del sistema (Reserva de libre inversión)	*$17.830*
Pago acreencias ARS	*$6.769*
Donaciones	*$4.088*
Ejecución de fondos sociales	*$32.118*
TUTAL UTILIZACIÓN DE RECURSOS	*$707.465*

Que con sus propios excedentes la EPS solo pudo financiar $110.800.4 millones y con la financiación externa y recaudo de aportes sociales $309.769.5 millones, lo que implica que se realizaron con fuentes de las contribuciones parafiscales inversiones o usos de recursos por un valor de $286.895.1 millones que a precios de 2008 equivalen a $318.250 millones.

DISCRIMINADO DE UTILIZACIÓN POR FUENTES

(cifras en millones de pesos)

AÑO	*2008*	*2007*	*2006*	*2005*	*2004*	*TOTAL*
Utilizaciones realizadas con fuentes externas y recaudo de aportes	*175.513*	*64.758*	*60.403*	*808*	*8.287*	*309.769*
Utilizaciones realizadas con excedentes	*24.092*	*21.480*	*21.954*	*21.243*	*22.031*	*110.800*
Utilizaciones realizadas con fuentes parafiscales	*67.731*	*84.823*	*52.515*	*44.673*	*37.154*	*286.896*
TOTAL UTILIZACIÓN RECURSOS	*267.336*	*171.061*	*134.872*	*66.724*	*67.472*	*707.565*

Factor actualización	*1,000000*	*0,928764*	*0,878762*	*0,841082*	*0,802176*	*TOTAL*
Valor actualizado utilizaciones realizadas con fuentes parafiscales	*67.731*	*91.329*	*59.760*	*53.114*	*46.817*	*318.250*

Fuente: Estados de flujo de efectivo, Cambios en la situación financiera, resultado de las pruebas e informe final.

Que en consecuencia es dable concluir que en realidad se presentó una sustitución de la liquidez que fue utilizada para la adquisición de activos por endeudamiento para pagarle a los proveedores, endeudamiento que además representa un costo adicional para el sistema de salud.

Que en efecto se encuentra reflejado en los estados financieros que existe un creciente crédito de corto plazo que en el año 2006 ascendió a la suma de $54.409.7 millones, en el año 2007 a la suma de $126.255.7 millones y en el año 2008 a la suma de $196.571.8 millones.

Que la atención de las obligaciones provenientes del endeudamiento destinadas a la adquisición de activos e infraestructura deberán ser atendidas con recursos diferentes a los ingresos o la liquidez derivada de la UPC, aportes, cuotas moderadoras, pagos compartidos, copagos, tarifas, deducibles o bonificaciones u otros definidos como parafiscales que se le cobren a sus afiliados.

Que las fuentes de financiación que identifica la EPS como propias en el escrito mediante el cual solicita la nulidad de lo actuado, pag 29, corresponden a:

FUENTES IDENTIFICADAS COMO PROPIAS POR LA EPS SALUDCOOP CO	*Cifras en millones de pesos*
Cuotas moderadoras	*$248.320*
Recobros NO POS	*$335.928*
Recobros SOAT	*$1.465*
Recobros ARP	*$10.507*
Superávit Fondo Incapacidades	*$2.659*
Efectivo provisto (usado) por actividades de operación	*$342.292*
Total ingresos en actividades de financiación	*$309.769*

Total fuentes por inversión	*$47.683*

Que la EPS SALUDCOOP, además de hacer una lista indiscriminada de fuentes indicando totales y parciales sin ningún rigor, ignora la normatividad y la jurisprudencia citada, dado que i) como se explicó en los numerales precedentes las fuentes de la EPS que no son contribuciones parafiscales corresponden a las operaciones de endeudamiento y recaudo de aportes sociales; ii) los recobros no son nada diferente de una restitución del efectivo proveniente de las contribuciones parafiscales que fue utilizado en forma precisa para estos fines y que además están incluidos en los excedentes de caja que impropiamente son considerados como propios por la EPS al decir 'la EPS obtuvo un "margen de ganancia" en caja por la operación de $342.292 millones'; el Fondo de Incapacidades es un recurso del sistema y no puede ser considerado por la EPS como propio, ya que su único fin es atender el pago de las incapacidades.

