



SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD

RESOLUCIÓN NÚMERO 000162 DE 2021

(26 ENE 2021)

Por la cual se resuelve recurso de reposición interpuesto por la Caja de Compensación Familiar de Cundinamarca – COMFACUNDI en contra de la Resolución 012645 de 5 de noviembre de 2020

EL SUPERINTENDENTE NACIONAL DE SALUD

En uso de sus facultades legales y reglamentarias, en especial las que le confieren la Ley 100 de 1993, los artículos 114 a 117 y 335 del Decreto Ley 663 de 1993 – Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, modificado por el artículo 19 de la Ley 510 de 1999, el artículo 68 de la Ley 715 de 2001, la Ley 1122 de 2007, el artículo 68 de la Ley 1753 de 2015, los artículos 11, 12, y 26 de la Ley 1797 de 2016, el artículo 17 de la Ley 1966 de 2019, el Decreto 2555 de 2010, los artículos 2.5.5.1.1 y 2.5.5.1.9 del Decreto 780 de 2016, el artículo 2 del Decreto 3023 de 2002, el Decreto 2462 de 2013 modificado parcialmente por el Decreto 1765 de 2019, el Decreto 1542 de 2018, el artículo 2 del Decreto 1424 de 2019, el artículo 4 de la Resolución 002599 de 2016 modificada por las Resoluciones 011467 de 2018 y 005949 de 2019 y,

CONSIDERANDO

1. ANTECEDENTES

Que de conformidad con lo dispuesto en los artículos 48 y 49 de la Constitución Política la Seguridad Social en su componente de atención en salud se define como un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, con sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad.

Que en virtud del artículo 154 de la Ley 100 de 1993, el Estado intervendrá en el servicio público de seguridad social en salud, con el fin de garantizar los principios consagrados en la Constitución Política y en los artículos 2 y 153 de la citada ley (este último modificado por el artículo 3 de la Ley 1438 de 2011).

Que el párrafo segundo del artículo 233 de la Ley 100 de 1993, en consonancia con los artículos 2.5.5.1.1 y 2.5.5.1.9 del Decreto 780 de 2018, establecen que las medidas cautelares y la toma de posesión de los bienes, haberes y negocios que adopte esta Superintendencia se regirán por las disposiciones contempladas en el Decreto Ley 663 de 1993 Estatuto Orgánico del Sistema Financiero – EOSF.

Que el artículo 42 de la Ley 715 de 2001 en el numeral 42.8 definió como competencia de la Nación en el sector salud, la de establecer los procedimientos y reglas para la intervención técnica o administrativa o para la liquidación de instituciones que manejan recursos del Sistema General de Seguridad Social, determinando también el artículo 68 de la citada Ley la potestad de la Superintendencia Nacional de Salud para ejercer la intervención forzosa administrativa para administrar o liquidar entidades vigiladas que cumplan funciones de Empresas Promotoras de Salud e Instituciones Prestadoras de Salud de cualquier naturaleza.

Que de conformidad con lo dispuesto en los artículos 114 al 117 del Decreto Ley 663 de 1993 – Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, en concordancia con el artículo 68 de la Ley 715 de 2001 y 68 de la Ley 1753 de 2015 corresponde a la Superintendencia Nacional de Salud ordenar la toma de posesión inmediata de los bienes, haberes y negocios y la intervención forzosa administrativa para liquidar de las entidades sometidas a su inspección, vigilancia y control.

Ann

Continuación de la resolución «Por la cual se resuelve recurso de reposición interpuesto por la Caja de Compensación Familiar de Cundinamarca – COMFACUNDI en contra de la Resolución 012645 de 5 de noviembre de 2020»

Que la Superintendencia Nacional de Salud tiene la facultad de tomar posesión de las entidades vigiladas que cumplen funciones de Entidades Promotoras de Salud de cualquier naturaleza, con el fin de salvaguardar la prestación del servicio de salud y los recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud.

Que el parágrafo tercero del artículo 9.1.1.1 del Decreto 2555 de 2010, dispone que “*Cuando quiera que al decretar la toma de posesión de una entidad (...) encuentra acreditado que la misma debe ser liquidada podrá disponer la liquidación en el mismo acto.*”

Que el artículo 17 de la Ley 1966 de 2019, en concordancia con el artículo 335 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y el artículo 2.5.5.1.9 del decreto 780 de 2016 único Reglamentario del Sector Salud, determinó que todas las decisiones administrativas que adopte la Superintendencia Nacional de Salud en ejercicio de las funciones contenidas en el marco del eje de acciones y medidas especiales de que trata el numeral 5 del artículo 37 de la Ley 1122 de 2007, serán de ejecución inmediata y, en consecuencia, el recurso de reposición que procede contra las mismas se concede en efecto devolutivo.

Que el Decreto 1424 de 2019 establece las condiciones de asignación de afiliados para garantizar la continuidad del aseguramiento y la prestación del servicio público de salud a los afiliados de las Entidades Promotoras de Salud – EPS del Régimen Contributivo o Subsidiado cualquiera que sea su naturaleza jurídica cuando dichas entidades se retiren o liquiden voluntariamente, ocurra la revocatoria de la autorización de funcionamiento o de la certificación de habilitación o sean sujetas de intervención forzosa administrativa para liquidar por parte de la Superintendencia Nacional de Salud.

Que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 291, en consonancia con el numeral 4 del artículo 295 y el literal a) del numeral 1 del artículo 296 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, normatividad aplicable a las intervenciones realizadas por la Superintendencia Nacional de Salud, es competencia de superintendencia designar a quienes deban desempeñar las funciones de Agente Especial Interventor, Liquidador y Contralor, quienes podrán ser personas naturales o jurídicas y actuar tanto en la etapa inicial de la toma de posesión, como en la administración o eventual liquidación, adelantando bajo su inmediata dirección y responsabilidad los procesos de intervención.

Que la Superintendencia Nacional de Salud, de conformidad con lo establecido en el numeral 1 del artículo 113 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, que consagra las medidas diseñadas para prevenir la toma de posesión de las entidades sometidas a su inspección, vigilancia y control, mediante Resolución 002918 del 28 de septiembre de 2016, ordenó medida preventiva de vigilancia especial al **Programa de Entidad Promotora de Salud de la Caja de Compensación Familiar de Cundinamarca – COMFACUNDI**, identificada con NIT 860.045.904-7, a partir del 01 de octubre de 2016 hasta el 31 de marzo de 2017.

Que mediante Resoluciones 000545 del 31 de marzo de 2017, 005855 del 30 noviembre de 2017, 008112 del 29 de junio de 2018, 01165 del 28 de diciembre de 2018, 006328 del 28 de junio de 2019, 008857 del 27 de septiembre de 2019, 001741 del 27 de marzo de 2020, y 009149 del 27 de julio de 2020, la Superintendencia Nacional de Salud prorrogó de manera sucesiva el término de la vigencia de la medida preventiva de vigilancia especial adoptada al **Programa de Entidad Promotora de Salud de la Caja de Compensación Familiar de Cundinamarca – COMFACUNDI**, identificada con NIT 860.045.904-7, siendo la última hasta el 09 de noviembre de 2020.

Que el Ministerio de Salud y Protección Social mediante la Resolución 385 del 12 de marzo de 2020, declaró la emergencia sanitaria por causa del Coronavirus COVID-19, prorrogada por las Resoluciones 844 y 1462 de 2020 y adoptando medidas sanitarias con el objeto de prevenir y controlar la propagación del Coronavirus COVID-19 en el territorio nacional y mitigar sus efectos.

Que mediante Resolución 008156 del 29 de agosto de 2019, la Superintendencia Nacional de

SV

HHH

Continuación de la resolución «Por la cual se resuelve recurso de reposición interpuesto por la Caja de Compensación Familiar de Cundinamarca – COMFACUNDI en contra de la Resolución 012645 de 5 de noviembre de 2020»

Salud designó a la firma JAHV MCGREGOR S.A.S., identificada con NIT 800.121.665-9, como Contralor para la medida preventiva de vigilancia especial adoptada por la Superintendencia Nacional al **Programa de Entidad Promotora de Salud de la Caja de Compensación Familiar de Cundinamarca – COMFACUNDI**, identificada con NIT 860.045.904-7.

Que, durante el término de la medida de vigilancia especial y sus prórrogas, la entidad vigilada presentó a consideración de esta superintendencia distintas solicitudes de Plan de Reorganización Institucional. Ante dicha solicitud, la Superintendencia Nacional de Salud, previo análisis, resolvió negar su aprobación mediante Resolución 0999 del 27 de noviembre de 2019, con fundamento en lo expuesto en el referido acto administrativo.

Que mediante Resolución 001700 del 20 de marzo de 2020, La Superintendencia Nacional de Salud ordenó el levantamiento de la medida de limitación de la capacidad para realizar nuevas afiliaciones y para aceptar traslados al **Programa de Entidad Promotora de Salud de la Caja de Compensación Familiar de Cundinamarca – COMFACUNDI**, identificada con NIT 860.045.904-7, ordenada en el artículo segundo de la Resolución 005855 del 30 de noviembre de 2017, con el fin de garantizar la atención de la población que requiera los servicios de salud frente a la emergencia Covid-19, así como para disponer de mecanismos para evitar que el desempeño de las EPS pudiera verse afectado, no solo en lo relacionado con la capacidad y respuesta ante la emergencia sanitaria sino también, en términos económicos, considerando el probable aumento de la siniestralidad y de las incapacidades; el incremento en el costo de los servicios y medicamentos por efecto de la devaluación del peso en el costo de las importaciones de los insumos necesarios para su operación, entre otros.

Que en sesión del 29 de octubre de 2020, la Directora de Inspección y Vigilancia para las Entidades Administradoras del Planes de Beneficios de la Superintendencia Delegada para la Supervisión Institucional, expuso ante el Comité de Medidas Especiales de la Superintendencia Nacional de Salud, los resultados derivados de la visita de auditoría realizada al **Programa de Entidad Promotora de Salud de la Caja de Compensación Familiar de Cundinamarca – COMFACUNDI**, ordenada mediante Auto No. 000333 del 24 de septiembre de 2020, modificado por el Auto No. 00342 del 2 de octubre de 2020, realizada del 28 de septiembre al 06 de octubre de 2020, sobre las 161 PQRD que corresponden a 218 servicios, detectándose en la visita 28 hallazgos, así: 17 asistenciales, 9 administrativos y 2 contractuales.

Dentro de los hallazgos asistenciales se identificaron los siguientes:

- 96 PQRD fueron con respuesta inoportuna a los afiliados - 6 se encuentran aún abiertas.
- Inoportunidad en la autorización de servicios a población especial -20.
- Inoportunidad en la entrega de medicamentos no contenidos en el plan de beneficios -7.
- Inoportunidad de la prestación de medicina especializada - 19.
- Inoportunidad en la prestación de las pruebas diagnósticas -10.
- Inoportunidad de entrega de insumos - 8.
- Inoportunidad en la autorización de servicios de consulta externa - 2.
- No prestación del servicio de medicina general y odontología - 6.
- Incumplimiento en de la operación del sistema de referencia y contrarreferencia -2.
- Inoportunidad en prestación de servicios a Sujetos de Especial Protección - 18.
- No hay evidencia del seguimiento y gestión del riesgo para patologías priorizadas: 36 HTA y Cáncer 17.
- No toma de prueba de COVID-19 a 11 usuarios.
- No garantía de la prestación de acuerdo con la Resolución 521 de 2020 - población en aislamiento preventivo obligatorio - 70 años.

- Grupo 1: 4 usuarios.
- Grupo 2: 5 usuarios.
- Grupo 3: 46 usuarios

✍

tw

Continuación de la resolución «Por la cual se resuelve recurso de reposición interpuesto por la Caja de Compensación Familiar de Cundinamarca – COMFACUNDI en contra de la Resolución 012645 de 5 de noviembre de 2020»

- Número entrega de medicamentos en domicilio: 56.

Con relación a los hallazgos administrativos, se señaló:

- No presenta el documento de caracterización poblacional.
- No se evidencia el registro de la prestación de los servicios de salud, por parte de la red prestadora.
- En el módulo de gestión de la entidad no se incluyen las quejas reportadas por Superintendencia Nacional de Salud.

Así mismo, se evidenció inoportunidad en la entrega de información para:

- Autorización de servicios de salud de medicina especializada 5.
- Autorización de pruebas diagnósticas 2.
- Entrega de insumos y autorización de servicios de salud 5.
- Reactivación de servicios suspendidos 5.

En lo que respecta a los hallazgos contractuales detectados se destacan:

- Incumplimiento de los requisitos establecidos en el Decreto 4747 de 2007, por medio del cual se regulan algunos aspectos entre las instituciones prestadoras de servicios de salud y las entidades responsables de pago de los servicios de salud.
- No se realiza auditoria o seguimiento a los prestadores de servicios de salud.
- De los 55 contratos solicitados 44 no tienen supervisión.

Que en sesión del 29 de octubre de 2020, la Superintendencia Delegada para las Medidas Especiales, presentó al Comité de Medidas Especiales de la Superintendencia Nacional de Salud, concepto técnico de 27 de octubre de 2020, correspondiente al seguimiento realizado a la medida preventiva de vigilancia especial adoptada al **Programa de Entidad Promotora de Salud de la Caja de Compensación Familiar de Cundinamarca – COMFACUNDI**, en el cual se evidenció frente a cada componente situaciones relacionadas con las causales previstas en los literales d), e) y h) del artículo 114 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero para la toma de posesión en consonancia con las disposiciones de los artículos 9.1.1.1.1 y 9.1.3.1.1 del Decreto 2555 de 2010 y el artículo 2.5.5.1.9 del Decreto 780 de 2016 Decreto Único Reglamentario del Sector Salud y Protección Social.

Que en el caso del **Programa de Entidad Promotora de Salud de la Caja de Compensación Familiar de Cundinamarca – COMFACUNDI**, los resultados de la evaluación de los indicadores por cada uno de los componentes que sustentan la recomendación dada por la Superintendencia Delegada para las Medidas Especiales al Comité de Medidas Especiales, son los siguientes:

Componente Técnico Científico

- *El Programa de Salud de la Caja de Compensación Familiar de Cundinamarca "COMFACUNDI" con corte a septiembre 2020 registra un total de 174.449 afiliados según información obtenida de la Base de Datos Única de Afiliados –SISPRO. En septiembre de 2019 donde registraba un total de 172.892 usuarios presenta un incremento de su población afiliada en un 0,92% (n:1.587). Al efectuar un comparativo frente a enero de 2020, mes que registró mayor número de afiliados durante la vigencia 2020 con 186.707, presenta un descenso del 6,56% (n:12.258).*
- *Con corte a septiembre del 2020, de acuerdo con las PQRD radicadas ante la Superintendencia Nacional de Salud, Comfacundi recibió 2.459 PQRD para una tasa mensual media de 15,12 y una tasa acumulada de 140,96 por cada 10.000 afiliados, ocupando el segundo puesto en el ranking de régimen subsidiado por encima de la media nacional a este corte (58,51). Los primeros motivos específicos de radicación a este corte son restricción en la libre escogencia de la EPS, falta de oportunidad en la asignación de citas de consulta médica especializada de otras especialidades*

SV

Fin

Continuación de la resolución «Por la cual se resuelve recurso de reposición interpuesto por la Caja de Compensación Familiar de Cundinamarca – COMFACUNDI en contra de la Resolución 012645 de 5 de noviembre de 2020»

médicas y falta de asignación de citas de consulta con medicina general.

- Comfacundi presenta incumplimiento a corte agosto 2020 de 5 de los 6 indicadores del grupo binomio madre e hijo objeto de vigilancia, es así como a este corte incumple los siguientes indicadores: razón de mortalidad materna con una razón de 86.43 por cada 100.000 nacidos vivos frente a la meta definida en <51 por cada 100.000 NV; Tasa de mortalidad perinatal de 15,33 por cada 1.000 nacidos vivos frente a la meta definida en 13.6 por cada 1.000 NV; porcentaje de gestantes con captación temprana presenta incumplimiento con un porcentaje de 51.59% frente a la meta de captar mínimo al 80% de las gestantes; Porcentaje de tamización para virus de inmunodeficiencia humana (VIH) en gestantes con un porcentaje de 55,75% frente a la meta de tamizar mínimo al 95%; incidencia de sífilis congénita con una tasa acumulada de 7,78 por cada 1.000 frente a la meta establecida de <0,5 por cada 1.000 NV).
- A corte agosto de 2020 la EPS Comfacundi presenta un bajo cumplimiento en los indicadores que evalúan la gestión del riesgo cardiovascular de sus afiliados cumpliendo de 2 de los 6 indicadores evaluados que corresponde a un 33%. Lo[s] indicadores incumplidos son; Pérdida de función renal con un resultado de 3,96% frente a la meta de mantener controlados mínimo al 40%; Porcentaje de hipertensos controlados menores de 60 años con un resultado de 14,84% frente a la meta definida en mínimo el 50%; Porcentaje de hipertensos controlados mayores de 60 años con un resultado de 12,41% frente a la meta de mantener controlados a mínimo el 50% de los hipertensos.
- Frente a la gestión de indicadores que evalúan la gestión del riesgo en cáncer de cérvix y mama, Comfacundi no alcanza las metas en ninguno de los indicadores de este grupo, los resultados evidenciados en los indicadores son; Porcentaje de mujeres con toma de citología cervicouterina presenta un porcentaje de 9,74% incumplimiento al meta a la meta (sic) programática establecida en 53,33%. Porcentaje de mujeres con citología cervicouterina anormal que cumplen el estándar de 30 días para la toma de colposcopia presenta un resultado de 0% frente a la meta del 80%. Tasa de incidencia de tumor maligno invasivo de cérvix de 7,99 casos incumpliendo la meta de tener una tasa no mayor a 6,4 por cada 100.000 mujeres; Porcentaje de tamización bianual con mamografía de mujeres entre los 50 y 69 años presenta un porcentaje a este corte de 20,41% no alcanzando la meta establecida en >46,6%.

Componente Financiero

Frente a las causales que dieron origen a la medida especial de vigilancia especial, Comfacundi EPS-S continúa presentando incumplimiento así:

- La entidad a corte agosto 2020 incumple con las condiciones financieras y de solvencia, establecidas en el Decreto 2702 de 2014 (compilado en el Decreto 780 de 2016 Único Reglamentario del Sector Salud), de Capital Mínimo, Patrimonio Adecuado y Régimen de Inversiones de las Reservas Técnicas.
- Durante el último trimestre de la vigencia 2018, cuarto trimestre de la vigencia 2019 y segundo trimestre de la vigencia 2020 la EPS no ha mejorado en los procesos de reportes de que trata la Circular Única 047 de 2007 y Circular Externa 016 de 2016, debido a que aún persisten algunas inconsistencias que deberán ser atendidas por la EPS a fin de dar cumplimiento con lo estipulado en el artículo 130 de la Ley 1438 de 2011.
- La Superintendencia Nacional de Salud mediante Resolución 8156 del 29 de agosto de 2019, designó a la firma JAHV McGregor identificada con NIT 800.121.665-9 como Contralor con funciones de Revisor Fiscal para la medida preventiva de vigilancia especial al Programa de Entidad Promotora de Salud de la Caja de Compensación Familiar de Cundinamarca – Comfacundi, cargo que fue aceptado efectivamente el 17 de septiembre de 2019, quien mediante NURC 1-2020-451974 del 01 de septiembre de 2020, radicó el informe de calidad de Contralor, correspondiente al periodo 41 – Segundo Trimestre de 2020 en cumplimiento de la Circular Conjunta No. 122 SNS No. 36 JCC de 2001.
- El reporte de los resultados de los indicadores previstos para el seguimiento y monitoreo de la medida de vigilancia especial a través del Sistema de Gestión y Control de las Medidas Especiales

M

hinz

Continuación de la resolución «Por la cual se resuelve recurso de reposición interpuesto por la Caja de Compensación Familiar de Cundinamarca – COMFACUNDI en contra de la Resolución 012645 de 5 de noviembre de 2020»

- FENIX, durante la vigencia 2020 ha presentado atrasos debido a problemas con la calidad y confiabilidad de los datos suministrados, lo que ha llevado a múltiples declinaciones, sin embargo se han subsanado los retrasos en el reporte de la información, y actualmente se encuentran aceptados con corte a agosto de 2020.
- La entidad al corte agosto 2020, aún no cuenta con la verificación de la metodología del cálculo de reservas técnicas, por parte de la Superintendencia Nacional de Salud.
 - Al corte de agosto 31 de 2020, la entidad presenta una razón corriente de 0,46 y nivel de endeudamiento de 2,12, mostrando la inviabilidad financiera del programa de salud operado por Comfacundi EPS y poniendo en evidencia la limitación de la entidad para cubrir las obligaciones adquiridas.
 - El índice de siniestralidad presenta un resultado de 88,38%, al corte 31 de agosto de 2020, el cual obedece a una fuerte disminución con respecto a la reportada en el mes de enero de 2019 que se encontraba en 131,51%, y es importante precisar que dicha disminución obedeció a una mala interpretación de la dinámica contable de los costos. En efecto, la EAPB procedió a hacer una reclasificación de las cuentas contables de costos por un valor de \$3.729 millones, registro que hizo que el valor de la cuenta de costos se hubiera incrementado en dicho monto lo que, a su vez incidió para que el resultado del indicador se viera afectado en dicha proporción presentando un resultado de 131.51%, reflejándose un incremento de 24% frente al resultado del mes anterior el cual fue 107%. Con dicho ajuste el indicador ha venido disminuyendo gradualmente. Además, es importante precisar que la entidad no ha adoptado buenas prácticas de depuración contable, lo que se refleja en registros de dos y tres veces la misma factura y/o situaciones como cuentas contrarias a su naturaleza, facturas que en su momento presentaron glosas conciliadas, pero de las cuales no se hizo el correspondiente registro contable, entre otras, que igualmente pueden estar afectando la dinámica de la cuenta de costos.
 - En revisiones realizadas por el Contralor a las cuentas de costos e ingresos que afectan el indicador de siniestralidad se identificaron una serie de registros contables que generaron incertidumbre frente a la realidad del registro.
 - Además, es importante mencionar que la liberación de reservas técnicas está afectando los ingresos y el resultado de la siniestralidad, sumado a la depuración de registros contables de vigencias anteriores que impactan el resultado (utilidad) con corte a agosto de 2020, pero que se debe mencionar que no corresponden a la operación como tal.
Finalmente, es preocupante la disminución de los costos de la EPS por el efecto generado por la pandemia de Covid-19.
 - La EPS para el corte de agosto 2020, logra dar cumplimiento al indicador de gasto administrativo, ubicándose en el 7,90%, en cumplimiento al porcentaje máximo permitido en la Ley 1438 de 2011. Se evidencia incumplimiento en el mes de febrero de 2020 con el 8,1%, y después de dicho periodo se ha mantenido el resultado muy cerca del 8%
 - La EPS durante la vigencia 2020 ha presentado incumplimiento en los porcentajes de giro directo de los periodos de enero y febrero de 2020, de conformidad con lo establecido en el artículo 10 de la Ley 1608 de 2013.

Componente Jurídico

- COMFACUNDI EPS ha sido notificada de 98 acciones de tutela en salud con corte a agosto de 2020, de las cuales 71 pertenecen a eventos PBS y 27 corresponden a eventos NO PBS.
- Durante el mes de agosto de 2020, las acciones de tutela disminuyeron.
- La EPS ha sido notificada de 1 incidente de desacato de enero a agosto de 2020.
- La cuantía de los procesos jurídicos notificados en contra de la EAPB con corte a agosto de 2020

37

Titu

Continuación de la resolución «Por la cual se resuelve recurso de reposición interpuesto por la Caja de Compensación Familiar de Cundinamarca – COMFACUNDI en contra de la Resolución 012645 de 5 de noviembre de 2020»

asciende a cero (0) y la cuantía de los procesos jurídicos fallados en contra la reporta en cero (0).