Los hechos anteriores, de los cuales la Superintendencia Nacional de Salud concluye el desvío de recursos parafiscales a fines diferentes a los asignados legal y constitucionalmente, fueron constatados a partir de documentos contables de SALUDCOOP, y no se observa, a simple vista, que las conclusiones a que arribó la Superintendencia sobre el desvío de recursos de la seguridad social hubieren carecido, de motivos, razones o fundamentos.

3.2.5. La Sala considera también que no hay pruebas que permitan aceptar la afirmación que se hace en el Acta N° 79 consistente en que no se tuvo en cuenta la naturaleza cooperativa de la EPS, pues lo que se evidencia es que la Superintendencia en el informe final toma nota de las decisiones que, en lo de su competencia, adoptó la Asamblea General de Asociados de la ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD ORGANISMO COOPERATIVO SALUDCOOP, realizadas entre los años 2002 y 2007 y consignadas en las Actas Nos. 10, 12, 15, 18, 19 y 21. En dichas oportunidades la Asamblea aprobó los proyectos de distribución de excedentes, que para los años 2004 a 2007 fue así[22]:

En miles de pesos

[22] Folio 769 del Anexo 3.

CONCEPTO	2004	2005	2006	2007
Reserva Protección de Aportes Sociales	4.406.163	4.248.749	4.390.778	4.295.916
Fondo de Educación	4.406.163	4.248.749	4.390.778	4.295.916
Fondo Solidaridad	2.203.081	2.124.375	2.195.389	2.147.958
Fondo Patrimonial Amortización Aportes Sociales			1.500.000	600.000
Fondo Patrimonial Revalorización de Aportes	1.100.000	1.000.000	3.000.000	3.200.000
Fondo Proyectos Educativos Cooperativos			5.000.000	4.400.000
Fondo Pago Liquidación Régimen Subsidiado		7.200.000		
Reserva de Proyectos de Inversión	9.915.407	2.421.873	1.476.945	2.539.790
TOTAL DE EXCEDENTES	22.030.813	21.243.746	21.953.891	21.479.581

De lo anterior concluyó la Superintendencia que los recursos de capitalización a los proyectos educativos cooperativos fueron asignados con los excedentes de resultado y no con los recursos de la UPC.

En el mismo sentido, la Resolución 00983 de 2010, analiza la distribución de excedentes y concluye que en ella solamente se hace referencia a las inversiones relacionadas con proyectos educativos cooperativos y no a todas las inversiones en infraestructura, en propiedad, planta y equipo, leasing, promesas de compraventa, proyecto de inversiones futuras Ciudadela Salud entre otros.

Adicionalmente, la Contraloría General de la República cuyos hallazgos se solicitaron mediante auto para mejor proveer, encontró lo siguiente, aplicando una metodología orientada a determinar el uso de los recursos parafiscales a partir de los flujos de efectivo y los estados financieros.

Para el organismo de control el origen de los recursos propios de libre destinación de una EPS son:

Utilidad neta
(+) Aportes de socios
(+) Donaciones

Respecto de los componentes de la utilidad neta y los hallazgos de la Contraloría en las EPS se encuentran:

Utilidad Neta

Concepto	**Hallazgos**
UPC + otros parafiscales	Multiafiliación - Multiafiliación - Compensación excepcional - Fallecidos - Cotizantes –beneficiarios con otras EPS - No hay claridad frente a los componentes parafiscales Recobros - Glosados - Enmendados - Tutelas - Calificados como ingresos propios inadecuadamente
(-) Costos POS	IPS y farmacias propias - Contratos de capitación - Gastos administrativos cargados al POS - Sobrevaloración de

	medicamentos - Inexistencia de un sistema de costos único. IPS de la red: - Tercerización - Sobrevaloración de medicamentos - Gastos administrativos cargados al POS - Sobrevaloración de medicamentos Otros: - Constitución de provisión para completar siniestralidad - Capitación con empresas de medicina prepagada - Cobros por uso de marca y contraprestación - - Uniones temporales sin habilitación
(-) gastos administrativos)	- Pago abogados para defensa de la EPS - Bonificaciones a personal directivo - Descuentos condicionados en medicamentos - Aportes a campañas políticas y clubes deportivos - Pagos a terceros por remodelación de clínicas arrendadas - Donaciones
(-) gastos de ventas	- Comisiones en exceso por afiliación

(+) ingresos financieros	
(-) egresos financieros)	- Pago de intereses con recursos parafiscales - Diferencia en cambio por operaciones en el exterior

En cuanto al uso de la UPC a partir de los recursos disponibles en capital de trabajo, la Contraloría observó:

- Préstamos a entidades
- Pagos de créditos otorgados por entidades financieras
- Operaciones de leasing
- Contratos de promesa de compraventa
- Inversiones en el exterior
- Adquisición de inversiones de alto riesgo
- Compra de clínicas con sobrecostos
- Desarrollo de intangibles (software) con recursos de la UPC, aportados luego a otra compañía a la cual se paga por el uso del mismo.

Particularmente respecto de SALUDCOOP, la Contraloría encontró:

Actividades de Operación Saludcoop EPS OC

Ingresos:
- Parafiscales $8.802 MM
- No Parafiscales $43 MM

Total efectivo generado $8.845 MM

Egresos:
- Costos POS $7.531 MM
- Gastos de Admon $900 MM

Total efectivo pagado $8.431 MM

Se evidenció:
- Deja de registrar $17 MM venta software
- Sobrecosto en medicamentos $298 MM
- Remodelaciones y mejoras en clínicas $64 MM
- Honorarios abogados $23 MM
- Sobrecostos en nómina y bonificaciones personal directivo $29 MM

Generó recursos en la operacion $413 MM → Recursos que debe disponer en capital de trabajo para la atención en salud de los afiliados → Sin embargo → Presenta cheques girados y no entregados a proveedores en salud por $271 MM

Actividades de Financiación Saludcoop EPS OC

Ingresos:
- Operaciones Leasing $107 MM
- Créditos CP y LP $227 MM
- Aportes sociales $0.4 MM

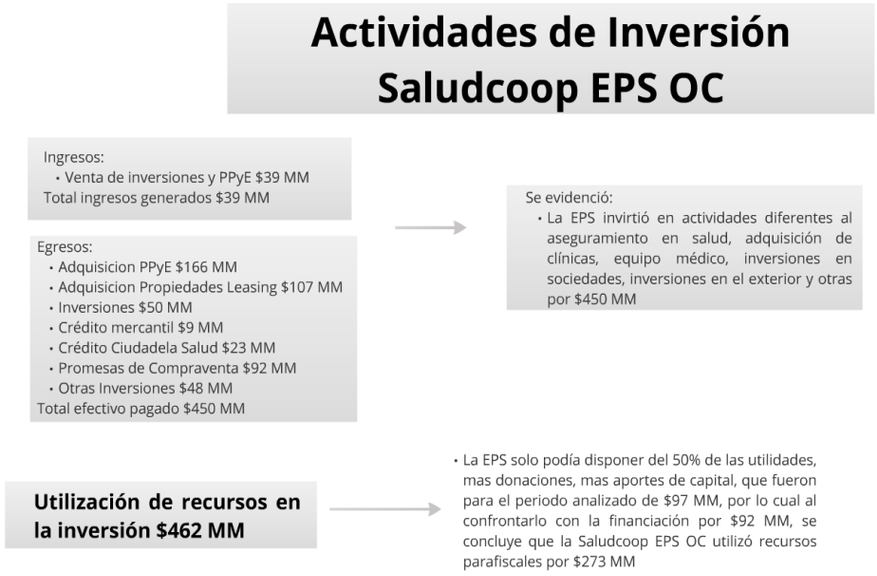
Total financiación $334 MM

Egresos:
- Amortizacion Leasing $32 MM
- Pago créditos $32 MM
- Pago intereses financ. $177 MM
- Devolución aportes $2 MM

Total efectivo pagado $243 MM

Se evidenció:
- Operaciones de crédito y leasing para construcción y adquisición de clínicas y equipo médico $334 MM
- Cancelación del servicio de la deuda y amortización del leasing $177 MM
- Hoy el interventor ha tenido que utilizar los recursos parafiscales para la cancelación de las cuotas de créditos, operaciones de leasing y contratos de compraventa.