- La entidad no cuenta con embargos activos en su contra, con corte a agosto 2020.
- COMFACUNDI, de conformidad con el artículo 27 de Decreto 4747 de 2007, debe actualizar la información de contratos liquidados y pendientes de liquidar, haciendo claridad que no es solo la información de los contratos celebrados en la vigencia 2020, sino que es de todos los contratos perfeccionados y terminados en todas las vigencias anteriores.

Que mediante escrito radicado 20208230511202 del 19 de octubre de 2020, la firma Contralora designada para el seguimiento a la medida preventiva de vigilancia especial impuesta a COMFACUNDI, remitió a la Superintendencia Delegada para las Medidas Especiales informe sobre la situación de la entidad con corte a septiembre de 2020, en el cual señaló:

«(...) De los 29 indicadores técnico-científicos que se están revisando en el año 2020, a agosto la EPS cumple la meta en 14 de ellos (48%), discriminados de la siguiente manera: 4 de los 6 indicadores de Efectividad de la Atención (75%); y 4 de los 15 de Gestión del riesgo (26.6%), donde se incluye el de vacunación como cumplido, teniendo en cuenta que es un indicador cuya meta se evalúa al finalizar la vigencia y que para el mes de corte, la entidad cuenta con cobertura útil.

En relación con la gestión del riesgo en salud, la EPS al no contar con la caracterización poblacional actualizada no conoce realmente las condiciones de salud de sus afiliados, antes de estructurar el sistema de información no tenía datos confiables sobre el estado de la gestión de riesgo individual realizado por la entidad en conjunto con su red, por lo cual en la actualidad se evidencia la debilidad en este aspecto fundamental de las obligaciones de una EAPB, por lo tanto los bajos resultados en los indicadores, son coherentes con la realidad de la gestión realizada, Adicionalmente, hasta ahora COMFACUNDI está iniciando la adaptación de las Rutas de Atención Integral en Salud, es decir que se encuentra en enfoque, si se quiere evaluar en términos de enfoque, implementación y resultado.

Para cumplir con sus obligaciones con (sic) EAPB en marco de la pandemia por COVID-19, esta firma contralora concluye que las acciones realizadas por la entidad han sido desarticuladas, con poco seguimiento y con grandes oportunidades de mejora. COMFACUNDI EPS no ha entregado evidencias que desarrolla acciones para la prevención, el diagnóstico y el seguimiento de los casos.

Ha ejecutado actividades para atender a la población en riesgo definida en la Resolución 521 de 2020, pero no ha desarrollado mecanismos para el procesamiento de datos debido a que a la fecha no ha terminado de depurar bases de datos, al solicitar datos específicos, éstos no son confiables ni están soportados, el seguimiento a la red para verificar que los prestadores cumplen con los lineamientos para la atención en servicios COVID y no COVID se está iniciando hasta ahora.

En la gestión de las PQRD se evidencia gestión, oportunidad en la respuesta, pero la debilidad en los procesos misionales de la entidad mediante la cantidad de inconformidades de los afiliados, incluso el aumento de éstas, además se identifican oportunidades de mejora en el análisis causal al interior de la entidad de los motivos, debido a que varios de ellos no están justificados ni cuentan con acciones preventivas y/o correctivas se podrían impactar verdaderamente para beneficio de los usuarios y de la misma organización.

La entidad continua sin dar cumplimiento a las condiciones de solvencia establecidas en el decreto 2702 de 2014, lo anterior se ve afectado por cuanto al cierre de agosto 2020, no le ha sido aprobado la metodología para el cálculo de la reserva técnica por parte de la Super Salud.

Al cierre de agosto 2020, de los 13 indicadores del componente financiero, no cumplió la meta para 5 de ellos, dentro de los cuales en su mayoría representan las condiciones financieras de la EPS como son (Nivel de endeudamiento, Razón Corriente, Legalización de anticipos, Recaudo de Cartera y porcentaje de conciliación de glosa).

La EPS, en lo corrido de la vigencia 2020, no logró cumplir en ningún mes la meta (0.70) establecida para el indicador de razón corriente, es así como, al cierre de agosto la EPS presentó

M

hina

Continuación de la resolución «Por la cual se resuelve recurso de reposición interpuesto por la Caja de Compensación Familiar de Cundinamarca – COMFACUNDI en contra de la Resolución 012645 de 5 de noviembre de 2020»

un resultado de 0.45, igual situación se identificó para el indicador de nivel de endeudamiento donde tiene establecida una meta de 1.25; es así como al cierre de agosto la EPS presentó un endeudamiento de 2.12.

En los ingresos encontramos un valor de \$5.842 millones generados por la liberación de reservas técnicas, producto de la depuración de las cuentas de provisiones, que ayudan a la generación de los \$2.964 millones que registra la entidad como resultado al corte de agosto de 2020.

Se resalta que esta Contraloría ha presentado limitaciones en el alcance de la información para poder analizar y corroborar los resultados que viene presentando el indicador de siniestralidad, lo anterior por cuanto a pesar de los requerimientos realizados y reiterados a través de oficio, explicaciones de videollamadas, manifestaciones hechas al representante legal, no ha sido posible que la entidad entregue información de la conformación de los costos, situación que genera incertidumbre frente a los resultados de dicho indicador.

La entidad adolece de un proceso estructurado de seguimiento contractual, por ende, a la fecha, la contratación suscrita por parte de la EPS no es susceptible de un ejercicio claro de supervisión, situación que puede resultar abiertamente contraproducente para el equilibrio financiero de la Entidad y en forma transversal, para los diferentes procesos de la operación de la EPS (...)

Que en el concepto técnico de seguimiento antes citado, la Superintendencia Delegada para las Medidas Especiales concluyó que:

«(...) Analizado el comportamiento de los indicadores de los componentes Técnico-Científico, Financiero y Jurídico, se concluye que la entidad NO ha logrado enervar los hallazgos que dieron origen a la medida preventiva de vigilancia especial, y a los hallazgos evidenciados durante la misma, pese a los esfuerzos realizados por la EPS.

La EPS NO ha cumplido las órdenes impartidas por esta Superintendencia y continúa incumpliendo con la entrega oportuna de las actividades definidas en el Sistema de Gestión y Control de las Medidas Especiales de la plataforma Fénix, de acuerdo con los lineamientos establecidos en la Resolución 5917 de 2017, la Circular Única y demás normas aplicables.

De acuerdo con la evaluación y concepto emitido por la Delegada de Supervisión de Riesgos, el programa de salud de COMFACUNDI NO está cumpliendo con las condiciones financieras y de solvencia establecidas en el Decreto 780 de 2016 y sus modificatorios, se identifica un riesgo frente al apropiado manejo de los recursos del Sistema General de Seguridad Social y por ende en la adecuada atención de los afiliados de la EPS.

Así mismo, teniendo en cuenta los conceptos de las delegadas de Protección al Usuario, Institucional, Riesgos, Medidas Especiales y la firma contralora, se evidencian hallazgos que ameritan el análisis de la continuidad del programa de salud de la CCF – COMFACUNDI como entidad promotora de salud habilitada para el aseguramiento de la población afiliada al Régimen Subsidiado, razón por la cual se recomienda al Comité de Medidas Especiales una intervención forzosa administrada para liquidar (...)

Que conforme al análisis presentado en el concepto de la Superintendencia Delegada para las Medidas Especiales, el Comité de Medidas Especiales de la Superintendencia Nacional de Salud (en cumplimiento de lo previsto en el artículo tercero de la Resolución 461 del 13 de abril de 2015) en sesión del 29 de octubre de 2020, recomendó al Superintendente Nacional de Salud, ordenar la toma de posesión de los bienes, haberes y negocios y la intervención forzosa administrativa para liquidar al **Programa de Entidad Promotora de Salud de la Caja de Compensación Familiar de Cundinamarca – COMFACUNDI**, por el término de dos años.

Que acogiendo la recomendación del Comité de Medidas Especiales, el despacho del Superintendente Nacional de Salud profirió la Resolución 012645 de 5 de noviembre de 2020, mediante la cual ordenó la toma de posesión inmediata de los bienes, haberes y negocios y la intervención forzosa administrativa para liquidar el **Programa de Entidad Promotora de Salud de la Caja de Compensación Familiar de Cundinamarca – COMFACUNDI**, identificada con el NIT 860.045. 904-7, por el término de dos (2) años en aras de proteger la confianza pública y los recursos del Sistema de Seguridad Social en Salud; designó como Liquidador al señor Víctor

37

R.M.V.

Continuación de la resolución «Por la cual se resuelve recurso de reposición interpuesto por la Caja de Compensación Familiar de Cundinamarca – COMFACUNDI en contra de la Resolución 012645 de 5 de noviembre de 2020»

Julio Berrios Hortua, quien ejercía como Representante Legal de COMFACUNDI, y designó como Contralor a la firma PAM CONSULTORES Y AUDITORES LTDA., identificada con NIT 900.146.088-1, quien hasta el momento ejercía como Revisor Fiscal de la entidad intervenida.

Que la Resolución 012645 de 5 de noviembre de 2020, fue notificada personalmente al Representante Legal de la entidad el señor Víctor Julio Berrios Hortua, el día 6 de noviembre de 2020.

Que mediante oficio radicado con el número 202082305408532 del 23 de noviembre de 2020, el apoderado especial designado por el Director Administrativo Suplente de la **Caja de Compensación Familiar de Cundinamarca - COMFACUNDI**, interpuso recurso de reposición contra la Resolución 012645 de 5 de noviembre de 2020.

2. ARGUMENTOS DEL RECURSO DE REPOSICIÓN

Sobre la prohibición de destinar recursos de la Caja de Compensación Familiar al Programa EPS

Indicó el recurrente que se encuentra en desacuerdo con lo dispuesto en la parte resolutive en lo relacionado con los gastos asociados al proceso de liquidación del programa de salud COMFACUNDI EPS-S que serían con cargo a los recursos de la Caja de Compensación Familiar; ya que en su entender de acuerdo con la normatividad eso no es posible, pues los recursos de la Caja de Compensación Familiar, son recursos parafiscales que tienen destinación específica.

Indica, que no se podría repetir contra los recursos de la unidad de negocio de la caja de compensación, pues considera que generaría nefastos efectos para los afiliados a la misma, frente a los amplios matices referidos que constituyen el sistema de protección social, por lo que señala que produciría perjuicios, sin tener relación alguna con la unidad de negocio de la EPS.

Así mismo, manifiesta que del contenido de la norma se puede evidenciar que no debe existir una relación directa entre las actividades dispuestas para los afiliados de la Caja de Compensación con los de la EPS, existiendo alternativas para que se diferencien los recursos que se disponen para cada una verificando cuales recursos están destinados para el aseguramiento y la prestación de los servicios de salud, por ello reitera que dichos recurso no podrían tomarse como una figura de inversión en tanto su fin esencial es la de prestación de servicios a la población afiliada.

Argumenta que las cajas de compensación familiar no pueden asumir las pérdidas de las EPS con su programa de salud y mucho menos con los recursos del 4% del subsidio familiar ya que afectaría a los afiliados y que conforme fue establecido por el legislador en la Ley 100 de 1993, que, al gozar, la unidad de pago por capitación de servicios de salud, de una autonomía técnica, financiera y administrativa significa que genera sus propios recursos con cargo a la UPC, que reconoce la ADRES y demás fuentes de ingreso, por ello señala se debe diferenciar la función social y económica de la unidad de subsidio familiar y la unidad de EPS.

Concluye con relación a este título que normativamente no es de recibo que, para la operación de la caja de Compensación, sean empleados los recursos de esta unidad, máxime cuando los recursos que sean derivados de la operación de la misma deberán tener como única finalidad dar cabal cumplimiento a lo estatuido en el sistema de seguridad social, velando por el bienestar de los trabajadores afiliados.

Derecho a la igualdad

Indicó el impugnante, luego de citar el artículo 13 de la Constitución Política y la sentencia C-178 de 2014 relativas al derecho a la igualdad, que el programa de COMFACUNDI logró la consecución de una constante mejora, tal como se evidenció en informe de gestión dirigido al superintendente que da cuenta de los avances, lo que denota la gestión adelantada por la aseguradora COMFACUNDI y la voluntad de continuar mejorando siempre con el apoyo de la

Continuación de la resolución «Por la cual se resuelve recurso de reposición interpuesto por la Caja de Compensación Familiar de Cundinamarca – COMFACUNDI en contra de la Resolución 012645 de 5 de noviembre de 2020»

superintendencia para brindar servicios con calidad y oportunidad a los usuarios.

Sin embargo, manifiesta que del informe remitido no se obtuvo respuesta o retroalimentación alguna y que lo mismo ocurrió con la réplica incoada el 11 de agosto de 2020, frente a la Resolución 9149 de 2020, con la que se prorrogó la medida de vigilancia especial.

Finaliza su argumento señalando que a pesar de los esfuerzos aunados por COMFACUNDI EPS-S que en su decir pueden ser medidos cualitativa y cuantitativamente, la Superintendencia Nacional de Salud no tuvo en consideración la mejora en la totalidad de los componentes medidos y su constante crecimiento frente a otras Entidades Promotoras de Salud.

Libertad económica y libertad de empresa

Expuso el impugnante algunos preceptos constitucionales relacionados con la libertad de empresa que consideró necesario poner de presente cuándo hay intervención estatal, entre los que mencionó se encuentra los siguientes:

i) Núcleo esencial de la libertad: Sobre este punto señaló el recurrente que con relación a otras EPS que también se encuentran en medida de vigilancia, no se demuestran un avance significativo, contrario a lo demostrado por COMFACUNDI.

ii) Principio de solidaridad: Indicó la vigilada que la decisión de intervenir forzosamente implica por sí sola la afectación al principio de solidaridad, pues considera que no se encuentra en pro del interés colectivo o los derechos de los trabajadores dado que más de 170 familias perderían su ingreso, incluidas personas en debilidad manifiesta, madres cabeza de familia, personas con discapacidad.

iii) Criterios de razonabilidad y proporcionalidad: En criterio del impugnante la decisión de intervenir forzosamente y liquidar COMFACUNDI, no se encuentra ajustada a la prudencia y mucho menos a la equidad, porque a su criterio se demostró una constante evolución en la gestión del aseguramiento del riesgo en salud y así fue reconocido por la firma contralora y reitera que hay EPS con medida de vigilancia con mayores dificultades que su representada, sin demostrar mejoría alguna. Con relación a la proporcionalidad de la decisión, considera que no se realizó un estudio minucioso sobre la efectividad que se perseguía frente a los resultados o consecuencias que acarrearía la decisión de intervenir o liquidar una EPS que siempre demostró su evolución.

En resumen, el impugnante considera que la medida adoptada no encuentra asidero frente a la libertad económica y de empresa pues los preceptos señalados no fueron tenidos en cuenta en la resolución impugnada.

Afiliación oficiosa de usuarios

Sobre el presente título indicó el impugnante que la reducción exponencial de usuarios se debió a la limitación de afiliación de oficio, impartida por el Gobierno Nacional, que significó el cambio de una norma de rango legal donde se asignaban afiliados a las EPS que estuvieran mejor rankeadas, sin embargo, con la expedición del Decreto 064 de 2020, cambió la regla aplicable, estableciendo como criterio de elegibilidad la EPS con mayor cobertura, que por reglamentación se traduce en aquella con mayor número de afiliados, por ello en consideración del impugnantes la señalada norma generó un flagrante detrimento a los intereses de COMFACUNDI EPS-S perdiendo la posibilidad de competir en igualdad de condiciones con otras EAPB.

Solicitud de reestructuración y/o capitalización de las EPS y réplicas remitidas al ente de control

En el presente título la entidad recurrente enlista las diligencias que adelantó desde el 2016 para adoptar un plan de reorganización para solventar el déficit financiero, que fue negado por la

3

3

Continuación de la resolución «Por la cual se resuelve recurso de reposición interpuesto por la Caja de Compensación Familiar de Cundinamarca – COMFACUNDI en contra de la Resolución 012645 de 5 de noviembre de 2020»

superintendencia, e indica que de haber sido aprobado el señalado plan y la capitalización del programa de la entidad serían otros los resultados en materia financiera.

Respecto a la vulneración del debido proceso

Argumenta la entidad vigilada que le fue violado el debido proceso administrativo que le asiste por cuanto considera que los argumentos que llevaron a esta superintendencia a tomar la decisión de intervenir son ajenos a la realidad de COMFACUNDI y a su vez sostiene que también fueron vulnerados los derechos de los trabajadores, de los usuarios y de todos los prestadores que dependían del funcionamiento de la EPS.

Advierte que la superintendencia no se pronunció en ningún momento respecto a las réplicas realizadas por COMFACUNDI EPS el 11 de agosto de 2020, contra la Resolución 009149 del 27 de julio de 2020, con las que se manifestó inconformismo, debido a que los argumentos del concepto no correspondían a la realidad fáctica del programa de la ESP de la Caja de Compensación Familiar de Cundinamarca – COMFACUNDI.

Concesión de recurso en efecto suspensivo

Pone de presente el recurrente que con la concesión del efecto suspensivo del recurso contra el acto administrativo la parte recurrente podría concentrarse en garantizar los servicios de salud a los afiliados actuales, lo que permitiría la prestación de los servicios en las condiciones adecuadas, evitando poner en riesgo el derecho a la salud y la vida de los afiliados.

Indicadores de los componentes en la Resolución 012645 del 05 de noviembre de 2020

Frente a los argumentos de índole técnica expresados por la entidad vigilada con relación al componente financiero esta afirma que lo dicho por esta superintendencia no concuerda con la situación de la EPS, pues no se tuvieron en cuenta los datos actualizados y los planes de mejora que se han implementado, lo que permite entrever la mejora continua.

3. CONSIDERACIONES DE LA SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD

3.1 Recursos en sede administrativa

Los recursos propuestos ante la administración se constituyen en la posibilidad de los sujetos pasivos de las actuaciones administrativas (ciudadanos-vigilados) de ejercer su derecho de contradicción y defensa en tales actuaciones, cuestionando ante la Administración el contenido de su decisión, para que, de esta manera, la misma pueda ser confirmada, revocada o modificada. A la vez, esta circunstancia permite a la Administración corregir los posibles errores que pudo cometer y que son puestos en conocimiento por el sujeto pasivo de la actuación. Es así como dicha revisión surge por iniciativa de aquellos que fueron afectados con la decisión administrativa.

Adicionalmente, deberá tenerse en cuenta para el caso que se debate en sede administrativa, que en algunas ocasiones se erige en una precondition o un requisito de procedibilidad para ejercer los medios de control en sede judicial, de ahí que el inciso 2° artículo 161 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo señale: «*Cuando se pretenda la nulidad de un acto administrativo particular deberán haberse ejercido y decidido los recursos que de acuerdo con la ley fueren obligatorios.*»

La procedencia de los recursos opera sólo sobre aquellos actos administrativos de contenido definitivo, excluyéndose por tanto los actos preparatorios y los de carácter general (definidos en el artículo 75 Ley 1437 de 2011).

M En ese sentido, el primer mecanismo de impugnación se denomina recurso de reposición, el cual

Li4+

Continuación de la resolución «Por la cual se resuelve recurso de reposición interpuesto por la Caja de Compensación Familiar de Cundinamarca – COMFACUNDI en contra de la Resolución 012645 de 5 de noviembre de 2020»

se interpone ante la autoridad que tomó la decisión, quien a su vez tiene la competencia directa para resolverlo, para que la aclare, modifique adicione o revoque.

Las reglas comunes a los recursos se encuentran establecidas en los artículos 76¹ y 77² del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Por su parte respecto a la oportunidad de su presentación la Ley 1437 de 2011, señala en su artículo 76 que:

«Los recursos de reposición y apelación deberán interponerse por escrito en la diligencia de notificación personal, o dentro de los diez (10) días siguientes a ella, o a la notificación por aviso, o al vencimiento del término de publicación».

En el presente caso, el recurso de reposición presentado por el doctor **LUIS FELIPE ANDRÉS BALLÉN GARAVITO**, en calidad de apoderado especial de la **CAJA DE COMPENSACIÓN FAMILIAR DE CUNDINAMARCA - COMFACUNDI**, fue interpuesto dentro del término legal mediante correo electrónico con radicado 202082305408532 del 23 de noviembre de 2020. Lo anterior teniendo en cuenta la fecha de la notificación personal el 6 de noviembre de 2020.

3.2. Consideraciones Previas de las competencias de la Superintendencia Nacional de Salud para adoptar la toma de posesión

En virtud de lo previsto en el artículo 154 de la Ley 100 de 1993, el Estado intervendrá en el servicio público de seguridad social en salud, en el marco de lo dispuesto en los artículos 48, 49, 334 y 365 a 370 de la Constitución Política. Esta intervención buscará principalmente el logro de los siguientes fines:

- *«Garantizar la observancia de los principios consagrados en la constitución y en los artículos 2º y 153 de la Ley 100 de 1993.*
- *Asegurar el carácter obligatorio de la seguridad social en salud y su naturaleza de derecho social para todos los habitantes de Colombia.*
- *Desarrollar las responsabilidades de dirección, coordinación, vigilancia y control de la seguridad social en salud y de la reglamentación de la prestación de los servicios de salud.*
- *Lograr la ampliación progresiva de la cobertura de la seguridad social en salud permitiendo progresivamente el acceso a los servicios de educación, información y fomento de la salud y a los de protección y recuperación de la salud a los habitantes del país.*
- *Establecer la atención básica en salud que se ofrecerá en forma gratuita y obligatoria, en los términos que señala la ley.*
- *Organizar los servicios de salud en forma descentralizada, por niveles de atención y con participación de la comunidad.*
- *Evitar que los recursos destinados a la seguridad social en salud se destinen a fines diferentes.*

1 Artículo 76. Oportunidad y presentación. Los recursos de reposición y apelación deberán interponerse por escrito en la diligencia de notificación personal, o dentro de los diez (10) días siguientes a ella, o a la notificación por aviso, o al vencimiento del término de publicación, según el caso. Los recursos contra los actos presuntos podrán interponerse en cualquier tiempo, salvo en el evento en que se haya acudido ante el juez. Los recursos se presentarán ante el funcionario que dictó la decisión, salvo lo dispuesto para el de queja, y si quien fuere competente no quisiere recibirlos podrán presentarse ante el procurador regional o ante el personero municipal, para que ordene recibirlos y tramitarlos, e imponga las sanciones correspondientes, si a ello hubiere lugar. El recurso de apelación podrá interponerse directamente, o como subsidiario del de reposición y cuando proceda será obligatorio para acceder a la jurisdicción. Los recursos de reposición y de queja no serán obligatorios.

2 Artículo 77. Requisitos. Por regla general los recursos se interpondrán por escrito que no requiere de presentación personal si quien lo presenta ha sido reconocido en la actuación. Igualmente, podrán presentarse por medios electrónicos. Los recursos deberán reunir, además, los siguientes requisitos: 1. Interponerse dentro del plazo legal, por el interesado o su representante o apoderado debidamente constituido. 2. Sustentarse con expresión concreta de los motivos de inconformidad. 3. Solicitar y aportar las pruebas que se pretende hacer valer. 4. Indicar el nombre y la dirección del recurrente, así como la dirección electrónica si desea ser notificado por este medio. Sólo los abogados en ejercicio podrán ser apoderados. Si el recurrente obra como agente oficioso, deberá acreditar la calidad de abogado en ejercicio, y prestar la caución que se le señale para garantizar que la persona por quien obra ratificará su actuación dentro del término de dos (2) meses. Si no hay ratificación se hará efectiva la caución y se archivará el expediente. Para el trámite del recurso el recurrente no está en la obligación de pagar la suma que el acto recurrido le exija. Con todo, podrá pagar lo que reconoce deber.

37

37

Continuación de la resolución «Por la cual se resuelve recurso de reposición interpuesto por la Caja de Compensación Familiar de Cundinamarca – COMFACUNDI en contra de la Resolución 012645 de 5 de noviembre de 2020»

- *Garantizar la asignación prioritaria del gasto público para el servicio público de seguridad social en salud, como parte fundamental del gasto público social.»*

Ahora bien, en lo que atañe a las competencias para intervenir en el servicio público de seguridad social en salud en cabeza de la Superintendencia Nacional de Salud, el artículo 35 de la Ley 1122 de 2007, por la cual se hacen algunas modificaciones al Sistema General de Seguridad Social en Salud, disponen en los siguientes términos los mecanismos de Inspección, Vigilancia y Control en cabeza de la Superintendencia Nacional de Salud:

«(...)

A. Inspección: *La inspección, es el conjunto de actividades y acciones encaminadas al seguimiento, monitoreo y evaluación del Sistema General de Seguridad Social en Salud y que sirven para solicitar, confirmar y analizar de manera puntual la información que se requiera sobre la situación de los servicios de salud y sus recursos, sobre la situación jurídica, financiera, técnica-científica, administrativa y económica de las entidades sometidas a vigilancia de la Superintendencia Nacional de Salud dentro del ámbito de su competencia.*

Son funciones de inspección entre otras las visitas, la revisión de documentos, el seguimiento de peticiones de interés general o particular y la práctica de investigaciones administrativas.

B. Vigilancia: *La vigilancia, consiste en la atribución de la Superintendencia Nacional de Salud para advertir, prevenir, orientar, asistir y propender porque las entidades encargadas del financiamiento, aseguramiento, prestación del servicio de salud, atención al usuario, participación social y demás sujetos de vigilancia de la Superintendencia Nacional de Salud, cumplan con las normas que regulan el Sistema General de Seguridad Social en Salud para el desarrollo de este.*

C. Control: *El control consiste en la atribución de la Superintendencia Nacional de Salud para ordenar los correctivos tendientes a la superación de la situación crítica o irregular (jurídica, financiera, económica, técnica, científico-administrativa) de cualquiera de sus vigilados y sancionar las actuaciones que se aparten del ordenamiento legal bien sea por acción o por omisión". (Resaltado fuera del texto)»*

En este punto cabe señalar, que de conformidad con el artículo 3 del Decreto 2462 de 2013, las competencias de inspección, vigilancia y control que le corresponden a la Superintendencia Nacional de Salud enfocan a los actores previstos en los artículos 121 y 130 de la Ley 1438 de 2011, de los cuales hacen parte las entidades administradoras de planes de beneficios, calidad que ostenta la **CAJA DE COMPENSACIÓN FAMILIAR DE CUNDINAMARCA - COMFACUNDI**.

Igualmente es pertinente advertir que en lo que respecta al mecanismo de control frente a los vigilados de la Superintendencia Nacional de Salud, el parágrafo 2° del artículo 233 de la Ley 100 de 1993, y el artículo 68 de la Ley 1753 de 2015, disponen que el procedimiento administrativo de la Superintendencia Nacional de Salud será el mismo que se consagra por las disposiciones legales para la Superintendencia Financiera, esto es el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, y, en consecuencia, el Superintendente Nacional de Salud podrá ordenar o autorizar a las entidades vigiladas medidas como la toma de posesión de bienes haberes y negocios, con el fin de salvaguardar la prestación del servicio público de salud y la adecuada gestión financiera de los recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud.

De conformidad con el parágrafo segundo del artículo 233 de la Ley 100 de 1993 en consonancia con el artículo 2.5.5.1.9 del Decreto 780 de 2016, las medidas cautelares y la toma de posesión de bienes, haberes y negocios que adopte esta superintendencia, se regirán por las disposiciones contempladas en el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero – EOSF y serán de aplicación inmediata.

M

Fin

Continuación de la resolución «Por la cual se resuelve recurso de reposición interpuesto por la Caja de Compensación Familiar de Cundinamarca – COMFACUNDI en contra de la Resolución 012645 de 5 de noviembre de 2020»

En concordancia con lo anterior y con el artículo 68 de la Ley 715 de 2001 y 68 de la Ley 1753 de 2015, los artículos 114 y 115 del Decreto Ley 663 de 1993 – Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, determinan que corresponde a la Superintendencia Nacional de Salud, ordenar la toma de posesión inmediata de los bienes, haberes y negocios de las entidades sometidas a su inspección, vigilancia y control.

En este sentido se tiene en cuenta que el artículo 115 del Decreto ley 663 de 1993 – Estatuto Orgánico del Sistema Financiero modificado por el artículo 21 de la Ley 510 de 1999, en concordancia con el artículo 9.1.1.1.1 del Decreto 2555 de 2010, señala que el objeto de la toma de posesión es el siguiente:

«[...] La toma de posesión tendrá por objeto establecer si la entidad debe ser objeto de liquidación; si es posible colocarla en condiciones de desarrollar adecuadamente su objeto social, o si se pueden realizar otras operaciones que permitan lograr mejores condiciones para que los depositantes, ahorradores e inversionistas puedan obtener el pago total o parcial de sus acreencias. La decisión correspondiente deberá adoptarse por la Superintendencia Bancaria en un término no mayor de dos (2) meses, prorrogables por un término igual por dicha entidad. [...]»

En ese orden de ideas, el numeral 5 del artículo 37 de la Ley 1122 de 2007 modificado por el artículo 124 de la Ley 1438 de 2011, establece que la Superintendencia Nacional de Salud para el desarrollo de sus funciones de inspección, vigilancia y control, tendrá como base entre otros, el siguiente aspecto:

«(...) eje de acciones y medidas especiales estableciendo que “Su objetivo es adelantar los procesos de intervención forzosa administrativa para administrar o liquidar las entidades vigiladas que cumplen funciones de Entidades Promotoras de Salud, Instituciones prestadoras de Salud de cualquier naturaleza y monopolios rentísticos cedidos al sector salud no asignados a otra entidad, así como para intervenir técnica y administrativamente las direcciones territoriales de salud»

Como se observa, la Ley le ha asignado a la Superintendencia Nacional de Salud facultades de policía administrativa con el objeto de cumplir las funciones de Inspección, vigilancia y control, disponiendo para ello de las competencias previstas en el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero.

Las referidas medidas de las cuales es titular la Superintendencia Nacional de Salud encuentran su fundamento en la garantía de los intereses jurídicamente tutelados en el Sistema de Seguridad Social en Salud, de cara a la protección de los derechos de los usuarios, la garantía de la prestación de los servicios de salud y el flujo de los recursos públicos destinados a salud, en el marco del servicio público esencial y obligatorio que a su vez comporta la calidad de derecho fundamental e impone a las entidades que participan del Sistema General de Seguridad Social en Salud un mayor grado de diligencia y frente a las prerrogativas estatales un mayor nivel de intervención en la supervisión del servicio público esencial.

Lo anterior ha sido igualmente corroborado por el Consejo de Estado a través de la Sala de Consulta y Servicio Civil, mediante función consultiva del 12 de diciembre de 2017 bajo radicación 11001-03-06-000-2017-00192-00(2358), en la cual el problema jurídico central planteado a la Sala por el Ministerio de Salud y Protección Social se orientaba a determinar cuándo y bajo qué criterios procede la **medida de toma de posesión para administración o liquidación** de una empresa objeto de vigilancia por parte de la Superintendencia Nacional de Salud, documento en el cual se abordaron los siguientes temas:

1. La toma de posesión como medida de intervención del Estado en el Sistema de Seguridad Social en Salud en virtud de las funciones de inspección, vigilancia y control.
2. Marco jurídico de la toma de posesión a cargo de la Superintendencia Nacional de Salud: Causales y condiciones de procedencia de la medida.
3. La discrecionalidad de la SNS para la adopción de la medida de toma de posesión.

Para efectos de dar mayor claridad al presente caso, resulta relevante transcribir las

A

Fin

Continuación de la resolución «Por la cual se resuelve recurso de reposición interpuesto por la Caja de Compensación Familiar de Cundinamarca – COMFACUNDI en contra de la Resolución 012645 de 5 de noviembre de 2020»

consideraciones de la referida Sala del Consejo de Estado, como se detalla a continuación:

«La atención de la salud es servicio público a cargo del Estado; este debe garantizar a todas las personas su acceso en las modalidades de promoción, protección y recuperación de la salud, y le corresponde organizar, dirigir y reglamentar la prestación de estos servicios, de conformidad con los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, como también fijar las políticas necesarias para la prestación de los mismos por entidades privadas, de acuerdo a lo previsto en el art. 49 superior.

Dicho precepto constitucional guarda íntima relación con el art. 335 superior, que establece que los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado y que podrán ser prestados por el Estado, directa o indirectamente, por comunidades organizadas o por particulares, pero que, en todo caso, el Estado mantendrá la regulación, el control y la vigilancia de dichos servicios.

Igualmente, el art. 48 encuentra relación con los artículos 189-22 y 150-7 de la Constitución, los cuales establecen que le corresponde al Presidente de la República "Ejercer la inspección y vigilancia de la prestación de los servicios públicos" y que es el legislador el encargado de expedir las normas a las cuales debe sujetarse el gobierno para el ejercicio de las funciones de inspección y vigilancia que señala la Constitución.

En definitiva, por expreso mandato de los arts. 9 y 365 de la C.P., la seguridad social en salud es un servicio público sujeto a la regulación, control y vigilancia del Estado, en cabeza del Presidente de la República.

Sin embargo, las funciones de inspección, vigilancia y control a las que se acaba de hacer referencia, deben llevarse a cabo por las superintendencias encargadas, esto es, por organismos técnicos y especializados capaces de efectuar con la eficacia y la exhaustividad requerida esta labor, bajo la orientación del Presidente de la República que es el titular de las respectivas competencias y, en todo caso, con sujeción a la ley.

En materia de seguridad social en el sector salud, la función de inspección y vigilancia asignada al Presidente se ejerce a través de la SNS, organismo de carácter técnico creado por la Ley 100 de 1993, adscrito al Ministerio de Salud, con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio independiente.

Los objetivos que se buscan a través de las actividades de inspección, vigilancia y control por parte de la citada Superintendencia son, entre otros: fijar las políticas de inspección, vigilancia y control del SGSSS, exigir la observancia de los principios y fundamentos del servicio público esencial de Seguridad Social en salud y promover el mejoramiento integral del mismo; proteger los derechos de los usuarios, en especial, su derecho al aseguramiento y al acceso al servicio de atención en salud, en condiciones de disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y estándares de calidad en las fases de promoción, prevención, tratamiento y rehabilitación en salud, y velar por la eficiencia en la generación, recaudo, flujo, administración, custodia y aplicación de los recursos con destino a la prestación de servicios de salud (art. 39 de la Ley 1122 de 2007).

De conformidad con los citados objetivos se podrían afirmar que, en términos generales, el ejercicio de las actividades de vigilancia y control a cargo de la SNS se dirige a asegurar la prestación oportuna, permanente y eficiente del servicio de seguridad social en salud y a lograr que los recursos destinados a su financiación se utilicen exclusivamente para tales fines.

Para este propósito, la SNS ha sido investida con una serie de funciones y facultades, dentro de las cuales se encuentra la potestad de ordenar la toma de posesión para administrar o para liquidar a los agentes del SGSSS. Esta potestad fue concebida a partir de la Ley 100 de 1993 y se encuentra actualmente contemplada en el art. 7 del Decreto 2462 de 2003.

En cuanto a la naturaleza de la toma de posesión como instrumento para el ejercicio de las funciones de inspección, vigilancia y control de la SNS, se debe advertir que este mecanismo no es una medida administrativa de carácter sancionatorio, como sí sucede con la facultad de imponer multas por la violación del régimen del SGSSS o facultad de revocar o suspender la autorización para funcionar de las entidades vigiladas.

En su lugar, la naturaleza de la medida de toma de posesión –al igual que la de las demás medidas preventivas o de salvamento concebidas por el legislador para evitar la toma de posesión– corresponde más a la de una medida cautelar, que tiene por objeto corregir situaciones económicas

A

Lina

Continuación de la resolución «Por la cual se resuelve recurso de reposición interpuesto por la Caja de Compensación Familiar de Cundinamarca – COMFACUNDI en contra de la Resolución 012645 de 5 de noviembre de 2020»

y administrativas, con el fin de poner la institución intervenida en condiciones de desarrollar su objeto social o de liquidarla cuando a juicio de la Superintendencia así se requiera para salvaguardar el interés público comprometido.

Al respecto, es importante recordar que la medida de toma de posesión es un mecanismo de intervención anterior a la Constitución Política de 1991, cuyos antecedentes se remontan a la Ley 45 de 1923, que en sus artículos 48 y ss. otorgaban competencia al Superintendente Bancario para tomar inmediata posesión de los negocios y haberes de un establecimiento bancario, cuando hubiere incurrido en conductas y prácticas consideradas irregulares, nocivas y riesgosas para su actividad, que podían poner en peligro los intereses y derechos de sus usuarios y ahorradores y, por ende, afectar la economía en general.

Así las cosas, la toma de posesión se convirtió en una de las fórmulas de saneamiento o salvamento más antiguas previstas por nuestro ordenamiento para contrarrestar los casos de insolvencia o de iliquidez de las entidades financieras y colocarlas en condiciones de desarrollar su objeto social. Con posterioridad, esta medida fue incorporada en el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero (en adelante EOSF), expedido en abril de 1993 y actualmente modificado por las Leyes 510 de 1999 y 795 de 2003.

Es precisamente la regulación del EOSF, en la que parece haberse inspirado el legislador de la Ley 100 de 1993 al momento de contemplar la medida de toma de posesión para las entidades prestadoras de los servicios de salud, y las leyes sucesivas que han regulado esta figura en el SGSSS.

Por lo tanto, es oportuno resaltar que de acuerdo con EOSF, la figura de la toma de posesión está dirigida a desplazar la administración de la entidad financiera para establecer si la entidad debe ser objeto de liquidación, si es posible colocarla en condiciones de desarrollar adecuadamente su objeto, o si se pueden adoptar otras operaciones que permitan lograr mejores condiciones para que los ahorradores puedan obtener el pago de sus acreencias (art. 115).

Igualmente, interesa señalar que en la estructura del EOSF la regulación de la toma de posesión se encuentra inmediatamente después del artículo 113, denominado "instrumentos de salvamento o protección de la confianza pública", en el cual se tipifican otras medidas dirigidas a contrarrestar la crisis económica y administrativa de las empresas vigiladas por la Superintendencia Financiera, en favor de los usuarios del sistema financiero y de la confianza pública en el mismo, las cuales permite precaver o contrarrestar los hechos que hacen procedente la adopción de la medida de toma de posesión.

De la misma manera, la toma de posesión consagrada en el régimen del SGSSS, se constituye en una medida dirigida a contrarrestar la crisis económica o la insolvencia de un determinado agente del mercado, con dos objetivos estrechamente relacionados: garantizar la correcta prestación de los servicios de salud como servicios públicos de carácter esencial para todos los ciudadanos y, al mismo tiempo, evitar el deterioro sistémico del SGSSS, que se puede generar con la pérdida de la confianza pública en el sistema (parágrafo 1, del art. 230 de la Ley 100 de 1993.) (FJ. 1)

Por su parte, en cuanto al marco jurídico, refirió la misma consulta:

«La toma de posesión es uno de los instrumentos de inspección, vigilancia y control con los que cuentan algunas Superintendencias en nuestro país, con el fin de garantizar la correcta prestación de un servicio público, en el entendido de que el Estado tiene la obligación de intervenir en este campo para garantizar la satisfacción del interés general.

En el SGSSS, la figura de la toma de posesión de las empresas vigiladas por la SNS fue prevista por la Ley 100 de 1993, mediante la cual se creó el Sistema de Seguridad Social Integral en Colombia y se regularon, entre otros aspectos, el régimen de inspección, vigilancia del SGSSS, por parte de la SNS.

En efecto, el art. 230 de la Ley 100 de 1993, consagró:

“ARTICULO. 230.-Régimen sancionatorio. La Superintendencia Nacional de Salud, previa solicitud de explicaciones, podrá imponer, en caso de violación a las normas contenidas en los artículos 161, 168, 178, 182, 183, 188, 204, 210, 225 y 227, por una sola vez, o en forma sucesiva, multas en cuantía hasta de 1.000 salarios mínimos

JV

fin

Continuación de la resolución «Por la cual se resuelve recurso de reposición interpuesto por la Caja de Compensación Familiar de Cundinamarca – COMFACUNDI en contra de la Resolución 012645 de 5 de noviembre de 2020»

legales mensuales vigentes a favor de la subcuenta de solidaridad del fondo de solidaridad y garantía.

El certificado de autorización que se le otorgue a las empresas promotoras de salud podrá ser revocado o suspendido por la superintendencia mediante providencia debidamente motivada, en los siguientes casos:

1. Petición de la entidad promotora de salud.
2. Cuando la entidad deje de cumplir cualquiera de los requisitos establecidos para el otorgamiento de la autorización.
3. Cuando la entidad no haya iniciado su actividad en un plazo de tres meses contados a partir de la fecha de otorgamiento del certificado de autorización.
4. Cuando la entidad ejecute prácticas de selección adversa.
5. Cuando se compruebe que no se prestan efectivamente los servicios previstos en el plan de salud obligatorio.

PARAGRAFO. 1º-El gobierno reglamentará los procedimientos de fusión, adquisición, liquidación, cesión de activos, pasivos y contratos, toma de posesión para administrar o liquidar y otros mecanismos aplicables a las entidades promotoras y prestadoras que permitan garantizar la adecuada prestación del servicio de salud a que hace referencia la presente ley, protegiendo la confianza pública en el sistema.

PARAGRAFO. 2º-La Superintendencia Nacional de Salud ejercerá las funciones de inspección, control y vigilancia respecto de las entidades promotoras de salud, cualquiera que sea su naturaleza jurídica.”

Como se puede observar, el artículo transcrito regula tres grupos de figuras que, aunque distintas, hacen parte de las funciones de inspección, vigilancia y control de la SNS:

- i) La facultad de la SNS para imponer multas en caso de incumplimiento del Régimen de seguridad social en salud -de naturaleza sancionatoria-.
- ii) La facultad de la Superintendencia para para revocar o suspender la autorización otorgada a las empresas promotoras de salud, en determinados eventos previstos en la misma normatividad y,
- iii) La individualización de las siguientes medidas de saneamiento, dirigidas a garantizar la adecuada prestación del servicio de salud, protegiendo la confianza pública el SGSSS: procedimientos de fusión, adquisición, liquidación, cesión de activos, pasivos y contratos, y toma de posesión para administrar o para liquidar.

En relación con la tercera de las figuras citadas, el art. 230 señaló expresamente que el Gobierno Nacional reglamentaría la materia. Como se puede deducir, esta reglamentación tendría como objeto, entre otras, fijar las causales y condiciones de procedencia de estas medidas y el procedimiento aplicable para su adopción.

No obstante, por más de una década el Gobierno Nacional guardó silencio al respecto, hasta que el legislador expidió la **Ley 715 de 2001**, en la cual reiteró la exigencia de que el Gobierno reglamentara la figura de la toma de posesión para administrar o liquidar a los agentes del sector de la salud, en los siguientes términos:

“Artículo 42. Competencias en salud por parte de la Nación. Corresponde a la Nación la dirección del sector salud y del Sistema General de Seguridad Social en Salud en el territorio nacional, de acuerdo con la diversidad regional y el ejercicio de las siguientes competencias, sin perjuicio de las asignadas en otras disposiciones: (...)

42.8. Establecer los procedimientos y reglas para la intervención técnica y/o administrativa de las instituciones que manejan recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud, sea para su liquidación o administración a través de la Superintendencia Nacional de Salud en los términos que señale el reglamento. El Gobierno Nacional en un término máximo de un año deberá expedir la reglamentación respectiva.”

(...)

Artículo 68. Inspección y vigilancia. La Superintendencia Nacional de Salud tendrá como competencia realizar la inspección, vigilancia y control del cumplimiento de las normas constitucionales y legales del sector salud y de los recursos del mismo.

Las organizaciones de economía solidaria que realicen funciones de Entidades Promotoras de Salud, administradoras de régimen subsidiado o presten servicios de

M

hina

Continuación de la resolución «Por la cual se resuelve recurso de reposición interpuesto por la Caja de Compensación Familiar de Cundinamarca – COMFACUNDI en contra de la Resolución 012645 de 5 de noviembre de 2020»

salud y que reciban recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud, estarán sometidas a la inspección, vigilancia y control de la Superintendencia Nacional de Salud.

La Superintendencia Nacional de Salud ejercerá funciones de inspección, vigilancia y control sobre las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud IPS, en relación con el cumplimiento de las normas técnicas, científicas, administrativas y financieras del sector salud. Los procesos de liquidación de las instituciones prestadoras de servicios de salud, IPS, privadas serán de competencia de la Superintendencia de Sociedades, con excepción de las fundaciones, corporaciones y demás entidades de utilidad común sin ánimo de lucro, siempre y cuando no hayan manejado recursos públicos o de la Seguridad Social en Salud.

Para el ejercicio de sus funciones, la Superintendencia Nacional de Salud, por medio de la jurisdicción coactiva, realizará el cobro de las tasas, contribuciones y multas a que hubiere lugar.

La Superintendencia Nacional de Salud ejercerá la intervención forzosa administrativa para administrar o liquidar las entidades vigiladas que cumplan funciones de explotación u operación de monopolios rentísticos, cedidos al sector salud, Empresas Promotoras de Salud e Instituciones Prestadoras de Salud de cualquier naturaleza, así como para intervenir técnica y administrativamente las direcciones territoriales de salud, en los términos de la ley y los reglamentos.

La intervención de la Superintendencia de Salud a las Instituciones Prestadoras de Salud tendrá una primera fase que consistirá en el salvamento.
(Subraya la Sala)

Como se puede extraer de las disposiciones transcritas, la Ley 715 de 2001 introdujo tres aspectos relevantes de la medida de toma de posesión para administrar o liquidar a un agente del sector de la salud:

- i) Atribuyó expresamente la función de toma de posesión a la Superintendencia Nacional de Salud;
- ii) Amplió la individualización de agentes que pueden ser objeto de la toma de posesión: en efecto, mientras la Ley 100 se refiere a las empresas promotoras y prestadoras de los servicios de salud, la Ley 715 se refiere además a las entidades vigiladas que cumplan funciones de explotación u operación de monopolios rentísticos, cedidos al sector salud, y a las direcciones territoriales de salud.
- iii) Sujetó la toma de posesión a la adopción, previa y obligatoria, de medidas de salvamento, aunque no identificó expresamente a que medidas hacía referencia.

No obstante, es posible deducir que la norma hace referencia a las medidas de saneamiento que fueron contempladas en el parágrafo 1 del art. 230 de la Ley 100 de 1993, al lado de la medida de la toma de posesión: esto es, los procedimientos de fusión, la adquisición, y la cesión de activos, pasivos y contratos de las empresas vigiladas.

Cabe resaltar que a la fecha de expedición de la Ley 100 de 1993³, las citadas medidas, incorporadas en el art. 230 ibidem, habían sido contempladas en el EOSF⁴ bajo la rúbrica "institutos de salvamento y protección de la confianza pública, en el artículo inmediatamente anterior al que contempla la toma de posesión (art. 113)⁵. En consecuencia, es posible deducir que el art. 230 de la Ley 100 de 1993 se inspiró en el art. 113 del EOSF, al momento de contemplar la aplicación de medidas de salvamento y la medida de toma de posesión a las empresas vigiladas por la SNS.

³ La Ley 100 de 1993 fue publicada el 23 de diciembre de 1993.

⁴ Decreto Ley 603 de 199, publicado el 2 de abril de 2003.