Generó recursos en la financiación $92 MM →
- Solicitó créditos para financiar a Ciudadela Salud $22 MM
- Utiliza las compañías del grupo para que asuman las cuotas de los créditos (Epsifarma)



El informe de la Contraloría General de la República[23], al encontrar cheques girados en la tesorería y no entregados a los beneficiarios, indicó que ello en primer lugar constituye una práctica insegura y en segundo lugar deja evidencia de la falta de recursos disponibles.

Al efectuar el respectivo análisis de la información reportada por la EPS y la Superintendencia Nacional de Salud, se encuentra que la EPS "…presenta un sobregiro contable por la suma de $271.530.076 miles…de los cuales el monto generado en el mes de diciembre de 2010 de la cuenta 380-105-932 es de $204.982.823 miles que representa el 77% del valor total de cheques pendientes de cobro a diciembre de 2010"

Señala la Contraloría que, utilizando para el caso, la práctica de girar cheques a nombre de los proveedores en la prestación de los servicios de salud y no entregar los mismos a los beneficiarios, utiliza a éstos como vehículo de financiación y deja en claro las dificultades de liquidez por las que atraviesa la entidad, demostrando este procedimiento, el incumplimiento de las normas vigentes en materia de reservas técnicas e inversión.

---

[23] Contraloría General de la República. "Informe, Técnico, Contable y Financiero de la indagación preliminar No. 010 del 4 de abril de 2011. Folios 51 a 58 del Anexo 4

Precisa que esta contingencia se manifiesta en la EPS por tres razones, la primera por la insuficiencia de los activos líquidos disponibles inmediatos, la segunda por el imperativo de tener que asumir costos financieros ante la necesidad de acudir al sector financiero para el otorgamiento de créditos de tesorería y a largo plazo, y la tercera por la incursión en inversiones movibles e inmovibles que la EPS no está autorizada a realizar con los recursos parafiscales, dejando así a la entidad sin flujos de caja requeridos para atender los compromisos adquiridos en la prestación de servicios de salud a sus afiliados.

Según el informe de la Contraloría, la entidad no cuenta con la posibilidad de liquidar inversiones en el corto plazo por cuanto las mismas no son negociables en el mercado de valores ni son líquidas dentro del sector cooperativo, por la exclusividad del sector y en otros casos ha incursionado en inversiones en el exterior (Chile, México), que no presentan liquidez.

De otra parte, señala el organismo de control, la práctica insegura de girar cheques sin entrega de los mismos "…genera distorsión de la información", pues estaría la EPS implicada en los requerimientos de recursos del SGSSS pues los recursos que demuestra la entidad en las actividades de operación y demostrados en el estado de flujo de efectivo a 31 de diciembre de 2010, son el indicador propicio para establecer que la EPS, cuenta con los flujos líquidos suficientes para: (i) el pago oportuno a los proveedores de la salud y (ii) mantener la capacidad de operación del ente económico, los cuales deben ser dedicados exclusivamente al cumplimiento de las funciones de aseguramiento en salud y demás funciones que el Gobierno nacional le ha fijado en la Ley.

Una conclusión respecto del tema de la liquidez de SALUDCOOP, radica en las operaciones realizadas para ocultar su estado de iliquidez, tal como se evidenció en los pagos realizados por la cooperativa EPSIFARMA a nombre de SALUDCOOP con el fin de cumplir con las obligaciones adquiridas por la EPS por promesas de compraventa de las Clínicas Neiva, Tunja y Materno Infantil y para cubrir los pagos de la adquisición del edificio Paralelo 108.

De lo anterior deriva la Contraloría que, de manera preliminar, ello demuestra que SALUDCOOP, mediante este tipo de operaciones, comprometió recursos de la salud en actividades de crédito, sin contar con una debida planeación de tesorería,

toda vez que para la cancelación de las mismas y al no contar con la liquidez necesaria, debió acudir a una de las empresas de su “grupo empresarial” para realizar los pagos a que se comprometió, lo cual no es razón para comprometer recursos, en actividades diferentes a la salud.

El grupo de apoyo técnico, deja constancia de que en el análisis se demostró que SALUDCOOP utilizó los recursos parafiscales que administraba, para beneficio del “grupo empresarial” y de la misma EPS, orientándolos a fines diferentes de los autorizados por la Constitución Nacional y en la normatividad relativa al SGSSS.

Considera también la Contraloría que SALUDCOOP, en una errónea lectura de la naturaleza de los recursos parafiscales ha excedido los pagos de ciertos emolumentos que incrementan el gasto administrativo de la EPS, por un total de $24.624.78 millones, que debieron ser cancelados con recursos propios de la entidad y entre los cuales se destacan: (i) gastos adicionales por honorarios jurídicos; (ii) nómina de funcionarios directivos; (iii) reservas con cargo a resultados; (iv) canon de arrendamiento financiero; (v) gastos relacionados con el arrendamiento financiero”.

El solo rubro de sueldos del personal directivo por $23.005 millones y bonificaciones por $6.290.2 millones en el período de investigación demuestra un gasto excesivo que no se compadece con la valoración objetiva del talento humano y la supuesta iliquidez que siempre argumentó la administración en diversas instancias, responsabilizando al FOSYGA y al Gobierno nacional por el no pago de los recobros.

Puntualiza el ente de control que la información financiera muestra que SALUDCOOP, para mantener los requerimientos de capital de trabajo tuvo que recurrir a créditos de tesorería en cuantía de $200.277 millones con la finalidad de cubrir supuestos faltantes de caja, en los requerimientos de margen de solvencia que la norma exigía para los años 2004 a 2007, y los decretos 574, 1698 de 2007 y 4789 de 2009 para los años posteriores, en donde se establece el procedimiento a seguir para el nuevo cálculo del margen de solvencia.

Encontró la Contraloría que el monto de recursos que SALUDCOOP podía emplear para inversión y otros conceptos diferentes de la destinación específica a salud ascendía a $74.364 millones provenientes del 50% de las utilidades -

$72.981 millones- y de los aportes de los asociados -$1.383 millones-, no obstante lo cual la EPS se desbordó en las inversiones en esos otros conceptos que ascendieron a la suma de $750.455.00 millones.

Cuestiona también la Contraloría la forma como se hace el registro contable del valor de los recobros no POS, pues en ella se debe mostrar como saldo únicamente los recobros que informa el administrador fiduciario de FOSYGA como aprobados condicionados o aprobados para el pago, y los rechazados deben ser excluidos de esta cuenta, hasta cuando se surta el proceso jurídico correspondiente.

Al respecto destaca el ente de control que esa situación ha venido siendo utilizada por la EPS para demostrar injustificadamente que el no pago a sus proveedores se debe a la concentración de recobros por parte del FOSYGA, mientras realiza actividades diferentes al aseguramiento como las inversiones en el exterior, operaciones de leasing, contratos de compraventa de clínicas y edificios, adquisición de equipos hospitalarios, cancelación de créditos bancarios, entre otros.

Las conclusiones del informe técnico de la Contraloría General de la República indican, entre otros resultados, que:

A. SALUDCOOP hizo uso indebido de los recursos parafiscales a su cargo, tal como se relaciona a continuación:

Cifras en millones de pesos

Concepto	**Estimado**
Honorarios abogados	$23.264.70
Actividades de financiación	$333.973.00
Intereses obligaciones financieras	$177.559.00
Usos por inversión	$450.012.00
Cargos diferidos por remodelaciones y mejoras	$64.504.20
Software que destina para constitución de sociedad	$17.140.00

Medicamentos	$298.664.80
Baldosas	$2.326.50
Total	$1.367.804.20

B. SALUDCOOP no demostró haber realizado con recursos propios las inversiones en infraestructura, sociedades nacionales y extranjeras, construcción de clínicas, dotación hospitalaria y otros, razón por la cual se considera que la EPS destinó recursos parafiscales para fines diferentes de los consagrados en la carta Política.

C. Los créditos financieros, las operaciones de leasing y los fideicomisos vigentes a cargo de SALUDCOOP, y cuyas cuotas se amortizarán a corto y largo plazo, comprometen la parafiscalidad futura.