⁵ En el art. 113 del EOSF se contemplaban, además de la fusión, la adquisición, la cesión de activos, pasivos y contratos de las empresas vigiladas, las figuras de la vigilancia especial, la recapitalización, la administración fiduciaria y la enajenación de establecimientos de comercio a otra institución. Posteriormente, el art. 19 de la Ley 510 de 1999, mediante el cual se adicionó el art. 113 del EOSF se introdujeron en el régimen financiero cuatro nuevas modalidades de medidas preventivas, a saber: los programas de recuperación; la facultad de ordenar a las cooperativas financieras la suspensión de compensación de saldos de los créditos otorgados a asociados contra los aportes sociales; la posibilidad jurídica de que las entidades financieras de naturaleza cooperativa se conviertan en sociedad anónima; y la posibilidad de conversión para las personas jurídicas sin ánimo de lucro de carácter civil. Finalmente, los art. 28 y 29 de la Ley 795 de 2003 consagraron dos nuevos mecanismos preventivos de la toma de posesión. Uno de ellos es la exclusión de activos y pasivos, y el otro, los programas de desmonte progresivo.

⁷ Gualy, Jesús Heraclio. *Las medidas preventivas de la toma de posesión como instituto de saneamiento y protección de la confianza pública*. En la publicación por 80 años Superintendencia Bancaria de Colombia. Bogotá, Julio de 2003.

31

hmk

Continuación de la resolución «Por la cual se resuelve recurso de reposición interpuesto por la Caja de Compensación Familiar de Cundinamarca – COMFACUNDI en contra de la Resolución 012645 de 5 de noviembre de 2020»

En este orden de ideas, es importante destacar que las medidas reguladas por el art. 113 del EOSF han sido definidas por la doctrina como:

“(…) medidas cautelares que dicho funcionario puede ordenar, promover o autorizar, según el caso, con el fin de prevenir que una institución sometida a su control y vigilancia incurra en causal de toma de posesión, o para subsanarla. Las mismas hacen parte de los institutos de salvamento y protección de la confianza pública autorizados a la Superintendencia Bancaria para asegurar el interés general y proteger las acreencias de los ahorradores, depositantes e inversionistas del sector financiero”⁶.

Ahora bien, nótese que el art. 68 de la Ley 715 de 2001, al utilizar el verbo “tendrá”, estableció la obligación – y no la discrecionalidad - de la SNS para adoptar medidas de salvamento en la primera fase de la intervención de la entidad. Sin embargo, como se analiza más adelante, esta obligación fue modificada tácitamente por la Ley 1753 de 2015. Sobre el punto regresará la Sala más adelante.

Por ahora, se debe señalar que en desarrollo de lo dispuesto en el art. 68 de la Ley 715 de 2001, el Gobierno Nacional finalmente reguló – aunque parcialmente- la figura de la toma de posesión, a través de los Decretos 1015 y 3023 de 2002, así:

i) Decreto 1015 de mayo de 2002:

Artículo 1º. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 68 de la Ley 715 de 2001, la Superintendencia Nacional de Salud aplicará en los procesos de intervención forzosa administrativa, para administrar o para liquidar las entidades vigiladas que cumplan funciones de explotación u operación de monopolios rentísticos cedidos al sector salud, Empresas Promotoras de Salud e Instituciones Prestadoras de Salud de cualquier naturaleza, así como en los de intervención técnica y administrativa de las Direcciones Territoriales de Salud, las normas de procedimiento previstas en el artículo 116 del Decreto-ley 663 de 1993, la Ley 510 de 1999, el Decreto 2418 de 1999 y demás disposiciones que lo modifican y desarrollan.

ii) Decreto 3023 de diciembre de 2002:

Artículo 1º. La Superintendencia Nacional de Salud, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 68 de la Ley 715 de 2001, podrá en todo tiempo ejercer la intervención forzosa administrativa para la liquidación total de un ramo o programa del régimen subsidiado o contributivo en las Entidades Promotoras de Salud y Administradoras del Régimen Subsidiado, cualquiera sea su naturaleza, de conformidad con la evaluación previa, el grado y la causa de la falta, anomalía e ineficiencia en la prestación de los servicios de salud.

*Para tales efectos, la Superintendencia Nacional de Salud aplicará las normas de procedimiento previstas en el Decreto-ley 663 de 1993, la Ley 510 de 1999 y el Decreto 2418 de 1999 y demás disposiciones que lo modifican y desarrollan.
(Subraya a la Sala)*

Como se puede observar, el Decreto 3023 de 2002 estableció que la medida de toma de posesión para liquidación debe ser adoptada teniendo en consideración la gravedad y la causa de la falta, anomalía e ineficiencia en la prestación del servicio de salud.

De esta disposición se deduce entonces la consagración de una causal genérica para la procedencia de la toma de posesión de un ramo o programa del régimen subsidiado o contributivo en las Empresas Promotoras de Salud (en adelante EPS) y en las Administradoras del Régimen Subsidiado (en adelante ARS): esto es, la existencia de una falta, anomalía e ineficiencia en la prestación del servicio de salud.

Al respecto, nótese que el Decreto 3023 de 2002 se refiere exclusivamente a la medida de “toma de posesión para la liquidación de un ramo o programa del régimen subsidiado o contributivo, en

M

h.h.

Continuación de la resolución «Por la cual se resuelve recurso de reposición interpuesto por la Caja de Compensación Familiar de Cundinamarca – COMFACUNDI en contra de la Resolución 012645 de 5 de noviembre de 2020»

las EPS y en las ARS.

Ahora bien, tanto el Decreto 3023 de 2002 como el Decreto 1015 del mismo año remiten al procedimiento previsto EOSF para la adopción de la medida de toma de posesión: el primero, para la medida de toma de posesión "para liquidar" un ramo o programa del régimen subsidiado o contributivo en las EPS y en las ARS y el segundo, para la medida de toma de posesión "para administrar o liquidar" a las entidades vigiladas que cumplan funciones de explotación u operación de monopolios rentísticos cedidos al sector salud, EPS e IPS de cualquier naturaleza, así como en los de intervención técnica y administrativa de las Direcciones Territoriales de Salud.

De manera adicional, para la adopción de la medida de toma de posesión para la liquidación total o parcial de una entidad promotora de salud de carácter público, el Decreto 1566 de 2002, reglamentario del art. 230 de la Ley 100 de 1993, impuso a la SNS la obligación de obtener concepto previo y favorable del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud.

Ahora bien, con posterioridad a los decretos reglamentarios de los arts. 230 de la Ley 100 de 1993 y 68 de la Ley 715 de 2001, el Gobierno Nacional expidió el Decreto 2462 de 2013⁷, que regula la naturaleza, estructura y funciones de la SNS, individualizó la toma de posesión como una de las funciones a cargo del despacho del Superintendente Nacional de Salud, así:

“Art. 7. Funciones del Despacho del Superintendente Nacional de Salud:

(...)

13. Ordenar la toma de posesión y la correspondiente intervención forzosa administrativa para administrar o liquidar a los sujetos vigilados que cumplan funciones de explotación o administración u operación de monopolios rentísticos cedidos al sector salud, Entidades Administradoras de Planes de Beneficios de Salud, (EAPB) o las que hagan sus veces o prestadores de servicios de salud de cualquier naturaleza; así como intervenir técnica y administrativamente las Direcciones Territoriales de Salud, cualquiera que sea la denominación que le otorgue el Ente Territorial en los términos de la ley y los reglamentos”.

Finalmente, la **Ley 1753 de 2015**, mediante la cual se expidió el Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018, preceptuó:

“ARTÍCULO 68. MEDIDAS ESPECIALES. Sin perjuicio de lo previsto en las demás normas que regulen la toma de posesión y ante la ocurrencia de cualquiera de las causales previstas en el artículo 114 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, el Superintendente Nacional de Salud podrá ordenar o autorizar a las entidades vigiladas, la adopción individual o conjunta de las medidas de que trata el artículo 113 del mismo Estatuto, con el fin de salvaguardar la prestación del servicio público de salud y la adecuada gestión financiera de los recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud.

Las medidas especiales que se ordenen se regirán por lo dispuesto en el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, incluido el artículo 291 y siguientes de ese estatuto, en lo que resulte pertinente a las medidas especiales; el Decreto número 2555 de 2010; las disposiciones aplicables del Sector Salud y las normas que los sustituyan, modifiquen o complementen. El Gobierno Nacional reglamentará la forma de armonizar las medidas especiales o preventivas de la toma de posesión para su adecuada implementación en el Sector Salud.

Con cargo a los recursos del Fosyga– Subcuenta de Garantías para la Salud, el Gobierno Nacional podrá llevar a cabo cualquiera de las operaciones autorizadas en el artículo 320 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero.

(...).

El Gobierno Nacional reglamentará lo dispuesto en el presente artículo”.
(Subraya la Sala)

De esta disposición se extraen las siguientes conclusiones:

⁷ Decreto que regula actualmente la naturaleza, estructura, objetivos y funciones de la SNS.

Continuación de la resolución «Por la cual se resuelve recurso de reposición interpuesto por la Caja de Compensación Familiar de Cundinamarca – COMFACUNDI en contra de la Resolución 012645 de 5 de noviembre de 2020»

Siempre que se verifique alguna de las causales previstas en el art. 114 del EOSF (el cual consagra las causales para la adopción de la medida de toma de posesión en el sector financiero), la SNS “podrá” ordenar o autorizar las medidas de salvamento y protección de la confianza pública previstas en el art. 113 del mismo Estatuto⁸, a saber: la vigilancia especial; la recapitalización; la administración fiduciaria; la fusión y la cesión total parcial de activos y contratos; la enajenación de establecimientos de comercio a otra institución; los programas de recuperación; la facultad de ordenar a las cooperativas financieras la suspensión de compensación de saldos de los créditos otorgados a asociados contra los aportes sociales; la posibilidad jurídica de que las entidades financieras de naturaleza cooperativa se conviertan en sociedad anónima; la posibilidad de conversión para las personas jurídicas sin ánimo de lucro de carácter civil; la exclusión de activos y pasivos, y los programas de desmonte progresivo.

Imperioso resulta destacar, además, que el art. 68 de la Ley 1753 de 2015 modificó tácitamente la “obligación” que tenía la SNS de adoptar medidas de salvamento previa a la adopción de la medida de toma de posesión, al tenor de la siguiente disposición del art. 68 de la Ley 715 de 2001: “(...) la intervención de la Superintendencia de Salud a las Instituciones Prestadoras de Salud tendrá una primera fase que consistirá en el salvamento”.

En efecto, cuando en el art. 68 de la Ley 1753 de 2015 el legislador incorporó el verbo “podrá” en lugar de “tendrá”, dejó a discrecionalidad y no como obligación de la SNS, la adopción de instrumentos de salvamento, previa a la adopción de la medida de toma de posesión.

En definitiva, la SNS tiene la facultad de determinar, en cada caso concreto, si ante la ocurrencia de determinados hechos que encajan en alguna de las causales para la adopción de la medida de toma de posesión, reguladas en el art. 114 del EOSF, es necesario adoptar alguna de las medidas de salvamento reguladas por el art. 113 ibidem, las cuales permiten, justamente, precaver o contrarrestar los hechos que dan lugar a la medida de toma de posesión. Sobre este aspecto regresará la Sala más adelante.

Por ahora, la Sala considera oportuno detenerse en la segunda conclusión relevante que se extrae del art. 68 de la Ley 1753 de 2015, esto es: que las causales previstas en el art. 114 del EOSF son aplicables a la medida de toma de posesión del SGSSS.

Al respecto, se advierte cómo, una interpretación literal del art. 68 de la Ley 1753 de 2015 pareciera dar a entender que cuando se verifica alguna de las causales previstas en el art. 114 ibidem para adoptar la medida de toma de posesión, la SNS solo podrá adoptar los instrumentos de salvamento y protección de la confianza pública previstos en el art. 113 ibidem, pero no la medida de toma de posesión en sí misma considerada.

No obstante, la Sala observa la necesidad de realizar una interpretación sistemática, teleológica y útil del art. 68 de la Ley 1753 de 2015, en armonía con las normas que regulan la medida de toma de posesión en el SGSSS, especialmente, con el interés jurídico tutelado por esta medida: esto es, salvaguardar la prestación del servicio de salud con el fin de garantizar los derechos de los usuarios y la confianza pública en el SGSSS.

En este sentido, se puede afirmar que si la finalidad del art. 68 de la Ley 1753 de 2015 es que ante la ocurrencia de cualquiera de los hechos que dan lugar a la toma de posesión de conformidad con el art. 114 del EOSF, la SNS pueda adoptar uno o varios de los instrumentos de salvamento previstos en el art. 113 ibidem, con mayor razón “pueda” o “deba”⁹ adoptar la medida de toma de posesión, en garantía de los mismos objetivos que persiguen las medidas de salvamento, esto es salvaguardar la adecuada prestación de los servicios de salud, protegiendo confianza pública en el SGSSS.

En definitiva, a juicio de la Sala, una adecuada hermenéutica del art. 68 de la Ley 1753 de 2015 permite concluir que, a partir de la Ley 1753 de 2015, las causales de toma posesión del art. 114 del EOSF, también aplican para la adopción de esta medida por parte de la SNS.

Así las cosas, es relevante señalar que el art. 114 del EOSF, adicionado por el art. 20 de la Ley

⁸ El art. 113 del EOSF fue adicionado por el art. 19 de la Ley 510 de 1999 y los art. 28 y 29 de la Ley 795 de 2003, en las que se extendieron las medidas de salvamento y protección de la confianza pública, tal y como se describen a continuación en el texto.

⁹ Según el tipo de causal de que se trate.

5/11/21

Continuación de la resolución «Por la cual se resuelve recurso de reposición interpuesto por la Caja de Compensación Familiar de Cundinamarca – COMFACUNDI en contra de la Resolución 012645 de 5 de noviembre de 2020»

510 de 1999 y el art. 32 de la Ley 795 de 2003, distingue entre las causales que dan lugar a una medida de toma de posesión que se podría denominar “discrecional” y a unas causales que dan lugar a una medida de toma de posesión “obligatoria”.

En relación con las primeras, el numeral 1 del art. 114 preceptúa:

“1. Corresponde a la Superintendencia Bancaria tomar posesión inmediata de los bienes, haberes y negocios de una entidad vigilada cuando se presente alguno de los siguientes hechos que, a su juicio, hagan necesaria la medida y previo concepto del consejo asesor:

- a. Cuando haya suspendido el pago de sus obligaciones;
 - b. Cuando haya rehusado la exigencia que se haga en debida forma de someter sus archivos, libros de contabilidad y demás documentos, a la inspección de la Superintendencia Bancaria;
 - c. Cuando haya rehusado el ser interrogado bajo juramento, con relación a sus negocios;
 - d. Cuando incumpla reiteradamente las órdenes e instrucciones de la Superintendencia Bancaria debidamente expedidas;
 - e. Cuando persista en violar sus Estatutos o alguna ley;
 - f. Cuando persista en manejar los negocios en forma no autorizada o insegura, y,
 - g. Cuando se reduzca su patrimonio neto por debajo del cincuenta por ciento (50%) del capital suscrito.
 - h. Cuando existan graves inconsistencias en la información que suministra a la Superintendencia Bancaria que a juicio de ésta no permita conocer adecuadamente la situación real de la entidad;
 - i. Cuando la entidad no cumpla los requerimientos mínimos de capital de funcionamiento previstos en el artículo 80 de este Estatuto;
 - j. Cuando incumpla los planes de recuperación que hayan sido adoptados”.
- (Subraya la Sala)

En relación con las segundas, el numeral 2 del art. 114 ibidem establece:

“2. La Superintendencia Bancaria deberá tomar posesión inmediata de los bienes, haberes y negocios de una entidad vigilada, cuando se presente alguno de los siguientes hechos:

- a) Cuando se haya reducido su patrimonio técnico por debajo del cuarenta por ciento (40%) del nivel mínimo previsto por las normas sobre patrimonio adecuado;
- b) Cuando haya expirado el plazo para presentar programas de recuperación o no se cumplan las metas de los mismos, en los casos que de manera general señale el Gobierno Nacional, de conformidad con el artículo 48, literal i)”. (Subraya la Sala)

Como se analizó previamente, al tenor del art. 68 de la Ley 1753 de 2015 estas causales de toma de posesión son aplicables a la adoptada por la SNS. Vale la pena agregar, siempre y cuando dichas causales sean compatibles con las características especiales de las entidades vigiladas por esta Superintendencia y el régimen técnico, jurídico y financiero aplicable a las mismas.

Especialmente, en relación con las causales en virtud de las cuales la SNS “debe” adoptar una medida de toma de posesión, según el numeral 2 del art. 114 del EOSF, la Superintendencia tendrá que determinar si la empresa vigilada está sujeta a normas sobre patrimonio adecuado, como sucede por ejemplo con las EPS de acuerdo con el art. 2.5.2.2.1.7. del Decreto 780 de 2016¹⁰, o si expiró el plazo para presentar programas de recuperación o no se cumplieron las metas de los mismos, de conformidad con las normas que regulan el SGSSS.

Finalmente, teniendo en cuenta las preguntas formuladas por la consulta, la Sala considera relevante detenerse en la siguiente causal que da lugar a la adopción discrecional de la medida de toma de posesión, de conformidad con el literal e) del art. 114 del EOSF, esto es, la violación reiterada de los estatutos y la ley.

Como se puede observar, al tenor de esta causal de toma de posesión es evidente que el incumplimiento de las obligaciones que la ley o los estatutos le impone a una entidad vigilada por la SNS, le abre la posibilidad a la Superintendencia para adoptar la medida de toma de posesión.

No obstante, nótese que, de acuerdo con la misma norma, la Superintendencia deberá constatar, en cada caso concreto, que se trata de un **incumplimiento reiterado** de las obligaciones de la

¹⁰Decreto por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Salud y Protección Social.

31

Hint

Continuación de la resolución «Por la cual se resuelve recurso de reposición interpuesto por la Caja de Compensación Familiar de Cundinamarca – COMFACUNDI en contra de la Resolución 012645 de 5 de noviembre de 2020»

entidad vigilada, toda vez que la causal solo se configura cuando la entidad vigilada ha **persistido** en el incumplimiento de sus cargas u obligaciones.

Lo anterior, sin perjuicio de que, con el incumplimiento de las obligaciones de la entidad vigilada, se configure automáticamente otra de las causales de procedencia de la medida de toma de posesión, consagradas en el numeral 1 del art. 114 ibidem.

En todo caso, siempre que se trata de la causal prevista en el numeral 1 ibidem, la adopción de la medida de toma de posesión es una decisión discrecional de la SNS, que debe estar guiada por el objetivo de salvaguardar la adecuada prestación del servicio de salud y la correcta gestión financiera de los recursos del SGSSS, protegiendo la confianza pública en el sistema. Sobre este aspecto regresará la Sala más adelante.

Conclusiones

De acuerdo con el marco jurídico expuesto, se pueden extraer las siguientes conclusiones:

En términos generales, la medida de toma de posesión de una entidad vigilada por la SNS, sea para administrar o para liquidar, cuenta con las siguientes características y requisitos:

- i) Tiene como objetivo garantizar la adecuada prestación del servicio de salud y proteger la confianza pública en el SGSSS (art. 230 de la Ley 100 de 1993).
- ii) Puede consistir en una intervención para la administración o para liquidación de la entidad vigilada (Ley 715 de 2001).
- iii) Previa la adopción de la medida de toma de posesión, la SNS podrá adoptar, a su juicio, una o varias de las medidas de salvamento previstas en el art. 113 del EOSF, que tienen como fin de garantizar la prestación del servicio público de salud y la adecuada gestión financiera de los recursos del SGSSS y, por esta vía, precaver la adopción de la medida de toma de posesión en favor de lo usuarios (art. 68 de la Ley 1573 de 2015).
- iv) De acuerdo con la remisión realizada por el art. 68 de la Ley 1753 de 2015 al EOSF, la adopción de la medida de toma de posesión puede ser:
 - a. Discrecional, cuando ante la ocurrencia de una o varias de las causales previstas en el numeral 1, del art. 114 del EOSF, la SNS está en la facultad de valorar la necesidad y proporcionalidad de adoptar la medida de toma de posesión y,
 - b. Obligatoria, cuando la ocurrencia de la causal obliga a la SNS a implementar la medida. De manera adicional, la toma de posesión para liquidación de algunas entidades vigiladas por la SNS, cuenta con las siguientes características y requisitos especiales:
 - i) Cuando se trata de la medida de toma de posesión para la liquidación de un ramo o de un programa del régimen subsidiado o contributivo en las EPS y en las ARS, la medida puede ser adoptada por la SNS siempre que se presente una falta, anomalía o ineficiencia en la prestación del servicio de salud, previa evaluación del grado y la causa de aquella (Decreto 3023 de 2002), lo que implica un examen detallado de la entidad y la gravedad de la falta, anomalía o ineficiencia en la prestación del servicio.
 - ii) Por otro lado, cuando se trata de una medida de toma de posesión para la liquidación total o parcial de entidades promotoras de salud de carácter público, la SNS tiene la carga de obtener el concepto previo y favorable del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud.» (FJ. 2)

Finalmente, en cuanto al aspecto de la discrecionalidad administrativa ejercida en este caso, el concepto en cita destaca lo siguiente:

«Como se deduce del anterior contexto normativo, la SNS tiene la discrecionalidad y no la obligación de adoptar la medida de toma de posesión de un agente del SGSSS, cuando se verifique alguna de las causales previstas en el numeral 1 del art. 114 ibidem.

Al respecto, es importante recordar que el art. 44 del CPACA preceptúa:

“En la medida en que el contenido de una decisión de carácter general o particular sea discrecional, debe ser adecuada a los fines de la norma que lo autoriza, y proporcional a los hechos que le sirven de causa”. (Subraya la Sala)

Adicionalmente, esta disposición se encuentra en concordancia con el art. 209 superior, que regula los principios que gobiernan la función administrativa:

JA

KIN

Continuación de la resolución «Por la cual se resuelve recurso de reposición interpuesto por la Caja de Compensación Familiar de Cundinamarca – COMFACUNDI en contra de la Resolución 012645 de 5 de noviembre de 2020»

“La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones.

Las autoridades administrativas deben coordinar sus actuaciones para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado. La administración pública, en todos sus órdenes, tendrá un control interno que se ejercerá en los términos que señale la ley”.

En relación con los actos discrecionales de la administración, la Corte Constitucional ha señalado:

“La discrecionalidad que excepcionalmente otorga la ley nunca es absoluta, con lo cual se evita que se confunda con la arbitrariedad y el capricho del funcionario. La discrecionalidad relativa atenúa entonces la exigencia de motivación de ciertos actos, aún cuando no libera al funcionario del deber de obrar conforme a los principios constitucionales y legales que rigen la función administrativa y podrían dar lugar a la nulidad de actos por desviación de poder o por las causales previstas en el artículo 84 del CCA”¹¹.

De igual forma, la Corte ha señalado que la existencia de facultades discrecionales creadas por la ley, en ningún caso puede ser entendida como el otorgamiento de poderes absolutos a los entes públicos. Una situación como esa conduciría a la violación de principios de rango constitucional, a los cuales se hizo alusión en el capítulo anterior. Al respecto esta Corporación dijo:

“Para tal fin se ha aceptado que en ciertos casos las autoridades cuentan con una potestad discrecional para el ejercicio de sus funciones, que sin embargo no puede confundirse con arbitrariedad o el simple capricho del funcionario. Es así como el artículo 35 del Código Contencioso Administrativo establece que las decisiones administrativas deben ser motivadas al menos de forma sumaria cuando afectan a particulares, mientras que el artículo 36 del mismo estatuto señala los principales límites al ejercicio de la facultad discrecional. En consecuencia, toda decisión discrecional debe adecuarse a los fines de la norma que autoriza el ejercicio de dicha facultad, al tiempo que ha de guardar proporcionalidad con los hechos que le sirvieron de causa.”¹²

En suma, si bien la decisión de adoptar la medida de toma de posesión es un acto discrecional de la SNS, esta no es de carácter absoluto o arbitrario; por el contrario, esta discrecionalidad impone a la Superintendencia la obligación de valorar en forma razonable y proporcional la necesidad y oportunidad de adoptar la medida de toma de posesión, previa verificación de los hechos que sustentan la medida y teniendo en cuenta los objetivos que se persiguen con esta, de conformidad con la ley y el reglamento.

Por ello, se debe recordar que acuerdo con lo dispuesto en el párrafo 1 del art. 230 de la Ley 100 de 1993, los objetivos de la medida de toma de posesión de los agentes del SGSSS son: garantizar la adecuada prestación del servicio de salud y la confianza pública en el SGSSS, pues solo preservando la correcta prestación del servicio de salud a los usuarios de una empresa que se encuentra en crisis económica y administrativa, se precave el riesgo sistémico de que se pierda la confianza pública en el SGSSS.

Ahora bien, importa destacar que al tenor del art. 68 de la Ley 1753 de 2015, la discrecionalidad de la SNS en relación con la medida de toma de posesión, también se extiende a la facultad de optar por otras medidas de salvamento, antes de adoptar la medida de toma de posesión.

En efecto, de conformidad con el art. 68 de la Ley 1753 de 2015, cuando se presenta alguna de las causales de toma de posesión señaladas en el art. 114 del EOSF, la SNS tiene la discrecionalidad de adoptar algunas de los instrumentos de salvamento consagradas en el art. 113 del EOSF.

En este orden de ideas, cabe resaltar que la toma de posesión es una medida “extrema”, si se entiende por tal aquella que procede ante la ocurrencia de hechos que afectan en forma particularmente grave el interés público tutelado por la SNS, específicamente, la adecuada prestación del servicio de salud y la confianza pública en el sistema.

¹¹ Corte Constitucional. Sentencia SU. 917 de 2010.

¹² Corte Constitucional. Sentencia T- 204 de 2012.

JK

Fin

Continuación de la resolución «Por la cual se resuelve recurso de reposición interpuesto por la Caja de Compensación Familiar de Cundinamarca – COMFACUNDI en contra de la Resolución 012645 de 5 de noviembre de 2020»

Por lo tanto, ante la ocurrencia de alguna de las causales de toma de posesión previstas en el numeral 1 del artículo 114 del EOSF, la SNS tiene la obligación de verificar en forma detallada y exhaustiva los hechos que sustentan la medida; la necesidad y proporcionalidad de su adopción e, incluso, si es conveniente adoptar o no alguna de las medidas de salvamento previstas en el art. 113 del EOSF, antes de adoptar la medida de toma de posesión.

Por el contrario, no es posible afirmar que la medida de toma de posesión es una “medida extrema”, en el entendido que solo procede cuando se han agotado previamente las medidas de salvamento prevista en el art. 113 del EOSF, pues como ya se analizó, esta decisión es discrecional de la SNS.

Finalmente, cabe resaltar que el carácter extremo de la medida de toma de posesión, en cualquiera de las acepciones antes mencionadas, no se deduce de lo analizado en la sentencia C-780 de 2001, como parece sugerirlo el Ministerio de Salud y Protección Social en la formulación de cuarta pregunta de la consulta.

En efecto, la citada sentencia analiza la constitucionalidad del precepto legal que, para efectos de la constitución de una entidad financiera, prohíbe al Superintendente Bancario (hoy Superintendente financiero) autorizar la participación de los revisores fiscales que actuaban en el momento de la toma de posesión con fines de liquidación de una entidad financiera. Lo anterior, teniendo en cuenta: i) los límites de configuración legislativa de los hechos punibles y de las faltas administrativas y, ii) La necesidad, razonabilidad y proporcionalidad que se podía o no predicar de la inhabilidad contenida en la norma demandada, teniendo en cuenta el derecho del revisor fiscal a tener un trata igualitario y el objetivo de proteger principios y valores como la transparencia, la eficacia o el interés general en los procesos de constitución de las entidades financieras.

En consecuencia, nada tiene que ver esta sentencia con las condiciones en las cuales se debe adoptar la toma de posesión, como mecanismo de salvamento de una entidad sujeta a la inspección, control y vigilancia del Estado.» (FJ. 3)

En los anteriores términos queda expuesta la naturaleza jurídica de la toma de posesión como facultad abiertamente discrecional de la Administración en ejercicio de las funciones de control que la ley le confiere, siendo esta una medida especial que obedece a una finalidad específica y determinan el actuar de la administración bajo criterios de discrecionalidad.

En efecto frente al concepto de discrecionalidad administrativa afirma HARMUT MAURER lo siguiente:

«Existe discrecionalidad cuando la Administración, ante la realización de un supuesto legal, puede elegir entre distintos modos de actuar. La ley no anuda al supuesto de hecho una consecuencia jurídica (como en el caso de la actividad administrativa reglada), sino que autoriza a la Administración a determinar, ella misma, la consecuencia jurídica, ofreciéndole al tal efecto dos o más posibilidades o un cierto ámbito de actuación. La discrecionalidad puede referirse, por lo tanto a si la administración debe intervenir y actuar en general (discrecionalidad de decisión) o a cuales, de entre las medidas posibles y permitidas, debe adoptar en el caso concreto (discrecionalidad de elección)»¹³

Así para el caso concreto la toma de posesión tiene unos supuestos legales que se concretan en las distintas causales enumeradas en el artículo 114 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, las cuales puede analizar la administración para determinar la procedencia de la toma de posesión y la necesidad de esta teniendo en cuenta la existencia de causales facultativas y causales obligatorias, así como la pertinencia de las mismas.

Por lo anterior, resulta claro que cuando se trata del ejercicio de la facultad de control a cargo de la Superintendencia Nacional de Salud, la norma, en este caso, por extensión normativa el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, contempla unos supuestos de hecho para la intervención del Estado, dotando a la Administración de alternativas en caso de verificar el supuesto de hecho, lo que convertirá en discrecional a la actuación posterior.

¹³ Maurer Hartmut. "Derecho Administrativo Parte General", Madrid, Editorial Marcial Pons, 2011, pp. 167 y ss.

Fin

Continuación de la resolución «Por la cual se resuelve recurso de reposición interpuesto por la Caja de Compensación Familiar de Cundinamarca – COMFACUNDI en contra de la Resolución 012645 de 5 de noviembre de 2020»

4. Consideraciones en relación con los argumentos propuestos por la CAJA DE COMPENSACIÓN FAMILIAR DE CUNDINAMARCA - COMFACUNDI

4.1. Consideración previa: objeto del recurso de reposición, delimitación y alcance en sede administrativa

En este acápite, el despacho entra a precisar los aspectos que abordará en la decisión del recurso interpuesto por el apoderado especial de la vigilada mediante escrito identificado con radicado 202082305408532 y aquellos que, por falta de relación con el asunto, es decir, con el acto administrativo de carácter particular y concreto recurrido, no pueden ser materia de estudio ni de pronunciamiento en la resolución del mismo, debido a que se encuentran por fuera del marco de competencia de la actuación¹⁴, toda vez que el apoderado formuló reparos frente a otros actos administrativos en firme, los cuales según su objeto, finalidad, procedimiento y sustento son distintos de la Resolución 012645 de 2020.

En este orden de ideas, de conformidad con la ley, los motivos de inconformidad expresados en la sustentación del recurso deben corresponder al acto que se recurre debido a que no es posible efectuar la revisión de una decisión particular y concreta y, además, revisar otros actos administrativos distintos al que se pretende sea examinado. Al respecto el artículo 74 de la Ley 1437 de 2011, es claro en disponer que: «[...] *contra los actos definitivos procederán los siguientes recursos: 1. El de reposición, ante quien expidió la decisión para que la aclare, modifique, adicione o revoque [...]*»; de esta manera es una decisión puntal la que se puede entrar a confirmar, modificar, revocar con ocasión del recurso y no otras ajenas a la actuación de que se trate. Del mismo modo, si el acto tiene un objeto y finalidad, el recurso que verse sobre él, también debe estar dirigido a controvertirlo en esos mismos elementos.

Así las cosas, los supuestos que no se corresponden con el acto recurrido que pone fin al procedimiento y resuelve de fondo el asunto, estarían por fuera de la competencia de esta autoridad, en los términos del artículo 77 de la Ley 1437 de 2011, norma que establece dentro de los requisitos que deben reunir los recursos, los de: i) Interponerse dentro del plazo legal, por el interesado o su representante o apoderado debidamente constituido; y ii) sustentarse con expresión concreta de los motivos de inconformidad.

Vistos brevemente estos elementos, procede el despacho a señalar, el marco de la revisión que se adelantará en el recurso de reposición:

- Objeto del recurso: La decisión del recurso se limitará al objeto del acto administrativo de carácter particular y concreto recurrido, esto es, la Resolución 012645 de 2020 «*Por la cual se ordena la toma de posesión de los bienes, haberes y negocios y la intervención forzosa administrativa para liquidar el Programa de Entidad Promotora de Salud de la Caja de Compensación Familiar de Cundinamarca - COMFACUNDI, identificada con NIT. 860.045.904-7*» toda vez que cada actuación de la superintendencia se adelanta con un marco de competencia, normativo, procedimental y temporal aplicable según su objeto. Lo anterior implica que los sujetos legitimados para la discusión de dichos actos lo deben hacer en las oportunidades previstas en cada una de las actuaciones y no con ocasión de otros procedimientos o recursos.

- De acuerdo con el principio de legalidad que se fundamenta en una interpretación sistemática¹⁵ de los artículos 6, 121 y 123 de la Constitución Política, los servidores públicos son responsables

¹⁴ ZOTO Alvarado, Juan Lixmar. En: *Derecho Administrativo en Iberoamérica*. pp. 109. El autor indica que dentro de los elementos del acto administrativo se encuentran los de carácter objetivo, que corresponden a la causa, el objeto y la finalidad: "[...] En cuanto al elemento de carácter objetivo están la causa, el objeto y la finalidad. El acto administrativo deberá sustentarse en hechos y antecedentes que le sirvan para fundamentar su decisión, puede ser una situación claramente detectable o una situación de difícil apreciación; en cuanto el objeto del acto, debe ser cierto, lícito y materialmente posible, el objeto justifica en sí mismo la existencia del acto administrativo y que por ello debe ser siempre público; el objeto del acto administrativo es, pues, la causa o su razón de ser. La formalidad del acto administrativo radica en que necesariamente debe estar precedida por un procedimiento, que en la mayor medida garantice su legalidad, la exigencia del procedimiento es consustancial a la propia existencia de la Administración por ser personificaciones jurídicas que igualmente se encuentran constituidas por un previo procedimiento, el acto deberá ser fundamentado, expresándose en forma concreta las razones que inducen a emitir la decisión. [...]" Al respecto el artículo 80 de la Ley 1437 de 2011 establece que en la decisión de los recursos, las autoridades resolverán las peticiones que hayan sido oportunamente planteadas.

¹⁵ HESSE, KONRAD, «La interpretación constitucional», en *ESCRITOS DE DERECHO CONSTITUCIONAL*, Segunda Edición, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2012, pp. 57-76.

37

44

Continuación de la resolución «Por la cual se resuelve recurso de reposición interpuesto por la Caja de Compensación Familiar de Cundinamarca – COMFACUNDI en contra de la Resolución 012645 de 5 de noviembre de 2020»

por infringir la Constitución y las leyes y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones. Igualmente, deben ejercer sus funciones en la forma prevista por la Constitución, la ley y el reglamento. En este contexto, no puede la superintendencia extralimitarse en su competencia y en la gestión de un recurso contra un determinado acto [Resolución 012645 de 2020] entrar a referirse y resolver reparos que el recurrente formule contra actos administrativos diferentes del recurrido y que se encuentran en firme.

- A la par, es preciso aclarar que todos los actos administrativos expedidos por esta superintendencia, se emiten en cumplimiento de sus funciones de inspección, vigilancia y control para la defensa de los derechos de los usuarios y la protección de los recursos públicos destinados a la financiación del sector salud, para la garantía del derecho fundamental a la salud y la protección de la confianza pública en el sistema en el marco de la prestación de un servicio público de interés general, siguiendo el procedimiento que corresponda y con las formalidades establecidas, estando amparados por la presunción de legalidad.

-Las consideraciones y decisiones de la administración plasmadas en las resoluciones mediante las cuales se resolvieron actuaciones para otras entidades vigiladas por esta superintendencia, citadas por el recurrente, se tratan de actuaciones ajenas al asunto bajo revisión y se escapan a competencia del recurso interpuesto contra la Resolución 012645 de 2020.

Lo anterior teniendo en cuenta los argumentos expuesto en los siguientes títulos: **«Derecho a la igualdad»**, en este el impugnante indicó lo siguiente:

«A partir del informe remitido al ente de control, se denota la gestión adelantada por la Aseguradora COMFACUNDI EPS-S y la voluntad de continuar con las acciones de mejora, siempre con el apoyo de la Superintendencia Nacional de Salud y así brindar servicios con calidad y oportunidad por la salud de los usuarios. Sin embargo, del informe remitido no se obtuvo respuesta o retroalimentación alguna. Lo propio ocurrió con la réplica incoada el 11 de agosto de 2020, frente a la Resolución 9149 de 2020, por la cual se prorrogó la medida de vigilancia especial para COMFACUNDI EPS-S.» (Énfasis adicional)

Así mismo, dentro del título **«Solicitud de reestructuración y/o capitalización de la EPS y réplicas remitidas al Ente de Control»** el recurrente señaló:

«(...) se evidencian las gestiones adelantadas por COMFACUNDI EPS-S encaminadas hacia la capitalización del Programa de Entidad Promotora de Salud, sosteniendo distintas reuniones con los entes de inspección, vigilancia y control, para obtener la autorización de estos. A pesar de esto, mediante Resolución 9999 del 27 de noviembre de 2019, la Superintendencia Nacional de Salud negó la solicitud del plan de reorganización institucional. Esto podría llevar a concluir que, de haber sido aprobado el plan de reorganización y capitalización del programa de Entidad Promotora de Salud de COMFACUNDI, distintos serían los resultados en materia financiera. (...)» (Énfasis adicional)

Dentro de la misma línea de revisión en el título **«Respecto a la vulneración del debido proceso administrativo»**

«(...) se evidencia una vulneración al debido proceso administrativo dado que la Superintendencia Nacional de Salud no se pronunció en ningún momento con respecto a las Réplicas realizadas por COMFACUNDI EPS-S el 11 de agosto de 2020, contra la Resolución 009149 del 2020, por medio de las cuales COMFACUNDI manifestó su inconformidad, debido a que los argumentos esgrimidos en el concepto emitido no correspondían a la realidad fáctica del Programa de EPS de LA CAJA DE COMPENSACIÓN FAMILIAR DE CUNDINAMARCA – COMFACUNDI. (...)» (Énfasis adicional)

Así las cosas, frente a los señalamientos del apoderado especial, en el recurso respecto de otras decisiones en firme como las Resoluciones 9149 de 2020 y 9999 de 2019, carece el despacho de competencia para definir las en este recurso planteado únicamente contra la Resolución 012645 de 2020 y habiendo contado con las oportunidades necesarias para impugnar las otras decisiones, esta no es una instancia extraordinaria para ventilar nuevamente aspectos

H

Fin

Continuación de la resolución «Por la cual se resuelve recurso de reposición interpuesto por la Caja de Compensación Familiar de Cundinamarca – COMFACUNDI en contra de la Resolución 012645 de 5 de noviembre de 2020»

relacionados con otras decisiones.

Desde esta perspectiva es claro que cada actuación es independiente y lleva a la expedición de un acto particular y concreto con un objeto, requisitos, procedimiento y finalidad propia que, en todo caso, no puede condicionar en el tiempo el ejercicio de las demás competencias del organismo de inspección, vigilancia y control, ni limitar la toma de decisiones que estime necesarias en cumplimiento de los deberes legales que le asisten, so pena de incurrir en omisión. Tampoco puede considerarse que una entidad vigilada se excluya de cumplir con las demás disposiciones que rigen su actividad o con las nuevas premisas normativas que se definan en el sistema y que son exigibles, en igualdad de condiciones a todos los actores, debiendo en esa medida adaptarse para cumplir con los estándares dictados por el legislador o el organismo principal de la Administración.

En este punto es importante señalar que el pronunciamiento del Despacho obedece al principio de congruencia, el cual debe estar alineado desde una parte con los argumentos propuestos por la entidad recurrente, y de otra, desde la decisión que se recurre, por lo que el límite argumentativo está dado por la actuación administrativa que dio origen a la Resolución 012645 del 5 de noviembre de 2020.

De manera que sobre los argumentos expuestos el despacho no elevará ningún pronunciamiento, y procederá a desarrollar los siguientes títulos como se revisa a continuación:

4.2. Sobre la prohibición de destinar recursos de la Caja de Compensación Familiar al Programa EPS.

Sobre el presente título afirmó el impugnante:

«(...) se indica en la parte resolutive que los gastos asociados al proceso de liquidación del programa de salud de Comfacundi EPS-S, serian con cargo a los recursos de la Caja de Compensación Familiar, situación que de acuerdo a la normatividad no es posible, pues los recursos de la Caja de Compensación Familiar, derivados del 4%, son recursos parafiscales que tienen destinación específica.»

La orden dispuesta por esta superintendencia en el acto administrativo recurrido en su literal señaló:

«ARTÍCULO CUARTO. DISPONER que los gastos que ocasione la intervención ordenada en el presente acto administrativo serán a cargo de la Caja de Compensación Familiar de Cundinamarca – COMFACUNDI, en los términos de Ley.»

Lo primero que resulta pertinente advertir es que el artículo 14 de la Constitución Política dispone el derecho de toda persona al reconocimiento de su personalidad jurídica, entendida esta como la capacidad de las personas de que sus actos generen responsabilidad jurídica frente a ellas mismas y frente a terceros.

Por su parte, el artículo 633 del Código Civil, define a la persona jurídica como aquella cuya existencia surge en virtud de una ficción legal, que le permite ser capaz de ejercer derechos y contraer obligaciones, y de ser representada judicial y extrajudicialmente.

De igual forma, el artículo 39 de la Ley 21 de 1982 dispone que las Cajas de Compensación Familiar son personas jurídicas de derecho privado sin ánimo de lucro, organizadas como corporaciones en la forma prevista en el Código Civil, cumplen funciones de seguridad social y se hallan sometidas al control y vigilancia del Estado en la forma establecida por la ley.

Así las cosas, al no haber culminado un proceso liquidatorio, la entidad conserva su capacidad jurídica para ser sujeto de derechos y obligaciones. Vale la pena recordar que en el caso concreto se inició la liquidación del programa de salud de COMFACUNDI, sin embargo, la caja de compensación familiar no se disuelve y ni se extingue como persona jurídica.

37

Fin

Continuación de la resolución «Por la cual se resuelve recurso de reposición interpuesto por la Caja de Compensación Familiar de Cundinamarca – COMFACUNDI en contra de la Resolución 012645 de 5 de noviembre de 2020»

Entonces entiende este Despacho que el argumento del recurrente se basa en una interpretación particular de la entidad vigilada que no corresponde con lo dispuesto en el artículo señalado en precedencia, por lo que se le precisa al apoderado de la vigilada que el acto administrativo bajo revisión no está ordenando, como parece entenderlo, que los gastos derivados de la intervención sean sufragados de una fuente particular y concreta de recursos, como los del aporte del 4% o los de otros programas desarrollados por la Caja de Compensación Familiar, por lo cual no se explica este despacho de donde proviene tal afirmación del apoderado.

Al respecto se aclara que todas las entidades vigiladas perciben múltiples ingresos por el desarrollo de sus actividades y cuentan con distintas fuentes de recursos económicos para pagar los costos en que incurrir por el desarrollo de su objeto social, como por ejemplo, los gastos administrativos, contratos, tributos, salarios y demás obligaciones en que incurran; de esta forma no es acertado el planteamiento del apoderado de la caja de Compensación que debe pagar con recursos que tengan destinación específica cuando en la Resolución 012645 de 2020 no se le ha indicado tal supuesto.

Es claro entonces que los recursos con destinación específica, incluidos los de la salud, no se pueden destinar ni utilizar para fines diferentes de los permitidos por la normativa, porque tal supuesto está prohibido por la Constitución Política (el artículo 48); así mismo, se reitera que la competencia de la Superintendencia Nacional de Salud para intervenir forzosamente para la liquidación total de un ramo o programa del régimen subsidiado o contributivo en las Entidades Promotoras de Salud y Administradoras del Régimen Subsidiado, cualquiera sea naturaleza, corresponde a un acto de ejecución como manifestación de la protección constitucional de los recursos de las Instituciones de la Seguridad Social.

Por tanto, la **CAJA DE COMPENSACIÓN FAMILIAR DE CUNDINAMARCA – COMFACUNDI** deberá asumir los gastos derivados de la liquidación dispuesta en la Resolución 012645 de 2020 con dineros ajenos a los que tengan destinación específica, para lo cual la Caja cuenta con distintas fuentes de financiación, en el evento en que en no tenga excluidos los recursos del programa de salud de la masa liquidatoria, conforme lo prescriben las disposiciones que rigen el Sistema General de Seguridad Social en Salud.

Coligase de lo anterior, que al no advertirse argumentos del orden jurídico que respalden la premisa de impugnación del recurrente, la misma será desestimada.

4.3. Libertad económica y libertad de empresa

Afirma el recurrente que con relación al núcleo esencial de la libertad económica y de empresa se debe tener en cuenta el principio de igualdad frente al tratamiento no discriminatorio entre empresarios o competidores, que en su entender en el presente caso con relación a su representada existen entidades que además de contar con medida de vigilancia, no evidencian un avance significativo como sí ocurrió con COMFACUNDI EPS-S.

Por otro lado, sostiene que frente al principio de solidaridad la decisión de intervenir forzosamente implica la afectación del mismo, pues no se encuentra en pro el interés colectivo a los derechos de los trabajadores.

Finalmente, el apoderado de la entidad vigilada advierte frente al principio de razonabilidad y proporcionalidad que con relación a la decisión adoptada de intervenir forzosamente y liquidar COMFACUNDI, ésta a no se encuentra ajustada a la prudencia y mucho menos a la equidad debido a lo expresado reiteradamente en el escrito de impugnación relacionado con las mejoras y avances en la gestión del aseguramiento del riesgo salud, hecho que afirma es reconocido incluso por la firma contralora.

¹⁶ Artículo 1° del Decreto 3023 de 2002 «Por el cual se reglamentan parcialmente los artículos 230 de la Ley 100 de 1993 y 68 de la Ley 715 de 2001»

M

XXXX

Continuación de la resolución «Por la cual se resuelve recurso de reposición interpuesto por la Caja de Compensación Familiar de Cundinamarca – COMFACUNDI en contra de la Resolución 012645 de 5 de noviembre de 2020»

Entra el Despacho a abordar los argumentos de defensa y como primera medida resulta pertinente traer lo expuesto por la Corte Constitucional, en sentencia como la C-228 de 2010, donde indicó que la participación de los particulares en los servicios públicos implica la limitación al ejercicio de la libertad económica:

«(...) La Constitución establece cláusulas expresas que limitan el ejercicio de la libertad económica, al interés general y la responsabilidad social, de forma que lo haga compatible con la protección de los bienes y valores constitucionales cuyo desarrollo confiere la Carta a las operaciones de mercado. Esta limitación se comprende, entonces, desde una doble perspectiva. En primer término, la necesidad de hacer compatible la iniciativa privada con los intereses de la sociedad implica que los agentes de mercado autorrestringan sus actividades en el mercado, con el fin de evitar que un uso abusivo de las libertades constitucionales impida el goce efectivo de los derechos vinculados con dichos bienes valores. De otro lado, los límites a la libertad económica justifican la intervención estatal en el mercado, de modo que el Estado esté habilitado para ejercer "labores de regulación, vigilancia y control, a través de una serie de instrumentos de intervención con los cuales se controlan y limitan los abusos y deficiencias del mercado. Dicha intervención es mucho más intensa precisamente cuando se abre la posibilidad de que a la prestación de los servicios públicos concurren los particulares.". Nótese que la intervención del Estado en la economía apunta a la corrección de desigualdades, inequidades y demás comportamientos lesivos en términos de satisfacción de garantías constitucionales. Por ende, dicha actividad estatal se enmarca no solo en la corrección de conductas, sino también en la participación pública en el mercado, destinada a la satisfacción de los derechos constitucionales de sus participantes, en especial de los consumidores. (...)»¹⁷. (F.J. VI - 6)

Manifiesta el recurrente que se afecta el núcleo esencial de la libertad económica y empresarial protegida por la Constitución Política, desconociendo que cuando se trata del servicio público esencial de salud, dicha libertad se encuentra restringida tal y como se desprende de la misma Constitución.

Así resulta importante recordar que la libertad de empresa ha sido consagrada en el ordenamiento jurídico colombiano a través de la Constitución Política en los siguientes términos:

«**ARTICULO 333. La actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común.** Para su ejercicio, nadie podrá exigir permisos previos ni requisitos, sin autorización de la ley.

La libre competencia económica **es un derecho de todos que supone responsabilidades.**

La empresa, como base del desarrollo, **tiene una función social que implica obligaciones.** El Estado fortalecerá las organizaciones solidarias y estimulará el desarrollo empresarial.

El Estado, por mandato de la ley, impedirá que se obstruya o se restrinja la libertad económica y **evitará o controlará cualquier abuso** que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado nacional.

La ley delimitará el alcance de la libertad económica cuando así lo exijan el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación.» (Énfasis adicional)

De la lectura de lo anterior resulta evidente que la consagración de la libertad de empresa en el ordenamiento jurídico colombiano no es absoluta, por el contrario, está sometida a límites y supone obligaciones y responsabilidades que no puede pretender eludir la parte recurrente en su escrito.

Ha indicado la doctrina que desarrollo de dicha libertad implica lo siguiente:

«(...) El valor o bien jurídico protegido por la libertad de empresa es la iniciativa privada como elemento esencial de una economía de mercado y, en definitiva, de una sociedad abierta. Las actividades de producción y distribución de bienes o servicios están, así, constitucionalmente

¹⁷ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-228 de 2010, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva, al conocer la Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 9, 11, 12, 13, 22 y 25 (parcial) de la Ley 1340 de 2009, sobre protección al consumidor

Continuación de la resolución «Por la cual se resuelve recurso de reposición interpuesto por la Caja de Compensación Familiar de Cundinamarca – COMFACUNDI en contra de la Resolución 012645 de 5 de noviembre de 2020»

abiertas a los particulares (...) El contenido de la libertad de empresa consiste básicamente en la posibilidad, **siempre que se respeten las condiciones establecidas por las leyes, de acceder y permanecer en el mercado** o, si se prefiere, de iniciar y desarrollar actividades productivas (...). **Como es obvio, la ley puede restringir la libertad de empresa en caso de colisión con otros derechos fundamentales o valores constitucionalmente relevantes** (...)»¹⁸ (Énfasis adicional)

Por lo tanto, no le asiste razón al apoderado de la vigilada, en la medida que dicha libertad no es absoluta. La Corte Constitucional en sentencia C-616 de 2001 reiterada en la sentencia C-260 de 2008, reconoció frente a la prestación del servicio público de salud lo siguiente:

«(...) Ahora bien, dicha providencia reconoció, de un lado, la libertad económica como el marco bajo el cual concurren los agentes privados en la prestación de servicios públicos, como el de la salud, y, de otro lado, la facultad estatal de regular esta participación, en los siguientes términos:

“(...) la libertad económica permite también canalizar recursos privados, por la vía del incentivo económico, hacia la promoción de concretos intereses colectivos y la prestación de servicios públicos. En esa posibilidad se aprecia una opción, acogida por el constituyente, para hacer compatibles los intereses privados, que actúan como motor de la actividad económica, con la satisfacción de las necesidades colectivas.

Por ello el constituyente expresamente dispuso la posibilidad de la libre concurrencia en los servicios públicos, los cuales pueden prestarse por el Estado o por los particulares, cada uno en el ámbito que le es propio, el cual, tratándose de estos últimos, no es otro que el de la libertad de empresa y la libre competencia.

Sin embargo, la Constitución ha previsto, para la preservación de valores superiores, la posibilidad y la necesidad de que el Estado ejerza labores de regulación, vigilancia y control, a través de una serie de instrumentos de intervención con los cuales se controlan y limitan los abusos y deficiencias del mercado. Dicha intervención es mucho más intensa precisamente cuando se abre la posibilidad de que a la prestación de los servicios públicos concurren los particulares.”

(...)

“La intervención estatal en la economía tiene distinta modulación según el sector económico sobre el cual recaiga, pues mientras en determinadas actividades o servicios públicos considerados estratégicos puede ser muy intensa al punto de eliminar la iniciativa privada (Art. 365 Constitución Política), en otros sectores tiene un menor grado en forma tal que se faculta a los particulares para desarrollar determinadas actividades económicas con un permiso, autorización o licencia por parte del Estado, e incluso, en algunos casos no se requiere ningún permiso o autorización previa para el ejercicio de una determinada actividad, industria u oficio, pues allí opera como regla general la libre iniciativa sin permisos previos (Art. 333 Constitución Política).

Cuando se trata del servicio público de salud la intervención del Estado es intensa y tiene como fundamento constitucional no solo las normas que permiten la intervención general del Estado en los procesos económicos comunes, con la correspondiente limitación de la libertad económica (CP arts. 150 Ord. 21, 333 y 334), sino también otras disposiciones constitucionales, en particular las relativas a la reglamentación e inspección de las profesiones (CP art. 26) la intervención del Estado en los servicios públicos en general (CP art. 365) y la atención de la salud en particular (CP arts. 48, 49).» (F.J. 5.1.) (negrilla fuera del texto original).

En concordancia con lo anterior, el ámbito de las competencias que ejerce la Superintendencia Nacional de Salud frente a la toma de posesión de los bienes, haberes y negocios y la intervención forzosa administrativa para liquidar el **Programa de Entidad Promotora de Salud de la Caja de Compensación Familiar de Cundinamarca – COMFACUNDI**, recae en últimas sobre la protección al derecho social fundamental a la salud y a la garantía de la prestación del servicio público de salud..

Ello a partir de unos claros mandatos contenidos en la Constitución Política de Colombia en los

¹⁸ Diez-Picazo, Luis María. “Sistema de Derechos Fundamentales” España. Cuarta Edición. Editorial Civitas / Thomson Reuters, 2013, pp. 512-515

[Handwritten mark]

[Handwritten mark]

Continuación de la resolución «Por la cual se resuelve recurso de reposición interpuesto por la Caja de Compensación Familiar de Cundinamarca – COMFACUNDI en contra de la Resolución 012645 de 5 de noviembre de 2020»

artículos 44 y 50, contando al mismo tiempo por disposición Constitucional con el carácter de servicio público esencial (artículo 49 de la Constitución Política) y constituyéndose como finalidad social del Estado (artículo 366 de la Constitución Política), razón por la cual la Administración cuenta con prerrogativas de orden superior para garantizar el interés general cuya prevalencia se enmarca en los artículos 1 y 209 de la Carta Política.

Ahora bien, frente a lo señalado de forma genérica por el recurrente cuando afirma que existen otras entidades sobre las que cursa medida de vigilancia especial sin mostrar avances o mejoras como sí lo ha hecho su representada, evidencia esta instancia la falta de argumentos para desvirtuar el acto administrativo hecho que en sí mismo representa una inadecuada sustentación del recurso, en consecuencia, la referencia sobre otras entidades, no corresponden en ningún sentido a los hechos que fueron analizados en el acto administrativo recurrido, lo cual lleva a considerar que no satisface los parámetros de conducencia, pertinencia y utilidad, a efectos de controvertir el mismo.

Dicho lo anterior, en este recurso que se refiere a la Resolución 012645 de 2020, no puede discutirse lo que se aprobó a otras entidades en otras resoluciones, pues las inconformidades de la EPS deben referirse al objeto del acto administrativo que se recurre.

Finalmente, con relación a la proporcionalidad de la medida adoptada, argumenta la **Caja de Compensación Familiar de Cundinamarca – COMFACUNDI**, que al analizar las labores desplegadas por el ente público y los motivos que desencadenaron la expedición del acto administrativo, concluye que no se hizo una revisión minuciosa a la gestión integral de la EPS, que mostró avances significativos de mejora.

Contrario a lo manifestado por el recurrente, este organismo de control en efecto sí realizó un análisis a los avances en el cumplimiento de los indicadores presentados por la EPS, incluso también tuvo en cuenta lo indicado por la firma contralora, que en el acto recurrido se señaló:

«(...) De los 29 indicadores técnico-científicos que se están revisando en el año 2020, a agosto la EPS cumple la meta en 14 de ellos (48%), discriminados de la siguiente manera: 4 de los 6 indicadores de Efectividad de la Atención (75%); y 4 de los 15 de Gestión del riesgo (26.6%), donde se incluye el de vacunación como cumplido, teniendo en cuenta que es un indicador cuya meta se evalúa al finalizar la vigencia y que para el mes de corte, la entidad cuenta con cobertura útil.

En relación con la gestión del riesgo en salud, la EPS al no contar con la caracterización poblacional actualizada no conoce realmente las condiciones de salud de sus afiliados, antes de estructurar el sistema de información no tenía datos confiables sobre el estado de la gestión de riesgo individual realizado por la entidad en conjunto con su red, por lo cual en la actualidad se evidencia la debilidad en este aspecto fundamental de las obligaciones de una EAPB, por lo tanto los bajos resultados en los indicadores, son coherentes con la realidad de la gestión realizada. Adicionalmente, hasta ahora COMFACUNDI está iniciando la adaptación de las Rutas de Atención Integral en Salud, es decir que se encuentra en enfoque, si se quiere evaluar en términos de enfoque, implementación y resultado.

Para cumplir con sus obligaciones con (sic) EAPB en marco de la pandemia por COVID-19, esta firma contralora concluye que las acciones realizadas por la entidad han sido desarticuladas, con poco seguimiento y con grandes oportunidades de mejora. COMFACUNDI EPS no ha entregado evidencias que desarrolla acciones para la prevención, el diagnóstico y el seguimiento de los casos.

Ha ejecutado actividades para atender a la población en riesgo definida en la Resolución 521 de 2020, pero no ha desarrollado mecanismos para el procesamiento de datos debido a que a la fecha no ha terminado de depurar bases de datos, al solicitar datos específicos, éstos no son confiables ni están soportados, el seguimiento a la red para verificar que los prestadores cumplen con los lineamientos para la atención en servicios COVID y no COVID se está iniciando hasta ahora.

En la gestión de las PQRD se evidencia gestión, oportunidad en la respuesta, pero la debilidad

37

h m 2

Continuación de la resolución «Por la cual se resuelve recurso de reposición interpuesto por la Caja de Compensación Familiar de Cundinamarca – COMFACUNDI en contra de la Resolución 012645 de 5 de noviembre de 2020»

en los procesos misionales de la entidad mediante la cantidad de inconformidades de los afiliados, incluso el aumento de éstas, además se identifican oportunidades de mejora en el análisis causal al interior de la entidad de los motivos, debido a que varios de ellos no están justificados ni cuentan con acciones preventivas y/o correctivas se podrían impactar verdaderamente para beneficio de los usuarios y de la misma organización.

La entidad continua sin dar cumplimiento a las condiciones de solvencia establecidas en el decreto 2702 de 2014, lo anterior se ve afectado por cuanto al cierre de agosto 2020, no le ha sido aprobado la metodología para el cálculo de la reserva técnica por parte de la Super Salud.

Al cierre de agosto 2020, de los 13 indicadores del componente financiero, no cumplió la meta para 5 de ellos, dentro de los cuales en su mayoría representan las condiciones financieras de la EPS como son (Nivel de endeudamiento, Razón Corriente, Legalización de anticipos, Recaudo de Cartera y porcentaje de conciliación de glosa).

La EPS, en lo corrido de la vigencia 2020, no logró cumplir en ningún mes la meta (0.70) establecida para el indicador de razón corriente, es así como, al cierre de agosto la EPS presentó un resultado de 0.45, igual situación se identificó para el indicador de nivel de endeudamiento donde tiene establecida una meta de 1.25; es así como al cierre de agosto la EPS presentó un endeudamiento de 2.12.

En los ingresos encontramos un valor de \$5.842 millones generados por la liberación de reservas técnicas, producto de la depuración de las cuentas de provisiones, que ayudan a la generación de los \$2.964 millones que registra la entidad como resultado al corte de agosto de 2020.

Se resalta que esta Contraloría ha presentado limitaciones en el alcance de la información para poder analizar y corroborar los resultados que viene presentando el indicador de siniestralidad, lo anterior por cuanto a pesar de los requerimientos realizados y reiterados a través de oficio, explicaciones de videollamadas, manifestaciones hechas al representante legal, no ha sido posible que la entidad entregue información de la conformación de los costos, situación que genera incertidumbre frente a los resultados de dicho indicador.

La entidad adolece de un proceso estructurado de seguimiento contractual, por ende, a la fecha, la contratación suscrita por parte de la EPS no es susceptible de un ejercicio claro de supervisión, situación que puede resultar abiertamente contraproducente para el equilibrio financiero de la Entidad y en forma transversal, para los diferentes procesos de la operación de la EPS (...)» (Fl. 7 Resolución 012645 de 2020) (Énfasis adicional)

Tal y como se desprende de la cita anterior, si bien la firma contralora indica mejoras en algunos indicadores, la misma no concluye que se hayan alcanzado los mismos y por el contrario si es detallada en las circunstancias e indicadores que presentan falencias.

Bajo ese entendido, es importante señalar que la proporcionalidad exige hablar de tres (3) juicios tales como, adecuación, necesidad o idoneidad y estricta proporcionalidad.

El juicio que debe realizarse sobre una actuación es el juicio de adecuación. Allí se determinará si «el acto jurídico impugnado debe ser un medio coherente con el fin impugnado, por tanto, su adopción debe alcanzar tal objetivo (...)»¹⁹.

Finalmente, el juicio de estricta proporcionalidad se refiere a si, «el acto impugnado puede ser sujeto a un juicio de balance entre medios y fines donde podrán ser valorados los fines de interés público y el coste del beneficio individual(...)»²⁰.

Es oportuno recordar que los principios de razonabilidad y proporcionalidad son principios de rango constitucional a los que se encuentran sujetas todas las actividades del Estado, como lo son la inspección, vigilancia y control, las cuales pueden conllevar la adopción de medidas

¹⁹ DANIEL SARMIENTO RAMÍREZ-ESCUDERO, DANIEL SARMIENTO RAMÍREZ-ESCUDERO, *El principio de proporcionalidad en el Derecho administrativo Un análisis desde el Derecho español*, Bogotá, Universidad Externado, 2007. p. 170.

²⁰ DANIEL SARMIENTO RAMÍREZ-ESCUDERO, op.cit. p. 170

JS

F.L.S.

Continuación de la resolución «Por la cual se resuelve recurso de reposición interpuesto por la Caja de Compensación Familiar de Cundinamarca – COMFACUNDI en contra de la Resolución 012645 de 5 de noviembre de 2020»

cautelares, como formas de salvamento, la imposición de sanciones o como sucedió en el caso que hoy nos ocupa la adopción de la toma de posesión de bienes y haberes de **COMFACUNDI**.

Bajo este panorama, se observa que la decisión adoptada por esta superintendencia obedeció a los criterios antes indicados, los cuales fueron aplicados frente a la valoración integral y conjunta de los hallazgos evidenciados, graves inconsistencias de carácter administrativo, financiero, asistencial y jurídico no superadas en materia de riesgo de salud, que, contrario a lo manifestado por el recurrente, si revisten de la gravedad suficiente para dar paso a la toma de posesión inmediata.

Así pues, la impugnación de una decisión administrativa basada en el principio de proporcionalidad impone para el recurrente una carga de determinar los elementos necesarios para aplicar cada uno de los juicios y las razones por las cuales la decisión controvertida entra a contrariarlos, ejercicio que echa de menos este Despacho, pues no puede alegar el recurrente un principio de manera genérica y sin darle justificación alguna, pues alegar la aplicación del principio implica una carga argumentativa para el recurrente, en consecuencia el argumento alusivo a la proporcionalidad no está llamado a prosperar.

4.4. Concesión del recurso en efecto suspensivo

En consideración del recurrente si se concede el recurso en el efecto suspensivo la parte recurrente podría garantizar los servicios de salud a los afiliados actuales, lo que en su entender permitiría la prestación de los servicios en condiciones adecuadas.

Con respecto al anterior argumento, es necesario precisar que la presente actuación administrativa se encuentra regulada en una norma especial, motivo por el cual en el parágrafo del artículo Décimo de la resolución recurrida se señaló:

*«**PARÁGRAFO:** Contra la presente resolución procede el recurso de reposición en el efecto devolutivo, su interposición no suspenderá la ejecución de la medida de toma de posesión y la intervención forzosa para liquidar, la cual será de cumplimiento inmediato, **de conformidad con lo previsto en el artículo 17 de la Ley 1966 de 2019, en concordancia con el artículo 335 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y el artículo 2.5.5.1.9 del Decreto 780 de 2016.** Dicho recurso podrá interponerse en el momento de la diligencia de notificación o dentro de los diez (10) días siguientes a ella, ante el despacho del Superintendente Nacional de Salud.»* (Énfasis adicional).

Y es que el artículo 17 de la Ley 1966 de 2019 se encuentra directamente relacionado con el artículo 335 del Decreto 663 de 1993 el cual es aplicable al presente caso, pues el parágrafo del artículo 233 de la Ley 100 de 1993, consagró la competencia de la Superintendencia Nacional de Salud, bajo la aplicación del régimen de proceso administrativo establecido para la Superintendencia Bancaria (hoy Superintendencia Financiera), en los siguientes términos:

«[...] El procedimiento administrativo de la Superintendencia Nacional de Salud será el mismo que se consagra por las disposiciones legales para la Superintendencia Bancaria. Los actos de carácter general que expida la Superintendencia Nacional de Salud no producirán efectos legales mientras no se publiquen en el boletín del Ministerio de Salud, Capítulo, Superintendencia Nacional de Salud, el cual podrá ser editado y distribuido a través de esta.»

A su turno, el inciso segundo del artículo 335 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero²¹ sobre los actos administrativos concernientes a las medidas de toma de posesión indicó lo siguiente:

*«[...] Las medidas cautelares y **de toma de posesión** que en ejercicio de sus funciones adopte la Superintendencia Bancaria, **serán de aplicación inmediata.** En consecuencia, el recurso de reposición que proceda contra las mismas no suspenderá la ejecutoriedad del acto administrativo* (Énfasis adicional).

²¹ En armonía con el artículo 68 de la Ley 1753 de 2015

h + h

Continuación de la resolución «Por la cual se resuelve recurso de reposición interpuesto por la Caja de Compensación Familiar de Cundinamarca – COMFACUNDI en contra de la Resolución 012645 de 5 de noviembre de 2020»

Igualmente, el artículo 2.5.5.1.9 del Decreto 780 de 2016 incorporó con carácter definitivo estas exigencias a las normas del sistema, de la siguiente manera:

«[...]»

Las medidas cautelares y de **toma de posesión**, que en ejercicio de sus funciones adopte la Superintendencia Nacional de Salud, **serán de aplicación inmediata**. En consecuencia, el recurso de reposición que proceda contra las mismas no suspenderá la ejecutoriedad del acto administrativo» (Énfasis adicional).

De acuerdo el bloque de legalidad citado, las decisiones administrativas mediante las cuales se imponen medidas administrativas rigen a partir de su expedición y no de su ejecutoria tal y como ocurre con las normas del procedimiento general y común. En estas condiciones resulta extraño que el vigilado viéndose sometido a estas decisiones desconozca el marco jurídico aplicable.

Con fundamento en lo anterior, se desestiman los argumentos del recurrente.

4.5 Argumentos relacionados con los criterios técnicos de la decisión

Por otro lado, con el objeto de verificar el resto de los argumentos propuestos por la EPS en los títulos **«Afiliación oficiosa de usuarios – Indicadores de los componentes en la Resolución 012645 del 05 de noviembre 2020»** en el recurso de reposición y teniendo en cuenta que los mismos versan sobre aspectos técnicos, la Oficina Asesora Jurídica solicitó a través de memorando de radicado 202011100163923 a la **Dirección de EAPB de la Superintendencia Delegada para las Medidas Especiales** un apoyo técnico que permita dar trámite al recurso interpuesto²².

Para el efecto debe tenerse en cuenta que la **Dirección de EAPB de la Superintendencia Delegada para las Medidas Especiales** a través de memorando de radicado 202051000168503 se pronunció en los siguientes términos:

«COMPONENTE TÉCNICO CIENTÍFICO

Motivos concretos de inconformidad por parte de Comfacundi:

- i) "Aumento de la población afiliada a corte febrero de 2020, frente a los afiliados de febrero del 2018, pasando en población del régimen subsidiado de 122.985 a 168.953 (aumento equivalente al 37%)".

RESPUESTA DE LA SNS A OBJECIONES DE LA EPS

En cuanto a lo referido al aumento de la población afiliada durante la vigencia 2019 y enero del 2020 pese a la restricción de afiliación impuesta por la Superintendencia Nacional de Salud mediante la Resolución No. 005855 del 30 de noviembre de 2017, situación descrita más adelante de este documento en el numeral 4 del recurso de reposición, tuvo lugar por afiliaciones de oficio conferidas por la Secretaria de Salud del Distrito. Es así como Comfacundi EPS reportó según aplicativo BDUASISPRO un total de 75.179 nuevos afiliados durante el 2019 y enero 2020 de los cuales 61.635 fueron del régimen subsidiado y 13.544 del contributivo por movilidad. En contraparte también se documenta una pérdida de 18.808 afiliados que corresponde a un 25,01% de la población.

²² Respecto de las competencias no decisorias de las áreas (delegadas y oficinas) y comités, su alcance competencial se relaciona con una función consultiva, que ha sido analizada por doctor José Roberto Dromi en su libro «El Acto Administrativo» Madrid, Instituto de Estudios de Administración Local, 1985, p. 22, señalando: «La actividad que realizan los órganos estatales en ejercicio de la función administrativa es amplia, variada y compleja, por lo que se hace necesaria la colaboración específica de órganos de consulta, técnicos y profesionales con competencia para dar sus pareceres en los asuntos administrativos y gubernativos».

M

F. H.

Continuación de la resolución «Por la cual se resuelve recurso de reposición interpuesto por la Caja de Compensación Familiar de Cundinamarca – COMFACUNDI en contra de la Resolución 012645 de 5 de noviembre de 2020»

Tabla No. 1. Número de afiliado de Comfacundi EPS-S de febrero -2018 a septiembre 2020.

Etiquetas de fila	CONTRIBUTIVO CAJA DE COMPENSACION FAMILIAR DE CUNDINAMARCA COMFACUNDI- CM	SUBSIDIADO CAJA DE COMPENSACIÓN FAMILIAR DE CUNDINAMARCA COMFACUNDI	Total general
2018			
Febrero	5.609	122.985	128.594
Marzo	5.941	121.192	127.133
Abril	9.617	116.399	126.016
Mayo	6.822	116.949	123.771
Junio	6.087	116.130	122.217
Julio	6.556	114.252	120.808
Agosto	7.414	113.077	120.491
Septiembre	7.595	111.268	118.863
Octubre	6.125	111.466	117.591
Noviembre	6.564	111.084	117.648
Diciembre	6.958	111.120	118.078
2019			
Enero	7.228	136.988	144.216
Febrero	7.122	141.957	149.079
Marzo	9.085	148.514	157.599
Abril	10.183	149.495	159.678
Mayo	11.323	153.735	165.058
Junio	12.146	155.771	167.917
Julio	13.778	156.720	170.498
Agosto	13.303	154.278	167.581
Septiembre	15.044	157.818	172.862
Octubre	16.441	159.197	175.638
Noviembre	16.710	161.368	178.078
Diciembre	17.326	165.804	183.130
2020			
Enero	16.513	170.194	186.707
Febrero	18.419	166.950	185.369
Marzo	18.558	164.679	183.237
Abril	16.840	164.637	181.477
Mayo	16.773	163.384	180.157
Junio	15.124	163.503	178.627
Julio	13.989	163.498	177.487
Agosto	14.539	161.422	175.961
Septiembre	14.176	160.273	174.449
Total general	369.908	4.586.107	4.956.015

Motivos concretos de inconformidad por parte de Comfacundi:

ii) "Frente a la red de servicios, se puso de presente que se cumplía con la garantía de la cobertura de todas las complejidades en Bogotá y en los 21 municipios habilitados para la operación de Comfacundi EPS-S".

RESPUESTA DE LA SNS A OBJECIONES DE LA EPS

Si bien la cobertura de la red es un parámetro de evaluación, es importante recalcar que el dato proviene de un autoreporte de la entidad en los formatos ST010 y ST011, y que para su monitorización se evalúa otros marcadores indirectos como el número de PQRD radicadas y el porcentaje de cumplimiento de los indicadores del Sistema de Gestión y Control de las Medidas

A

Hint

Continuación de la resolución «Por la cual se resuelve recurso de reposición interpuesto por la Caja de Compensación Familiar de Cundinamarca – COMFACUNDI en contra de la Resolución 012645 de 5 de noviembre de 2020»

Especiales "Fénix". Al realizar este análisis encontramos que pese al reporte de una red a corte diciembre del 2019, en un 95,65% para los servicios baja complejidad, alta complejidad y especialidades básicas, Comfacundi tuvo como segundo motivo de radicación de PQRD la falta de oportunidad en la asignación de citas de consulta médica especializada de otras especialidades médicas con 350 PQRD de enero a septiembre del 2020 y 640 PQRD de enero a diciembre del 2019, la tercer causa la ocupo la inoportunidad en citas de medicina general a corte septiembre 2020 con 158 PQRD, presentando un incremento frente a septiembre del 2019 donde se registraron 72 PQRD, lo que implicó que la entidad no dio alcance a las demandas que se presentaron frente a la emergencia COVID 19.

Al analizar los indicadores encontramos que la entidad presentó incumplimiento a corte a corte agosto del 2020, de 5 de los 6 indicadores del grupo binomio madre e hijo objeto de vigilancia, 4 de 6 indicadores de gestión del riesgo, y 4 de 4 de los indicadores que evalúan la gestión del riesgo de cáncer de mama, adicionalmente durante toda la vigencia 2020 se encontró una baja representatividad del dato reportado, con porcentajes inferiores al 70% en los grupos de riesgo cardiovascular y cáncer que puso en evidencia pobre articulación con la red de prestadores.

iii) "La reducción sustancial de PQRD de la Tasa de PQRD, aun con el aumento de la población referida, pasando de 230,9 por cada 10.000 afiliados en 2018 a 213,5 a febrero del 2019."

RESPUESTA DE LA SNS A OBJECIONES DE LA EPS

En cuanto a esta aseveración es importante tener en cuenta que esta superintendencia evaluó la información a corte septiembre del 2020 y no febrero del 2019, ya que no es una información relevante en el marco que el comité tuvo lugar en octubre del 2020 con una diferencia superior a 18 meses, en un informe que se genera de manera mensual. Si embargo se procede a explicar los hallazgos encontrados respecto a las PQRD radicadas a la Superintendencia Nacional de Salud.

En el marco de la pandemia el número de PQRD radicadas ante la Superintendencia presentó una disminución global en las entidades objeto de medida preventiva, es así como el promedio de tasa acumulada a corte septiembre 2019 era de 62,8 por cada 10.000 afiliados y a corte septiembre del 2020 se presentó un promedio de 58,51, esto obedeció principalmente a un descenso en la demanda de servicios por parte de los afiliados. Al analizar el comportamiento de PQRD de Comfacundi evidenciamos que frente a la radicación durante la vigencia 2019 presento un descenso en el número total de PQRD a partir de abril del 2020 que se dio en el marco de la declaración de la emergencia sanitaria, con una tasa de PQRD mensual promedio de 15,12 por cada 10.000 afiliados frente a la registrada en el 2019 de 20,5, situación que se puede explicar cómo se explicó anteriormente por la relación lineal entre la demanda de los servicios de salud y las quejas presentadas en el marco de la emergencia sanitaria.

Al analizar el comportamiento de Comfacundi EPS-S frente a otras entidades del régimen donde opera, ocupa el segundo lugar en el ranking de mayor tasa de radicación a este corte. Al observar el desglose de los motivos, se presenta un incremento del 119% en la radicación de PQRD por falta de oportunidad en la asignación de citas de consulta médica general pasando de 78 a 158 quejas radicadas, dificultad de comunicación con las líneas para citas presento un incremento del 23%.

iv) "Frente a la tasa de mortalidad perinatal de evidencio la mortalidad de 26 usuarios de Comfacundi EPS-S, estando por debajo de la media nacional".

RESPUESTA DE LA SNS A OBJECIONES DE LA EPS

Frente a esta afirmación se desestima los argumentos dispuestos, dentro de los errores encontrados Comfacundi registro 18 eventos de mortalidad no 26, con una tasa a corte de agosto 2020, periodo que se tomó para la elaboración del concepto que dio la medida de intervención forzosa una tasa de mortalidad perinatal de 15,33 por cada 1.000 nacidos vivos con una desviación frente a la meta Fénix (13,16 por cada 1.000 NV) de 2,17, se anexa comentario de la entidad en la plataforma Fénix donde se pone en manifiesto lo citado con anterioridad.

M

3/11/21

Continuación de la resolución «Por la cual se resuelve recurso de reposición interpuesto por la Caja de Compensación Familiar de Cundinamarca – COMFACUNDI en contra de la Resolución 012645 de 5 de noviembre de 2020»

Tasa de mortalidad perinatal en Régimen Subsidiado	15,33	13,16	1
--	-------	-------	---

Comentarios

Autor: Victor Julio Bemis

Fecha: 20/09/2020 19:09

Para el mes de agosto se notificaron 2 muertes perinatales reportadas en el aplicativo SIVIGILA de los cuales (1) cumple con los criterios del indicador. El dato del numerador se toma de la fuente oficial SIVIGILA (Evento 560): el acumulado de 18 casos notificados por evento de mortalidad perinatal: 4 casos en enero; pendiente 2 casos por Historia Clínica de control prenatal, se solicita vía correo electrónico; 5 casos en febrero; (2) pendiente programar unidad de análisis por soporte de historia clínica de control prenatal; 2 casos en abril; (1) se programará convocatoria unidad de análisis en septiembre; 4 en mayo; (1) pendiente programar unidad de análisis para septiembre; 4 en junio; pendiente (1) se realizara convocatoria para unidad de análisis septiembre; 3 julio; (1) cumple con el indicador de acuerdo con el criterio pendiente solicitud de historia clínica para programación de unidad de análisis; 2 agosto de los cuales (1) se convocará a unidad de análisis; (1) no cumple con los criterios para el reporte del indicador, edad de nacido 17 días. Cabe aclarar que para ninguno de los casos se convocó a unidad de análisis por el ente territorial. El dato del denominador se toma del reporte RUAF - Nacidos vivos durante el periodo reportado: 135 menores, para este mes se presentó (1) muerte perinatal para un total de 136 casos. Acumulado para el mes de Agosto 18 muertes perinatales y 1174 nacidos. Para el periodo del reporte la EPS-S presenta incumplimiento en el indicador, el estándar es menor o igual a $13,16 \times 1000$ nacidos vivos; el acumulado para Agosto es 15,13% casos por 1000 nacidos. Para el periodo de reporte la EPS no cumple con el indicador. Comparado con el periodo anterior se presenta una desviación hacia la disminución de 1,05%. La EPS-S, en la actualidad inicia con la construcción de la estructura de acuerdo con la ruta de atención integral Primera Infancia e Infancia; modificación realizada con base en la Cohorte Neonatal de acuerdo con los parámetros establecidos en la normatividad vigente resolución 3280, cuyo objetivo es el de unificar información para el respectivo captación y seguimiento a la demanda inducida, ingreso oportuno a la atención integral, gestión del riesgo, prevenir evento de morbilidad y mortalidad, garantizando la atención en salud a la población por momento de curso de vida infantil; afiliada a la EPS-S. La EPS-S, implementará las siguientes acciones con el fin de alcanzar el cumplimiento del indicador: 1. Captación, demanda inducida y seguimiento telefónico mensual a la cohorte de gestantes, (morbilidad materna extrema). 2. Mesa de trabajo con el área de auditoría de calidad a las IPS, en cuanto a la adherencia a la guía de práctica clínica de gestantes, programada para septiembre. 3. Articulación con el área de comunicación para la difusión en los diferentes medios, redes disponibles en la EPS-S - acerca de los programas en salud establecidos en la entidad, para la captación oportuna de la población a la ruta de atención en salud sexual y reproductiva, consulta preconcepcional y gestante de la población por momentos de curso de vida. 4. Reunión de socialización con IPS primarias acerca de la estructura Cohorte Infantil, con referentes de ruta materno perinatal infantil, con el fin de intervenir el riesgo en población afiliada. 5. La EPS-S realizará unidad de análisis interna de manera virtual, a las IPS de acuerdo con el aseguramiento del usuario, programada para septiembre. Se adjunta soporte: 1. Base de datos SIVIGILA Evento 560 2. Base de datos RUAF Nacidos Vivos Agosto 2020 3. Base de seguimiento al evento 560 4. Soporte unidad de análisis 5. Soporte socialización de la Cohorte Infantil reunión con IPS Primarias realizada el día 31 de agosto. 6. Soporte acta solicitud de unificación Cohorte Infantil, materno perinatal a ingenieros de la firma Simetria.

Fuente: Reporte del Sistema de Gestión y Control de las Medidas Especiales "Fénix" agosto- 2020" indicador tasa de mortalidad perinatal

v) "Frente a la experiencia de la atención, se evidencia la mejora constante a la entrega de medicamentos, asignación de citas médicas"

RESPUESTA DE LA SNS A OBJECIONES DE LA EPS

Esta afirmación se encuentra contemplada en el concepto emitido por esta Superintendencia, es así como los indicadores del grupo experiencia de la atención presentaron cumplimiento a corte agosto del 2020, sin embargo estos indicadores solo representa el 27% del total de los indicadores objeto de vigilancia, y sus resultados no se extrapolan a los otros grupos de indicadores, situación que se puso en evidencia con una alta tasa de mortalidad materno-perinatal, baja captación al control prenatal antes de la semana 12, bajo porcentaje de tamización VIH en gestantes, baja tamización y diagnóstico temprano de cáncer de mama y cérvix, bajo porcentaje de hipertensos y diabéticos controlados, y resultados subóptimos en política de nefroprotección.

Motivos concretos de inconformidad por parte de Comfacundi:

Numeral 4. Afiliación oficiosa de usuarios.

(...) En conclusión, la reducción exponencial de los usuarios se debió a la limitación de la afiliación de oficio, estatuida por el Gobierno Nacional, que significó el cambio de una norma de rango legal, según la cual, como se mencionó previamente, se asignaban afiliados en la EPS que estuvieran mejor rankeadas a partir de la encuesta anual realizada por el Ministerio de Salud y de la Protección Social, sin embargo, con la expedición del Decreto 064 de 2020, cambió la regla aplicable, erigiendo como criterio de elegibilidad la EPS con mayor cobertura, término que por

Continuación de la resolución «Por la cual se resuelve recurso de reposición interpuesto por la Caja de Compensación Familiar de Cundinamarca – COMFACUNDI en contra de la Resolución 012645 de 5 de noviembre de 2020»

reglamentación mediante resolución se traduce en aquella con mayor número de afiliados. Como resultado de la norma aludida, se generó un detrimento a los intereses de COMFACUNDI EPS-S y perdiendo la posibilidad de competir en igualdad de condiciones con otras Empresas Administradoras de Planes de Beneficios – EAPB. (...)

RESPUESTA DE LA SNS A OBJECIONES DE LA EPS

Mediante la Resolución 1700 del 20 de marzo del 2020 expedida por la Superintendencia Nacional de Salud, a Comfacundi EPS-S se le otorgó el levantamiento de la restricción de afiliación como a otras 13 entidades en medida preventiva del régimen subsidiado, de estas 12 entidades presentaron incremento en número de afiliados a partir del mes de abril, de las cuales 3 entidades presentaban un menor número de afiliados, desvirtuando la afirmación hecha por Comfacundi. En cuanto a la afirmación "Con la expedición del Decreto 064 del 2020, cambió la regla aplicable, erigiendo como criterios de elegibilidad las EPS con mayor cobertura, término que por reglamentación mediante resolución se traduce en aquella con mayor número de afiliados. Como resultado a la norma aludida, se generó un flagrante detrimento a los intereses de Comfacundi EPS-S, perdiendo la posibilidad de competir en igualdad de condiciones frente a otras Empresas Administradoras de Planes de Beneficios – EAPB", esta Superintendencia se declara en contra de esta apreciación, ya que el fin de toda medida tomada por el Ministerio de Salud como de esta Superintendencia durante la emergencia sanitaria fue garantizar el acceso a los servicios de salud de toda persona que necesite en estos momentos atención médica y hospitalaria por su estado de vulnerabilidad, ante un eventual diagnóstico de Covid-19, y no cuente con una afiliación, no el favorecimiento de terceros.

Motivos concretos de inconformidad por parte de Comfacundi:

Numeral 6. Respeto a la Vulneración del Debido Proceso Administrativo.

'(...) Adicionalmente, se evidencia una vulneración al debido proceso administrativo dado que la Superintendencia Nacional de Salud no se pronunció en ningún momento con respecto a las Réplicas realizadas por COMFACUNDI EPS-S el 11 de agosto de 2020, contra la Resolución 009149 del 27 de julio de 2020, por medio de las cuales COMFACUNDI manifestó su inconformidad, debido a que los argumentos esgrimidos en el concepto emitido no correspondían a la realidad fáctica del Programa de EPS de la CAJA DE COMPENSACIÓN FAMILIAR DE CUNDINAMARCA – COMFACUNDI. Indicando en la misma, que la Superintendencia pasó por alto una serie de sucesos normativos y de dinámicas propias del aseguramiento del Sector Salud, que explicaban el descenso de la población afiliada. (...) De las peticiones elevadas no se recibió respuesta, ni pronunciamiento alguno por parte de la Superintendencia Nacional de Salud. (...)

RESPUESTA DE LA SNS A OBJECIONES DE LA EPS

Con relación a esta inconformidad, la Dirección de EAPB de la Delegada de Medidas Especiales, se permite señalar que a través del radicado No.2-2020-132059 del 21/09/2020, dio respuesta al NURC 1-2020-417816 mediante el cual el Programa de la Caja de Compensación Familiar de Cundinamarca – COMFACUNDI, solicita tener en cuenta las observaciones consignadas en el escrito mencionado por parte de la EPS; con relación a la parte motiva de la Resolución 9149 del 27 de julio de 2020, por la cual se prorrogó la medida preventiva de vigilancia especial hasta el 9 de noviembre de 2020. (Se anexa NURC No.2-2020-132059 del 21/09/2020).

Dicha solicitud fue trasladada al Grupo de Única y Segunda Instancia de la Superintendencia para el trámite pertinente. A su vez, fue enviado nuevamente a la Delegada para las Medidas Especiales, con la observación de que el escrito radicado por la EPS contiene una petición y no un recurso de reposición. De acuerdo con lo mencionado, se solicitó a la EAPB, que precisara la naturaleza de su solicitud y aclarara a este ente de inspección, vigilancia y control si se trataba de un recurso de reposición o una petición rogatoria. Lo anterior en los términos del artículo 17 de la Ley 1755 de 2020.

Por lo anterior, no es de recibo para la Superintendencia, sobre la falta de algún pronunciamiento a la EAPB que se encontraba en ese entonces en medida preventiva de vigilancia especial.

Numeral 7. Indicadores de los componentes en la Resolución 012645 del 05 de noviembre de 2020.

Final

Continuación de la resolución «Por la cual se resuelve recurso de reposición interpuesto por la Caja de Compensación Familiar de Cundinamarca – COMFACUNDI en contra de la Resolución 012645 de 5 de noviembre de 2020»

COMPONENTE FINANCIERO

Atendiendo a lo solicitado por el Grupo de Única y Segunda Instancia de la Oficina Asesora Jurídica de esta Superintendencia, a través del Memorando 202011100163923, se procede a hacer pronunciamiento de la Delegada Medidas Especiales para EAPB sobre los argumentos propuestos por el recurrente en lo relacionado con el Componente Financiero:

Motivos concretos de inconformidad por parte de Comfacundi

'(...) debe ponerse de presente la mejoría que se evidencia a partir del cálculo del capital mínimo, tomando como puntos de referencia diciembre de 2019 y agosto de 2020.

'(...) no obstante, la evolución que se evidencia no fue tomada en cuenta por la Superintendencia Nacional de Salud al momento de sustentar fácticamente el acto administrativo que da lugar al presente escrito.

La cifra para el cumplimiento del capital mínimo para el 2019 era de 12.265 millones, de acuerdo con la metodología del calculo para diciembre de 2019 el defecto era de -46.269 millones. Así mismo, la cifra de cumplimiento del capital mínimo para el 2020 es de 12.726 millones, de acuerdo con la misma metodología del 2019, el cálculo para agosto del 2020 el defecto es de -40.048 millones.

'(...) Podemos observar que la variación ha sido positiva en este periodo de tiempo por 6.221 millones menos para cumplir el Capital Mínimo a acreditar (teniendo en cuenta el aumento al cambiar del año fiscal) y realizando el indicador directo hay una mejoría del 62.55% de acuerdo con diciembre del 2019.

'(...) Se evidencia que las aseveraciones esgrimidas por la Superintendencia Nacional de Salud, como se expuso anteriormente, no concuerdan con la situación de la EPS, pues no se tuvieron en cuenta los datos actualizados y los planes de mejora que se han implementado, lo que permite entrever la mejora continua.'

RESPUESTA DE LA SNS A OBJECIONES DE LA EPS

Se debe precisar que frente al cumplimiento de las condiciones financieras y de solvencia, establecidas en el artículo 2.5.2.2.1.1 del Capítulo 2 Sección 1 del Decreto 780 de 2016 Decreto Único Reglamentario. (Capital Mínimo, Patrimonio Adecuado y Régimen de Inversiones de las Reservas Técnicas), la Dirección para la Supervisión de Riesgos Económicos de la Superintendencia Delegada para la Supervisión de Riesgos emitió su concepto el lunes 19 de octubre de 2020 mediante memorando interno 202021300000023, en el cual presenta la siguiente información sobre las condiciones financieras y de solvencia de la EPS Comfacundi al corte 31 de agosto de 2020:

'(...) El Decreto 780 de 2016 Único Reglamentario del Sector Salud y Protección Social estableció las condiciones financieras y de solvencia que deben cumplir las Entidades Promotoras de Salud (EPS) para garantizar el apropiado manejo de los recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud (SGSSS), velar por la adecuada atención de los afiliados al sistema y respaldar el cubrimiento de las obligaciones con los prestadores de servicios de salud. Con este propósito en dicho decreto se definieron cuatro (4) indicadores de cumplimiento, a saber: i) Capital mínimo (C.M.), ii) Patrimonio Adecuado (P.A.), iii) Reservas Técnicas y iv) Régimen de Inversión de las Reservas Técnicas. En el contexto anterior, se presenta el resultado de la evaluación de cumplimiento realizada por esta Delegada, a corte agosto de 2020.

1.2.1 Capital Mínimo Para el cálculo de este indicador se toma como línea base el defecto obtenido en el mes de junio de 2015 por valor de \$14.855 millones, valor que la EPS progresivamente debería ir recuperando dentro de los plazos establecidos en el Decreto 780 de 2016.

fin

Continuación de la resolución «Por la cual se resuelve recurso de reposición interpuesto por la Caja de Compensación Familiar de Cundinamarca – COMFACUNDI en contra de la Resolución 012645 de 5 de noviembre de 2020»

Tabla 1. Comportamiento Capital Mínimo
Cifras en millones de \$

Plazo	% Disminución	CM a Cumplir	Resultado Obtenido	Diferencia	Cumple
Defecto junio 2015	-14.855				
1° Año (2015)	10%	-13.369	-7.411	-5.959	SI
2° Año (2016)	20%	-11.884	-22.415	-10.531	NO
3° Año (2017)	30%	-10.398	-31.610	-21.211	NO
4° Año (2018)	50%	-7.427	-48.284	-40.857	NO
5° Año 2019	70%	-4.456	-46.270	-41.813	NO

Plazo	% Disminución	CM a Cumplir	Resultado Obtenido	Diferencia	Cumple
6° Año 2020 - Agosto	Cumplimiento vigencia 2019 (70%)	-4.456	-36.905	-32.449	NO
	Cumplimiento vigencia 2020 (90%)	-1.485	-36.905	-35.420	

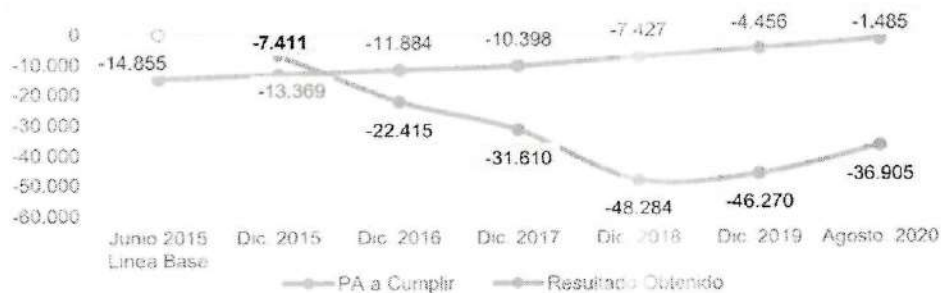
Fuente: Archivos Tipo FT011 "Condiciones Financieras" Circular Externa 016 -- Para el periodo de agosto 2020 corresponde a la información reportada por la entidad en la plataforma NRVCC – Resultados preliminares.

Para el cierre de la vigencia 2019, la entidad presenta una diferencia de \$ 41.813 millones respecto a la meta establecida para la vigencia 2019, mostrando incumplimiento del indicador de capital mínimo.

En relación al periodo de agosto de 2020, la entidad presenta una diferencia de -\$32.449 millones respecto al porcentaje de recuperación para la vigencia 2019, evidenciando incumplimiento del indicador. Ahora bien, respecto al porcentaje de recuperación para la vigencia 2020, presenta una diferencia de -\$35.420; en este sentido, se alerta un riesgo de incumplimiento del indicador de capital mínimo al cierre de la vigencia 2020 (Tabla 1).

La grafica N°1 muestra el comportamiento histórico y la brecha existente entre el capital Mínimo por acreditar y el resultado real.

Gráfico N° 1 – Comportamiento Capital Mínimo



Fuente: Calculo SNS - Archivos Tipo FT011 "Condiciones Financieras" Circular Externa 016 - Para el periodo de agosto 2020 corresponde a la información reportada por la entidad en la plataforma NRVCC – Resultados preliminares.

1.2.2 Patrimonio Adecuado Para el cálculo de este indicador se toma como línea base el defecto obtenido en el mes de junio de 2015 por valor de \$10.019 millones, valor que la EPS progresivamente debería ir recuperando dentro de los plazos establecidos en el Decreto 780 de

Handwritten signature/initials in blue ink.

Continuación de la resolución «Por la cual se resuelve recurso de reposición interpuesto por la Caja de Compensación Familiar de Cundinamarca – COMFACUNDI en contra de la Resolución 012645 de 5 de noviembre de 2020»

2016.

En relación al periodo de agosto de 2020, la entidad presenta una diferencia de -\$35.351 millones respecto porcentaje de recuperación para la vigencia 2019, evidenciando incumplimiento en el indicador de patrimonio adecuado. Ahora bien, respecto al porcentaje de recuperación para la vigencia 2020 presenta una diferencia de \$37.355 millones; en este sentido, se alerta un riesgo de incumplimiento del indicador de patrimonio adecuado al cierre de la vigencia 2020 (Tabla 2).

Tabla 2. Comportamiento Patrimonio Adecuado

Cifras en millones de \$

Plazo	% Disminución	PA a Cumplir	Resultado Obtenido	Diferencia	Cumple
Defecto junio 2015	-10.019				
1° Año (2015)	10%	-9.017	-2.633	-6.384	SI
2° Año (2016)	20%	-8.015	-19.042	-11.027	NO
3° Año (2017)	30%	-7.013	-29.261	-22.248	NO
4° Año (2018)	50%	-5.009	-45.521	-40.512	NO
5° Año 2019	70%	-3.006	-46.607	-43.601	NO
6° Año 2020 - Agosto (Resultados Preliminares)	Cumplimiento vigencia 2019 (70%)	-3.006	-38.356	-35.351	NO
	Cumplimiento vigencia 2020 (90%)	-1.002	-38.356	-37.355	

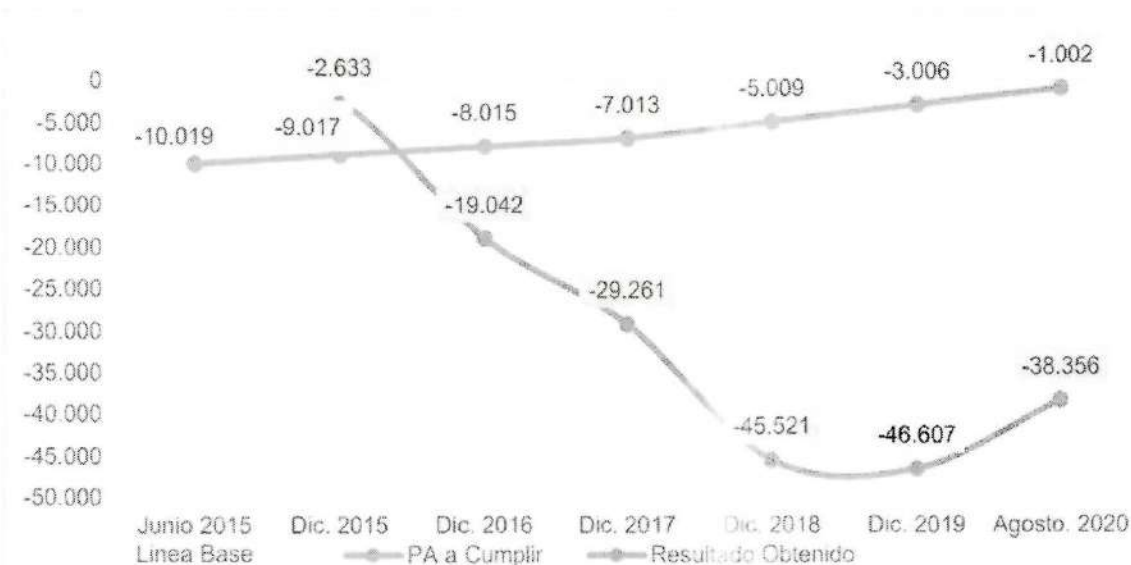
Fuente: Calculo SNS - Archivos Tipo FT011 "Condiciones Financieras" Circular Externa 016 - Para el periodo de agosto 2020 corresponde a la información reportada por la entidad en la plataforma NRVCC – Resultados preliminares.

La grafica 2 muestra el comportamiento histórico y la brecha existente entre el patrimonio adecuado por acreditar y el resultado real.

Fin

Continuación de la resolución «Por la cual se resuelve recurso de reposición interpuesto por la Caja de Compensación Familiar de Cundinamarca – COMFACUNDI en contra de la Resolución 012645 de 5 de noviembre de 2020»

Gráfico 1. Comportamiento Patrimonio Adecuado



Fuente: Cálculo SNS - Archivos Tipo FT011 "Condiciones Financieras" Circular Externa 016 - Para el periodo de agosto 2020 corresponde a la información reportada por la entidad en la plataforma NRVCC – Resultados preliminares.

Como se observa, la entidad no ha dado cumplimiento a los requisitos exigidos para el indicador de patrimonio adecuado en ninguno de los periodos de la transición, generado principalmente por efectos de las pérdidas acumuladas.

1.2.3 RESERVAS TÉCNICAS

En el marco de lo establecido en el Decreto 780 de 2016 se expide la Resolución 4175 de 2014, modificada por la Resolución 412 de 2015, a través del NURC 2-2015-009071 del 28 de enero de 2015 se solicitó a la CAJA DE COMPENSACIÓN FAMILIAR DE CUNDINAMARCA "COMFACUNDI" si se acogía a la Metodología descrita en la Res. 412 o se adaptaría a una propia.

Sin embargo, encontrándose ampliamente vencido el término establecido en dicha comunicación para que COMFACUNDI EPS emitiera un pronunciamiento al respecto, se procedió a informarle mediante el oficio 2-2015-016112 del 18 de febrero de 2015 que se entendía adoptada por parte de la entidad la metodología propuesta por esta Superintendencia y en consecuencia debía llevar a cabo los ajustes necesarios para que en cumplimiento de Decreto 780 del 2016 se pudiera realizar una primera revisión con corte a 31 de marzo de 2015. Ante este hecho, finalmente mediante el NURC 1-2015-021491 del 24 de febrero de 2015, la Caja de Compensación manifestó su decisión de acoger la metodología antes nombrada.

Por otro lado, en el seguimiento a la metodología de cálculo en los años posteriores se han venido presentando inconsistencias en cuanto a las bases de datos y documentos remitidos por la entidad, para lo cual se han solicitado aclaraciones a la metodología e información. Al respecto, durante el último año se solicitó a COMFACUNDI en la comunicación NURC 2-2020-916 la información correspondiente a los cortes de septiembre y noviembre de 2019; de esta forma mediante NURC 1-2020-64218 del 04 de febrero de 2020, la entidad solicita prórroga de 20 días para cumplir con el requerimiento de la comunicación antes mencionada.

Adicionalmente, la entidad a través del oficio NURC 1-2020-233877 del 04 de mayo de 2020 informó a la Superintendencia que realizaría avances a la entrega de información del requerimiento solicitado, mencionando que se tardaría en promedio cuatro semanas para la primera entrega.

Por consiguiente, esta Superintendencia mediante el NURC 2-2020-56013 del 21 de mayo de 2020 responde a las comunicaciones antes descritas, enfatizando que no se remitió ningún reporte y que se habían vencido ampliamente los plazos.

Finalmente, de conformidad con la nueva solicitud de requerimiento a corte de diciembre de 2019 realizada por la Superintendencia para la verificación y análisis de las reservas técnicas mediante

Handwritten signature

Continuación de la resolución «Por la cual se resuelve recurso de reposición interpuesto por la Caja de Compensación Familiar de Cundinamarca – COMFACUNDI en contra de la Resolución 012645 de 5 de noviembre de 2020»

el NURC 2-2020-71555 del 19 de junio de 2020, se encontraron las siguientes observaciones:

- La entidad no define los procedimientos y parámetros utilizados en la estimación de reservas de obligaciones conocidas por concepto de incapacidades.
- La metodología de cálculo aplicada para la estimación del IBNR no corresponde en su totalidad a la establecida en la Resolución 412 de 2015.
- Se verificaron inconsistencias entre el reporte realizado por la entidad en los Archivos Tipo FT001 – Catálogo Información Financiera y los resultados calculados a partir de los detalles de información.
- El manual de políticas, procesos y procedimientos para el ajuste, constitución y liberación de las reservas técnicas carece de completitud en cuanto a la descripción de las cuentas contables utilizadas para la constitución y liberación de las reservas técnicas.

Se observa que en el último año la entidad no ha enviado la información en los lineamientos solicitados lo cual ha sido reiterativo. Así las cosas, se concluye que COMFACUNDI no cuenta con la calidad mínima necesaria en la información para verificar la adecuada implementación de la metodología para el cálculo de las reservas técnicas de servicios e incapacidades.

1.4 RÉGIMEN DE INVERSIONES

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 2.5.2.2.1.10 del Decreto 780 de 2016, el cual señala que las EPS deben mantener inversiones que respalden el saldo de las reservas técnicas del mes calendario inmediatamente anterior en los plazos y porcentajes definidos en el artículo 2.5.2.2.1.12 del mencionado decreto, se realizó verificación preliminar del cumplimiento del régimen de inversiones a agosto de 2020 para COMFACUNDI EPS, evidenciando que las inversiones computables para el respaldo de las reservas técnicas no representan el 70%, del valor de las reservas técnicas del mes de julio de 2020.

Lo anterior, de acuerdo con la verificación preliminar realizada a los archivos tipo FT006 – “Bancos y Carteras Colectivas” y FT007 – “Control de inversiones inscritas en el Mercado de Valores de Colombia” de la Circular Externa 016 de 2016, donde la entidad debe registrar aquellas inversiones que respaldan el valor de las reservas técnicas.

Adicional, se resalta que la verificación del cumplimiento del régimen de inversiones se realiza con base en el valor de reservas técnicas, y que actualmente la EPS no cuenta con la verificación o aprobación de la metodología de cálculo de reservas técnicas por parte de esta Superintendencia. (...):

Con base en el Concepto Técnico suministrado por la Dirección para la Supervisión de Riesgos Económicos, se observa que la entidad presenta una brecha en las condiciones financieras, con respecto a las que venía presentando a junio de 2015, este deterioro de igual forma se ve reflejado en el patrimonio de la entidad.

Con la anterior información, es posible observar incumplimiento por parte de Comfacundi EPS, frente a los indicadores de capital mínimo y patrimonio adecuado para las vigencias 2016, 2017, 2018, 2019 y 2020 (agosto) (precisando que esta última vigencia corresponde a resultados preliminares), y teniendo en cuenta que la entidad NO está cumpliendo con las condiciones financieras y de solvencia establecidas en el Decreto 780 de 2016, se identifica un riesgo frente al apropiado manejo de los recursos del Sistema General de Seguridad en Salud y por ende en la adecuada atención de los afiliados de la EPS.

De otra parte, la EAPB NO cuenta con la calidad de la información mínima necesaria para la verificación de la adecuada aplicación de la metodología para el cálculo de las reservas técnicas, a pesar de los requerimientos formulados por esta Superintendencia y no ha logrado mantener los recursos constituidos en inversiones computables que le permitan cumplir con los requerimientos financieros exigidos como respaldo de las reservas técnicas.

Así mismo, es importante mencionar que el último plan de reorganización institucional fue desfavorable mediante concepto emitido por la Superintendencia Delegada para la Supervisión de Riesgos mediante memorando interno NURC 3-2019-18096 por las siguientes razones:

✓

Fin

Continuación de la resolución «Por la cual se resuelve recurso de reposición interpuesto por la Caja de Compensación Familiar de Cundinamarca – COMFACUNDI en contra de la Resolución 012645 de 5 de noviembre de 2020»

(...)

1. El modelo financiero no contempla las fuentes de financiación, así como los responsables del pago de los pasivos por reintegros de recursos al SGSSS de la entidad escidente.
2. El modelo financiero proyectado presenta serias inconsistencias en la información y aplicación del marco técnico normativo, afectando la razonabilidad y confiabilidad de su recuperación financiera.
3. No hay claridad frente a la forma como COMFACUNDI EPS va a realizar la capitalización de pasivos por \$2.750 millones, ya que en el modelo financiero en el plan de capitalización no se reporta ningún valor asignado a capitalización de pasivos.
4. De acuerdo con los cálculos realizados por parte de la Delegada para la Supervisión de Riesgos, se evidencia que el modelo financiero no cumple con las condiciones financieras y de solvencia de capital mínimo para ninguno de los años proyectados.
5. La entidad no aplica en el modelo financiero los porcentajes de recuperación del defecto, incumpliendo lo establecido en el parágrafo 2 del artículo 2.1.13.9 Decreto 780 de 2016.
6. Teniendo en cuenta que a la fecha COMFACUNDI no cuentan con la verificación de la metodología de las reservas técnicas, existe incertidumbre frente a la realidad financiera de la entidad.
7. De acuerdo con la opinión del Revisor Fiscal, se tiene que la información financiera de COMFACUNDI EPS no refleja la realidad económica de la entidad, debido a que la misma no es completa, neutra y libre de error, incumpliendo con las cualidades fundamentales establecidas en el marco técnico contable.
8. Se resalta que el mayor accionista en el plan de reorganización presentado era "Cardio Global Ltda.", entidad no que no aparece en el registro especial de prestadores de Servicios de Salud (REPS) y sin embargo reconoció ingresos operacionales para el 2018. (...):

Es importante aclarar que el Plan de Reorganización Institucional fue negado mediante Resolución 9999 del 27 de noviembre de 2019, y en mesa de trabajo realizada el día 14 de septiembre de 2020, llamó la atención que casi un año después de la notificación de dicho Acto Administrativo, Comfacundi EPS-S aparentemente "desconocía" dicha decisión.

En los últimos conceptos técnicos de prórroga de la medida de Vigilancia Especial se hizo énfasis en el mejoramiento de la situación financiera que debía realizar la EPS ya que no se evidenció una recuperación significativa frente al principio de negocio en marcha, porque a pesar de los procesos de saneamiento contable adelantados por Comfacundi EPS-S, se evidenciaron rubros de los estados financieros que requerían depuración, como es el caso de las cuentas por cobrar y cuentas por pagar, esta situación dificultó que la entidad tuviera estados financieros con cifras razonables y que lograra superar los hallazgos que la han mantenido incurso en acciones y medidas especiales desde la vigencia 2012.

El pasivo de la entidad se incrementó desde el inicio de la medida, para el corte agosto de 2020, la entidad presentó un nivel de endeudamiento de 2.12, manteniéndose lejos de la meta propuesta de 1, situación que deja la viabilidad financiera de la entidad en alto riesgo, y poniendo en evidencia la limitación de la entidad para cubrir las obligaciones adquiridas.

A su vez, la Dirección de Inspección y Vigilancia para Entidades Administradoras de Planes de Beneficios (EAPB) emitió Concepto Técnico el miércoles 07 de octubre de 2020, mediante memorando radicado con el NURC 3-2020-13743, en el cual es posible concluir que el Programa de Entidad Promotora de Salud del Régimen Subsidiado de la Caja de Compensación Familiar de Cundinamarca – Comfacundi, NO adelanta las acciones correspondientes para identificar, depurar, conciliar y pagar las obligaciones derivadas de la prestación de los servicios de salud infringiendo las normas que rigen la materia tendiente a garantizar la destinación del recurso, saneamiento de las obligaciones a favor de terceros, así como el mejoramiento del flujo de

F+M

Continuación de la resolución «Por la cual se resuelve recurso de reposición interpuesto por la Caja de Compensación Familiar de Cundinamarca – COMFACUNDI en contra de la Resolución 012645 de 5 de noviembre de 2020»

recursos a la red prestadora de servicios de salud y NO se evidencian procesos permanentes de las gestiones administrativas para depurar las cuentas por pagar, cuentas por cobrar, en los estados financieros como en los demás reportes contables y de cartera obligados a presentar, de tal forma que estos sean confiables y razonables.»

En este punto resulta preciso reiterar que en virtud de lo dispuesto en el artículo 113 del EOSF la adopción de las medidas preventivas de toma de posesión (o institutos de salvamento) son de carácter facultativo, lo cual no impide a esta superintendencia llegar a aplicar el último instrumento legal; que para el caso que se revisa sería la toma de posesión de los bienes, haberes y negocios y la intervención forzosa administrativa para liquidar, en caso de considerar que las causas son de tal magnitud para que la medida sea adoptada.

Frente a la **CAJA DE COMPENSACIÓN FAMILIAR DE CUNDINAMARCA - COMFACUNDI**, no resultaron eficaces o suficientes las acciones de mejora presentadas, considerando que los hallazgos en la información de la entidad intervenida evidenciaron el grave contexto fáctico que acompañó la configuración de las causales de toma de posesión, no siendo concebida como equivocadamente lo sugiere el recurrente, como una causal autónoma o arbitraria.

El quebranto de la confianza de este órgano de control de vigilancia sobreviene ante la gravedad y materialidad de las situaciones encontradas en la **CAJA DE COMPENSACIÓN FAMILIAR DE CUNDINAMARCA - COMFACUNDI** que, dada la claridad de los hechos encontrados, llevaron a la evidente configuración de las causales de toma de posesión, no resisten ningún análisis tendiente a descalificar la valoración objetiva que sobre ellas se expuso y no es dable pretender conferirle una connotación de subjetividad a la determinación adoptada por esta superintendencia.

Como quedó expuesto en la resolución impugnada, la configuración de las causales se acreditó de manera clara y suficientemente ilustrativa, siendo así que las condiciones de operación de la **CAJA DE COMPENSACIÓN FAMILIAR DE CUNDINAMARCA - COMFACUNDI** exigían una medida radical pues no se visualizaron alternativas que pudieran admitir que no se interviniera a la entidad. De hecho, justamente con sujeción a las circunstancias y características de los hechos encontrados, las medidas preventivas previstas en el artículo 113 del EOSF en su totalidad fueron valoradas y reflejadas en el acto administrativo.

En conclusión, la medida de toma de posesión ordenada por este organismo de control tiene como propósito fundamental la protección de los usuarios del sistema de salud tal y como se puso de presente en la resolución recurrida, así como prevenir el deterioro patrimonial de la entidad y la afectación de los recursos financieros y técnicos del sistema.

De esta manera, de acuerdo con lo expuesto, esta superintendencia encuentra que su actuación se ha ajustado en su totalidad a las garantías procesales que la rigen en los términos de la Constitución Política y en la Ley.

De lo expuesto, este despacho concluye que las circunstancias y hechos que motivaron la toma de posesión de los bienes, haberes y negocios y la intervención forzosa administrativa para liquidar el **Programa de Entidad Promotora de Salud de la CAJA DE COMPENSACIÓN FAMILIAR DE CUNDINAMARCA - COMFACUNDI** se encuentran debidamente soportados y tipificados por el legislador, amén que no se desvirtuaron los fundamentos de hecho y de derecho que motivaron la decisión contenida en el acto administrativo que se revisa.

Por lo anterior, considera esta instancia que no existe mérito para revocar la decisión tomada mediante la Resolución 012645 de 2020, respecto de la toma de posesión de los bienes, haberes y negocios y la intervención forzosa administrativa para liquidar el **Programa de Entidad Promotora de Salud de la CAJA DE COMPENSACIÓN FAMILIAR DE CUNDINAMARCA - COMFACUNDI**, con la finalidad de garantizar la adecuada prestación del servicio de salud.

Así las cosas, conforme con lo dispuesto en el artículo 74 de la Ley 1437 de 2011 y en virtud de las atribuciones que confiere el recurso de reposición para que la administración revise la decisión

M...

Continuación de la resolución «Por la cual se resuelve recurso de reposición interpuesto por la Caja de Compensación Familiar de Cundinamarca – COMFACUNDI en contra de la Resolución 012645 de 5 de noviembre de 2020»

y de ser procedente la aclare, modifique o revoque, este despacho al no encontrar procedente ninguno de los argumentos esgrimidos por el recurrente frente al acto revisado, confirmará la Resolución No. 012645 del 5 de noviembre de 2020, por encontrarla ajustada a derecho.

Que, en virtud de lo anteriormente expuesto,

RESUELVE

ARTÍCULO 1. CONFIRMAR la Resolución No. 012645 del 5 de noviembre de 2020, «*Por la cual se ordena la toma de posesión de los bienes, haberes y negocios y la intervención forzosa administrativa para liquidar el Programa de Entidad Promotora de Salud de la Caja de Compensación Familiar de Cundinamarca –COMFACUNDI, identificada con Nit. 860.045.904-7*», de conformidad con lo expuesto en la parte motiva del presente acto administrativo.

ARTÍCULO 2. NOTIFICAR el contenido de la presente Resolución al doctor **LUIS FELIPE A. BALLÉN GARAVITO**, identificado con Cédula de Ciudadanía 16.944.858, apoderado de la **Caja de Compensación Familiar de Cundinamarca –COMFACUNDI**, Nit. 860.045.904-7 la cuenta de correo electrónico notificaciones.judiciales@comfacundi.com.co, teniendo en cuenta que autorizó a través de su escrito de reposición de radicado 202082305408532 la notificación electrónica de los actos emitidos por la Superintendencia Nacional de Salud, o en la dirección Av. Carrera 28 No. 36-32 Barrio La Soledad en la ciudad de Bogotá, o a la dirección que para tal fin indique el Grupo de Notificaciones de la Superintendencia, de conformidad con lo establecido en el artículo 67 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

PARÁGRAFO. Si no pudiere practicarse la notificación personal, ésta deberá surtirse mediante aviso, en los términos y para los efectos previstos en los artículos 68 y 69 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

ARTÍCULO 3. NOTIFICAR el contenido de la presente Resolución al liquidador de la **Caja de Compensación Familiar de Cundinamarca –COMFACUNDI**, identificada con Nit. 860.045.904-7, o a quien haga sus veces, o a quien se designe para tal efecto en las cuentas de correo electrónico notificaciones.judiciales@comfacundi.com.co, direccion@comfacundi.com.co teniendo en cuenta que la vigilada autorizó a través del sistema NRVCC la notificación electrónica de los actos emitidos por la Superintendencia Nacional de Salud, según listado suministrado por la Oficina de Tecnologías de la Información o a la dirección que para tal fin indique el grupo de notificaciones de la Superintendencia, de conformidad con lo establecido en los artículos 56, 67 y 68 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

PARÁGRAFO. Si no pudiere practicarse la notificación personal, ésta deberá surtirse mediante aviso, en los términos y para los efectos previstos en los artículos 68 y 69 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

ARTÍCULO 4. COMUNICAR el contenido del presente acto administrativo al Ministerio de Salud y Protección Social en la dirección notificacionesjudiciales@minsalud.gov.co, o a la dirección física Carrera 13 No. 32-76 en la ciudad de Bogotá D.C., al Director General de la Administradora de Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud ADRES a la dirección notificaciones.judiciales@adres.gov.co o a la dirección física Avenida Calle 26 No.69-76 Torre 1 Piso 17 en la ciudad de Bogotá D.C., al Director de la Cuenta de Alto Costo en la dirección administrativa@cuentadealtocosto.org o a la dirección física Carrera 45 No. No. 103-34 Oficina 802 en Bogotá D.C., a la Superintendencia de Subsidio Familiar en la dirección notificacionesjudiciales@ssf.gov.co o a la dirección física carrera 69 No. 25B-44 Pisos 3, 4 y 7 Edificio World Business Port en Bogotá D.C., al Gobernador del Departamento de Cundinamarca en la Calle 26 No. 51-53 de Bogotá y a la Alcaldesa Mayor de Bogotá D.C. en la dirección notificacionesjudiciales@secretariajuridica.gov.co o en la dirección física Carrera 8 No. 18-65 de Bogotá, o en el sitio que se indique para tal fin, por el Grupo de Notificaciones de la Superintendencia Nacional de Salud.

THX

Continuación de la resolución «Por la cual se resuelve recurso de reposición interpuesto por la Caja de Compensación Familiar de Cundinamarca – COMFACUNDI en contra de la Resolución 012645 de 5 de noviembre de 2020»

ARTÍCULO 5. Contra la presente Resolución no procede recurso alguno.

Dada en Bogotá D.C., **26 ENE 2021**

NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE



**FABIO ARISTIZÁBAL ÁNGEL
SUPERINTENDENTE NACIONAL DE SALUD**

Proyectó: Marcela González Garzón, Profesional Especializado
Revisó: Judy Astrid Jaimes Pedraza, Coordinadora Grupo de Única y Segunda Instancia
Revisó y Aprobó: María De los Ángeles Meza Rodríguez, Jefe de la Oficina Asesora Jurídica