D. El objeto social de la EPS tiene un esquema diversificado de negocio, por cuanto actúa como una empresa de construcción, una empresa de otorgamiento de crédito, de desarrollo de operaciones de inversión en el extranjero y como una entidad prestadora de servicios de salud, sin demostrar que los recursos hayan tenido su procedencia de fondos propios.

En consecuencia, para la Sala no se demostró por el Comité de Conciliación “que se aplicaron normas de carácter general para el análisis, sin profundizar en la naturaleza jurídica del vigilado”, pues por el contrario si se estableció que los excedentes fueron invertidos conforme decisiones de la Asamblea y sobre ellos la Superintendencia no se pronunció.

En este orden de ideas, los actos administrativos que se acordó revocar por vía de conciliación, parten de presupuestos jurídicos, que la Sala no considera que evidencien *prima facie* y de manera ostensible la contrariedad de dichos actos con la Constitución o la Ley ni la violación del debido proceso, por lo cual la ocurrencia de la causal de revocatoria directa contenida en el numeral primero del artículo 69 del C.C.A., que las partes invocan como sustento del acuerdo conciliatorio, no se observa en el caso concreto, máxime si se tiene en cuenta que las partes no demostraron que las decisiones objeto de la conciliación no estuvieron respaldadas por preceptos legales e interpretaciones jurisprudenciales aplicables al caso.

Sentadas estas premisas es evidente que aprobar un acuerdo logrado en estas condiciones, en las cuales no se cuenta con un respaldo probatorio que brinde certeza sobre la violación del debido proceso por la Superintendencia Nacional de Salud resultaría, como los señala la Contraloría General de la República en su intervención, no solo violatorio de la ley, sino también lesivo para el patrimonio público, lo cual impone confirmar la decisión apelada.

La decisión aquí adoptada no implica que la Sala desconozca la importancia y utilidad de la conciliación como mecanismo de solución de conflictos tanto entre los particulares como entre éstos y la administración, cuyas bondades ha resumido la Corte Constitucional señalando que: (i) garantiza el acceso a la justicia; (ii) promueve la participación de los individuos en la solución de sus disputas; (iii) estimula la convivencia pacífica; (iv) facilita la solución de los conflictos sin dilaciones injustificadas y, (v) descongestiona los despachos judiciales[24].

Sin embargo, tratándose del patrimonio e interés públicos, no es posible omitir la exigencia de certeza del derecho reclamado, situación que no se presenta en el presente caso, comoquiera que el material probatorio no acredita en forma fehaciente que la Superintendencia de Salud haya violado el debido proceso, derecho este que constituye el corazón de la conciliación que se analiza en el sublite.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo,

RESUELVE

CONFÍRMASE el auto recurrido.

Ejecutoriada esta providencia, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

---

[24] Corte Constitucional sentencia C-598 de 2011 M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. Ver además la sentencia C-1195 DE 2001 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Se deja constancia de que la anterior providencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en la sesión de la fecha.

GUSTAVO E. GÓMEZ ARANGUREN
Presidente

VICTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA

HERNAN ANDRADE RINCÓN **GERARDO ARENAS MONSALVE**

HUGO BASTIDAS BÁRCENAS **MARTHA TERESA BRICEÑO DE VALENCIA**

SUSANA BUITRAGO VALENCIA **STELLA CONTO DÍAZ DEL CASTILLO**

RUTH STELLA CORREA PALACIO **MAURICIO FAJARDO GÓMEZ**
Ausente con excusa

MARÍA ELIZABETH GARCÍA GONZÁLEZ **ENRIQUE GIL BOTERO**

WILLIAM GIRALDO GIRALDO **CARMEN TERESA ORTIZ DE RODRÍGUEZ**

BERTHA LUCÍA RAMÍREZ DE PÁEZ **DANILO ROJAS BETANCOURTH**

MARÍA CLAUDIA ROJAS LASSO **JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA**

MAURICIO TORRES CUERVO **OLGA MÉLIDA VALLE DE DE LA HOZ**

ALFONSO VARGAS RINCÓN **MARCO ANTONIO VELILLA MORENO**

LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO **ALBERTO YEPES BARREIRO**

CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA