

REPÚBLICA DE COLOMBIA  
RAMA JUDICIAL



JUZGADO TERCERO ADMINISTRATIVO DE ORALIDAD  
CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTÁ  
SECCIÓN PRIMERA

Bogotá, D.C., diecinueve (19) de diciembre de dos mil diecinueve (2019)

**RADICACIÓN:** 11001-3334 -003-2017-00197-00  
**DEMANDANTE:** ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD INDIGENA  
MALLAMAS EPS  
**DEMANDADOS:** SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD  
**ASUNTO:** NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

I. MEDIO DE CONTROL

En ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, la Entidad Promotora de Salud Indígena MALLAMAS EPS-I presentó demanda contra la Superintendencia Nacional de Salud, para que en sentencia definitiva se hagan las siguientes:

1. Declaraciones y condenas

2. Declarar la nulidad de la Resolución PARL 1321 del 30 de marzo de 2016, por medio de la cual se resuelve una investigación administrativa sancionatoria en contra de MALLAMAS EPSI, imponiendo multa de 100 SMLMV.
3. Declarar la nulidad de la Resolución PARL 5766 del 11 de noviembre de 2016, por medio de la cual se resuelve recurso de reposición contra la Resolución sancionatoria, modificando el monto de la multa a 70 SMLMV.
4. Declarar la nulidad de la Resolución 343 del 24 de febrero de 2017, por medio de la cual se resuelve recurso de apelación reduciendo el monto de la sanción a la suma de 50 SMLMV.
5. A título de restablecimiento del derecho se ordene la devolución de los dineros que haya tenido que pagar como multa, más los

intereses e indexación que se generen como consecuencia de la declaratoria de nulidad de los actos demandados.

## **2. Hechos de la demanda**

Los hechos descritos por el apoderado de la parte demandante, son los siguientes:

1. La Superintendencia Nacional de Salud, en el ejercicio de facultades legales de inspección vigilancia y control, a través de su Delegada de Procesos Administrativos, ordeno iniciar procedimiento administrativo sancionatorio en contra de MALLAMAS EPSI, mediante Resolución 2822 de 22 de mayo de 2015, por el presunto incumplimiento del numeral 130.7 del artículo 130 de la Ley 1438 de 2011 y los artículos 4 y 5 de las Resolución 4343 de 2012, por cuanto a la carta de Derechos y Deberes del Afiliado y del Paciente y la Carta de Desempeño al mes de octubre de 2014 no contaba con el contenido mínimo requerido.

2. Ante la inconformidad con el cargo imputado, la EPS-I procedió dentro de la oportunidad legal, a presentar los correspondientes descargos, considerando que la Carta de Derechos y Deberes del afiliado y del paciente y la carta de desempeño al mes de octubre de 2014, sí contaba con el contenido establecido por las disposiciones legales aplicables.

3. El 4 de noviembre de 2015, MALLAMAS EPS-I describió traslado para alegar de conclusión dentro del proceso sancionatorio referido.

4. El 30 de marzo de 2016, mediante la Resolución 1321 de 2016, La Superintendencia Nacional de salud resolvió la investigación administrativa sancionatoria iniciada en contra de la EPS-I MALLAMAS imponiendo una multa equivalente a CIEN (100) SALARIOS MINIMOS MENSUALES LEGALES VIGENTES, por el incumplimiento del numeral 130.7 del artículo 130 de la Ley 1438 de 2011 y los artículos 4 y 5 de las Resolución 4343 de 2012.

5. El 29 de abril de 2016, MALLAMAS EPS-I presentó ante el Despacho de la Superintendencia Delegada, recurso de reposición y en subsidio apelación en contra de la Resolución PARL 1321 de 30 de marzo de 2016, argumentando la inadecuada valoración de los descargos presentados, la inexistencia de vulneración al Sistema General de Seguridad Social, la falta de valoración probatoria, la no evidencia de juicio de proporcionalidad en la sanción impuesta, la innecesaridad de

la sanción y violación del debido proceso, la no capacitación ante las exigencias de la norma, entre otras.

6. El 11 de noviembre de 2016, la Superintendencia Delegada de Procesos Administrativos resolvió el recurso de reposición, modificando la sanción impuesta, disminuyendo el monto de la multa de 100 SMLMV a 70 SMLMV.

7. Mediante Resolución 0343 de 24 de febrero de 2017, el Despacho del Superintendente Nacional de Salud, resuelve el recurso de apelación interpuesto de manera subsidiaria, disminuyendo el monto de la sanción de 70 SMLMV a 50 SMLMV.

### **3. Normas violadas y concepto de la violación**

Consideró que se quebrantaron los artículos 29 y 48 de la Constitución Política, así como los artículos 137 del CPACA, 130 de la Ley 1438 de 2011 y 17 de la Resolución 1650 de 2014.

Como fundamento de la demanda propuso los siguientes cargos: i) Inadecuada valoración de los descargos, ii) Inexistencia de vulneración al Sistema General de Seguridad Social, iii) La responsabilidad objetiva está proscrita en el ordenamiento jurídico colombiano y en los procedimientos sancionatorios, iv) Falta de valoración probatoria – Inexistencia de consideraciones frente a cada uno de los descargos presentados, v) Considera que no se evidencia juicio de proporcionalidad de la sanción, vi) Innecesaridad de la sanción y violación de derecho al debido proceso, vii) Ausencia de capacitación prescrita en la norma, viii) hace referencia al cargo denominado Sobre la carta de derechos y deberes del usuario, ix) Cumplimiento del objeto de la Resolución 4343 de 2012; cuyo concepto de violación se resume así:

#### **i) Inadecuada valoración de los descargos**

Indica que, dentro de los descargos presentados en el término legal concedido se pudo comprobar que MALLAMAS EPS-I, si cumplió con los ítems requeridos, permitiendo a los afiliados contar con información adecuada y suficiente para el ejercicio de sus derechos en cumplimiento de la orden 28 de la Sentencia T-760 de 2008 y el Auto de seguimiento 264 de 2012 a la mencionada sentencia.

Manifiesta que no es cierta la afirmación realizada por la Superintendente delegada de procesos administrativos, en cuanto a que, si bien es cierto a partir del 01 de enero 2012 no existe periodo de carencia en Sistema General de Seguridad Social en salud, esto debió incluirse en la carta de derechos del Afiliado y del paciente, pues considera que dicho ítem debería estar marcado como no aplica, en primer lugar porque para la fecha de revisión de las cartas, esto es en el mes de Octubre de 2014, MALLAMAS EPS-I solo se encontraba habilitada para operar en el régimen subsidiado, y segundo, porque independiente del régimen, la Ley 1438 de 2011 derogó tal precepto a partir del 01 de enero de 2012, resultando inútil además de infructuoso incluirlo dentro de la Carta de Deberes y Derechos y la Carta de desempeño pues en nada aportaría al cumplimiento del objeto de la Resolución 4343 de 2012.

Añade la demandante, que no le asiste razón a la Superintendente delegada de procesos administrativos en cuanto a la valoración de la certificación aportada dentro del trámite sancionatorio, suscrita por el administrador del sitio web, ya que esta hace referencia a la certificación de la publicación Carta de Deberes y Derechos del afiliado y del paciente en el Sistema General de Seguridad Social en Salud y la Carta de desempeño, en la página oficial [www.mallamaseps.com.co](http://www.mallamaseps.com.co), la cual nada tiene que ver con la fecha en la que el Ministerio de Salud revisó el contenido de las citadas cartas, esto es, octubre de 2014, dejando ello claro que la referida certificación es pertinente en tanto prueba que las actualizaciones de las fechas mencionadas sí contenían la información requerida por la norma.

Indica igualmente que el contenido de la Resolución 1321 de 2016, en cuanto afirma que MALLAMAS no cumplió con la publicación de las sanciones ejecutoriadas que tenía la entidad a la fecha del período verificado, no es cierto, pues de haberse dado una lectura adecuada a los argumentos de descargo, se encontraría que MALLAMAS EPS-I no tenía ninguna sanción ejecutoriada.

**ii) Inexistencia de vulneración al sistema general de seguridad social**

Señala la EPS-I demandante que en ninguna parte del auto de iniciación o del auto en el que se resuelve la investigación, se expone de qué forma se vulneró el sistema de seguridad social en salud, y menos aún está probado que con los hechos atribuidos a Mallamas

EPS-I, se haya vulnerado o siquiera amenazado alguno de los bienes jurídicos protegidos por dicho sistema; por el contrario, quedó demostrado que si se cumplió en su integridad la normatividad presuntamente infringida.

**iii) La responsabilidad objetiva está proscrita en el ordenamiento jurídico colombiano en los procedimientos sancionatorios**

Considera la demandante, que en la Resolución 001321 del 30 de Marzo de 2016, no se hace referencia a la culpabilidad que le puede caber a Mallamas, ni mucho menos se demuestra cómo la pena impuesta aporta a la restauración del orden jurídico, cuya vulneración, insiste, tampoco está demostrada. Itera que en el proceso sancionatorio se ha debido probar que MALLAMÁS EPS-I obró con culpa o con dolo en los hechos que se le imputan, lo cual no se visualiza en el texto de la Resolución 1321 ni en otros documentos del proceso.

Manifiesta entonces, que la Superintendencia Delegada para Asuntos Administrativos no hace una descripción clara de los motivos y hechos que generan la sanción, pues solo hace alusión a una prueba que nada tiene que ver con el cumplimiento de los requisitos mínimos de la Carta de Deberes y Derechos del afiliado y del paciente en el Sistema General de Seguridad Social en Salud y la Carta de desempeño, concluyendo de plano que no se dio cumplimiento con el Artículo 4 y 5 de la Resolución 4343 de 2012, sin tener en cuenta que se demostró que si se cumplió con cada uno de los ítems señalados, no se pronunció sobre la prueba principal aportada, en este caso, la Carta de derechos y deberes del afiliado y la carta de desempeño, y no manifiesto los razonamientos legales en los cuales fundamentó su conclusión.

**iv) Falta de valoración probatoria - inexistencia de consideraciones frente a cada uno de los descargos presentados.**

Insiste en la existencia de una carencia de valoración probatoria, por cuanto la prueba principal aportada - carta de derechos y deberes del afiliado y la carta de desempeño - evidencia el cumplimiento de cada uno de los ítems, lo cual ni siquiera se menciona en la Resolución 1321 de 2016, aunado al hecho que no se expresan los fundamentos a cada argumento o descargo presentado, por lo que alega una vía de hecho y violación flagrante al debido proceso.

**v) No se evidencia juicio de proporcionalidad de la sanción**

Menciona que, si en gracia de discusión se considera que existe una vulneración a las normas del sistema de seguridad social en salud, se observa que la sanción es desproporcionada teniendo en cuenta que en el artículo 17 de la Resolución 1650 del 28 de agosto de 2014, no solamente plantea entre las sanciones la multa, sino que también se establece la posibilidad de imponer la amonestación escrita.

Por su parte, el artículo 50 de la Ley 1437 del 2011, a la cual hace expresa remisión el artículo 18 de la Resolución 1650 del 28 de agosto de 2014, establece los criterios para determinar la gravedad de la falta y la dosificación de las sanciones; no obstante, en ninguna parte de la Resolución 1321 de 2016 son analizados.

Así mismo, señala que en la Resolución 1321 de 2015, tampoco son analizados los criterios establecidos en el artículo 134 de la Ley 1438 de 2011 para la dosificación de las multas.

**vi) Innecesaridad de la sanción y violación de derecho al debido proceso**

Indica nuevamente que no hay una valoración clara sobre la culpabilidad de la sancionada, y tampoco se cumple con el presupuesto de la necesidad, pues considera que para MALLAMAS EPS-I basta con los requerimientos o con las sugerencias de las entidades rectoras y de vigilancia y control para mejorar día a día el cumplimiento de todas y cada una de sus competencias.

Con lo anterior, manifiesta que no hay duda que una sanción como la impuesta a la PES-I, está lejos de cumplir con los requisitos para que esté sujeta a la legalidad, pues el ente de Vigilancia debe verificar que a la fecha se ha dado una transformación favorable e importante a la presentación de la información en la cartas.

**vii) Ausencia de capacitación prescrita en la norma**

Aduce que la Superintendencia demanda no dio cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 26 de la Ley 691 de 2001 pues a la fecha Mallamas EPS-I, no ha recibido alguna capacitación relacionada con la legislación relativa a los pueblos indígenas, por lo que considera no es coherente la sanción impuesta.

**viii) Sobre la carta de derechos y deberes del usuario**

**Especificación que no hay períodos de carencia ni restricciones en los servicios por traslado de una entidad promotora de salud.**

Señala que para el periodo de evaluación, la EPS INDÍGENA MALLAMAS se encontraba habilitada como entidad administradora de planes de beneficios para el régimen subsidiado en salud y en consecuencia establecer la necesidad de referenciar los periodos de carencia no tendrían lugar, por cuanto los mismos de conformidad con el decreto 806 de 1998, son periodos exclusivos de cotización y como tal dados al régimen contributivo en salud. Igualmente, advierte que la ley 1438 de 2011 en su artículo 32, eliminó los periodos de carencia en el sistema general de seguridad social en salud, lo cual es equivalente a que no hay periodos mínimos de cotización.

Teniendo en cuenta lo anteriormente manifestado, considera inapropiado establecer dentro de la carta de derechos y deberes, regulaciones normativas que fueron derogadas, no obstante manifiesta que en la carta de derechos y deberes publicada por la EPS I MALLAMAS se corrobora lo anteriormente señalado, cuando en su página 32, se puede apreciar que en caso de determinar el traslado a otra EPS, "La nueva entidad promotora de salud garantizará el acceso a los servicios de salud a partir de la fecha de afiliación".

**Carta de desempeño**

**Indicadores de calidad de las entidades de prestadoras de servicios de salud, mostrando la comparación con la media Nacional.**

Manifiesta que en el documento publicado para la vigencia 2014, la EPS Mallamas en la página 50 estableció los indicadores de calidad correspondiente a los datos anuales del año 2013 y se pueden apreciar los datos comparados con la media nacional que corresponden a análisis comparado con aquellos registrados por el observatorio de la calidad.

**Comportamiento como pagador de servicios. Resultados de los indicadores financieros que reflejen la oportunidad y eficacia.**

Señala que, en la carta de desempeño en medio físico (impresa) y virtual en el sitio web, en la última parte del mencionado documento se encuentra un título en negrilla y mayúsculas que textualmente dice

"INDICADORES FINANCIEROS", debajo del cual se muestra un link que conduce a la información de los diferentes indicadores de la gestión financiera de la EPS como son: los indicadores de permanencia definidos normativamente para las EPS Indígenas, el margen de solvencia y el patrimonio mínimo y el acceso a los servicios de salud sin restricción alguna cuando al efecto se produzca un traslado entre entidades promotoras de salud.

### **Identificación de las dependencias, procedimientos y términos para el acceso a los servicios no incluidos en el Plan de Beneficios:**

Indica la entidad demandante que en la página 26 de la carta de derechos y deberes de la Entidad Promotora de Salud MALLAMAS EPS, se encuentra expreso lo siguiente: "Los Servicios que NO estén incluidos en la Plan de beneficios, pero que a juicio del médico tratante son necesarios; Usted deberá dirigirse a las dependencias de Atención al Usuario o Trabajo Social para que los funcionarios hagan el trámite legal correspondiente, mediante el Comité Técnico Científico de la EPS INDÍGENA MALLAMAS".

Igualmente manifiesta que dentro de la carta, en las páginas 11 a 14, se encuentran claramente relacionadas las oficinas de atención al usuario de MALLAMAS EPS-I de cada municipio, con sus responsables y datos de contacto. Además manifiesta que al momento de radicar los documentos de manera presencial, al afiliado se le explica claramente el tiempo que debe esperar para el trámite de la solicitud, ya que para el caso de sus usuarios, principalmente, la comunicación verbal tiene mayor efectividad que la información escrita.

### **Cuando le sea negado un servicio por no estar incluido en el Plan de beneficios, la posibilidad de acudir al Comité Técnico científico o al organismo que haga sus veces**

Considera que dicho requisito también fue cumplido por la Entidad Promotora de Salud MALLAMAS EPS -I, pues dentro de la carta de derechos y deberes, en la página 26, se encuentra descrito "Los Servicios que NO estén incluidos en la Plan de beneficios, pero que a juicio del médico tratante son necesarios; Usted deberá dirigirse a las dependencias de Atención al Usuario o Trabajo Social para que los funcionarios hagan el trámite".

No obstante, aclara que la información es bastante extensa y variable según la fecha de corte de su reporte, por lo que se requiere cierto grado de formación académica para su interpretación, razón por la

cual en su concepto resulta mucho más fácil remitir al usuario al sitio web donde puede consultar los indicadores actualizados y consolidados.

### **Sanciones**

Señala que el organismo de control consideró que no se cumplió con este ítem, no obstante, las sanciones impuestas de carácter administrativa solo pueden ser contempladas como indicador del desempeño cuando en efecto se encuentren debidamente ejecutoriadas y no se contemple una alternativa judicial que posibilite su modificación, por lo que, si se tiene en cuenta que para el año 2013 la EPS I Mallamas no registró sanción administrativa alguna, dicho resultado se encuentra contemplado en la página 52 de la carta de derechos y deberes de los afiliados y carta de desempeño en donde se puede leer: "Conforme el registro de la Supersalud, la EPS INDIGENA MALLAMAS a la fecha no registra sanción administrativa ejecutorial".

#### **ix) Cumplimiento del objeto de la resolución 4343 de 2012**

Advirtió que conforme lo expuesto por la Corte Constitucional en auto 264 de 2012, los lineamientos mínimos para la carta de derechos y deberes y carta de desempeño, debe estar redactada en forma sencilla y accesible y de fácil comprensión para cualquier persona, razón por la cual, considera que no se entendería que deba incluir en la misma información extensa proveniente de los organismos de control y del mismo observatorio de la calidad lo cual haría tedioso y difícil su análisis por parte del afiliado y en lugar de lograr un mejor juicio por parte de quien se encuentra afiliado, se lograría un efecto contrario y en donde precisamente existiría mayor condición para establecer un análisis de resultado.

#### **4. Contestación de la demanda**

La **Superintendencia Nacional de Salud**, a través de su apoderado judicial se opuso a la prosperidad de las pretensiones por las razones que se resumen a continuación:

En cuanto a la inadecuada valoración de los descargos, señaló que de conformidad con lo dispuesto por la Circular Externa 016 de 2013 expedida por el Ministerio de Salud y Protección Social y la Superintendencia Nacional de Salud, se instruye a las EPS sobre los mecanismos a través de los cuales deben disponer la información al

ciudadano relacionada con la Carta de Derechos y Deberes del Afiliado y del Paciente en el Sistema de General de Seguridad Social en Salud como con la Carta de Desempeño, en consecuencia el informe presentado por el Ministerio que fundamentó la apertura de investigación y la posterior sanción se considera como una prueba idónea y meritoria del incumplimiento del vigilado.

Así mismo, indicó que si bien el párrafo transitorio del artículo 32 de la Ley 1438 de 2011 se dispuso que desde el 1 de enero de 2012 no habría periodo de carencia en el Sistema de Seguridad Social, la EPS no puso de presente en la Carta de Derechos evaluada en octubre de 2014, la no existencia de los periodos de carencia.

En relación con la alegada inexistencia de vulneración al sistema general de seguridad social, refirió que la EPS-I desconoció claramente las obligaciones señaladas en la Resolución 4343 de 2012 y las órdenes impartidas por la Corte Constitucional en Sentencia T-760, las cuales fueron señaladas con claridad en los actos administrativos demandados.

Respecto a la responsabilidad objetiva que dijo haberse aplicado la entidad demandante, la Superintendencia Nacional de Salud sostuvo que se equivoca la parte actora al considerar que la sanción se fundamentó sobre una valoración objetiva de la responsabilidad, pues en el sub lite no se sopesó la conducta de la vigilada bajo el aludido criterio, sino que se fundamentó en la falta de diligencia, al no contener lo mínimo la Carta de Derechos y Deberes de Afiliado y del Paciente y la Carta de Desempeño en el marco de la normativa aplicable.

Agregó además que la jurisprudencia del Consejo de Estado ha sido unánime al establecer, que en materia de derecho administrativo sancionatorio producto de las funciones de inspección, vigilancia y control a cargo de las Superintendencias, la responsabilidad no se analiza desde una óptica subjetiva, sino desde un panorama simplemente objetivo, que se traduce en la simple verificación de la infracción administrativa, para que automáticamente se genere la imposición de la correspondiente sanción.

Por otro lado, refiere que de la lectura de los actos administrativos demandados, la Superintendencia Nacional de Salud sí realizó juicio de proporcionalidad de la sanción, partiendo de la base que la infracción corresponde a la ausencia del cumplimiento de la totalidad de los requisitos de la Carta de Derechos y Deberes del Afiliado y del

Paciente, lo cual entorpece el mandato de la Sentencia T-760 de 2008 frente a la vigilancia que debe realizarse sobre la materialización del derecho a la información de los usuarios a través de los instrumentos dispuestos en la Resolución 4343 de 2012.

Así mismo, resaltó que si se verifica el contenido de las Resoluciones PARL 001321 de 2016, PARL 005766 de 2016 y PARL 00343 de 2017 se encuentra que la Superintendencia Nacional de Salud, tanto al resolver la investigación como al decidir los recursos efectuó análisis preciso de cada uno de los argumentos del vigilado, así como de los soportes de los mismos.

Indica la demandada que la normativa sobre información que debida contener la Carta de Derechos y Deberes y la Carta de Desempeño para el mes de octubre de 2014, no tiene nada que ver con la legislación relativa a los pueblos indígenas, abordada el artículo 26 de la Ley 691 de 2001 referido por la actora, y el cual solo impone la obligación de realizar programas de capacitación para los funcionarios de los entes de vigilancia y control, extensivos a autoridades indígenas y a servidores públicos que atiendan directa o indirectamente asuntos relacionados y no a todos los actores del sistema, como equivocadamente lo interpreta la demandante.

En consideración a lo anterior, la Superintendencia Nacional de Salud propuso como excepciones las siguientes:

1. Legalidad de los actos administrativos objeto de medio de control – ausencia de falsa motivación. *"El artículo 137 del CPACA, señala igualmente de manera puntual, cuáles son los vicios de los actos administrativos, en los que no se encuentran enmarcados las resoluciones expedidas por la Superintendencia Nacional de Salud, y que la parte actora jamás ha desvirtuado. De la misma manera, se observa como la demandante, durante toda la actuación administrativa, la cual se ajustó al procedimiento previamente establecido, tuvo oportunidad de ejercer su derecho de defensa presentando argumentos en contra de los cargos e interponiendo los recursos otorgados por el Código Contencioso Administrativo, y de la misma manera, aportar y controvertir las pruebas aportadas, razón por la cual, no se vulneró el derecho al debido proceso."*
2. Cumplimiento del ordenamiento legal y de las funciones asignadas a la Superintendencia Nacional de Salud. *"De conformidad con el numeral 1º del artículo 155 de la Ley 100 de 1993, el artículo 36 de la Ley 122 de 2007, los artículos 121, 130 de la Ley 1438 de 2011, el numeral 2º del artículo 6º, el numeral 1º del artículo 29 del"*

Decreto 2462 de 2013, orden vigésima octava de la Sentencia T-760 de 2008 y el Auto 264 de 2012, la Circular 016 de 2013, Resolución 4343 de 2012 y demás normas concordantes, la Superintendencia Nacional de Salud ordenó la iniciación de procedimiento administrativo sancionatorio en contra de la EPS MALLAMAS EPS I., por cuanto la vigilada presuntamente incumplió el numeral 130.7 del artículo 130 de la Ley 1438 de 2011 y los artículos 4º y 5º de la Resolución 4343 de 2012, al no contener la Carta de Derechos".

3. Inexistencia de causal de nulidad y en consecuencia ausencia de título jurídico que fundamente el restablecimiento del derecho. "Como se ha manifestado en la contestación de la demanda, no existe ninguna causal de nulidad que afecte la presunción de legalidad de los actos, por cuanto a que los hechos que sirvieron de fundamento para la expedición de las resoluciones existieron y fueron debidamente demostrados en la investigación administrativa y el respectivo proceso."
4. Temeridad de la acción. "Existen razones temerarias en la presentación del medio de control, en razón a que no hay ninguna evidencia de causales que conlleven a la nulidad de los actos."

## **5. Actuación procesal**

Por reparto del 14 de septiembre de 2017, le correspondió a éste Despacho el conocimiento del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho (fl.80) y por auto del 26 del mismo mes y año, se inadmitió la demanda (Fls.82 y 83).

Por auto del 24 de octubre de 2017 se rechazó la demanda (fls.87 y 88) y en providencia del 21 de noviembre del mismo año se dejó sin efecto el auto anterior y se admitió la demanda (fls.95 a 99).

Mediante providencia del 18 de enero de 2019, se tuvo por contestada la demanda por parte de la Superintendencia Nacional de Salud y se fijó fecha y hora para llevar a cabo audiencia inicial (Fl.122).

De las excepciones propuestas se corrió el traslado respectivo (fl.120) frente a lo cual la demandante no efectuó pronunciamiento (fl.121). La audiencia inicial se llevó a cabo el 15 de febrero de 2019, en ella se fijó el litigio, se decretaron pruebas y se corrió traslado a las partes para presentar alegatos por escrito (Fls.125 a 132).

Dentro de la oportunidad procesal correspondiente las partes presentaron alegatos de conclusión (Fls.133 a 134 y 135 a 139).

## **6. Alegatos de conclusión**

### **Parte demandante**

La apoderada de la parte actora dice pronunciarse sobre las excepciones propuestas por la entidad demanda, frente a lo cual ha de señalarse que no es ésta la oportunidad procesal para ello, por cuanto de conformidad con lo dispuesto en el parágrafo 2 del artículo 175 del CPACA, de las excepciones propuestas se corrió traslado por el término de tres (3) días (fl.120), sin que la entidad demandante hubiera efectuado pronunciamiento alguno.

No obstante, de la lectura del escrito de alegatos se observa que en realidad la parte actora no se está refiriendo a ninguna de las excepciones de mérito propuestas por su contraparte, sino que, se pronuncia sobre los argumentos que pretenden refutar los cargos de la demanda.

Así, la apoderada de la EPS-I MALLAMAS reiteró lo expuesto en la demanda, indicando que allegó todo el material probatorio referente a las cartas de deberes y desempeño que refutan lo expuesto por la entidad demanda, y que como la Superintendencia Nacional de Salud se limitó a ratificar sin ningún esfuerzo argumentativo lo indicado en los actos administrativos acusados, lo procedente es dictar fallo en contra de quien no cumplió su deber de probar su dicho.

Refirió que pese a la reducción de la sanción a 50 SMLMV no existió un juicio de proporcionalidad que analizara los criterios establecidos en la ley. La Superintendencia no realizó una adecuada valoración de los descargos y pruebas, como tampoco tuvo en cuenta la progresividad del servicio público y los mecanismos de mejora inmediata que ha venido implementando la EPS-I.

### **Superintendencia Nacional de Salud**

Reiteró lo expuesto en la contestación de la demanda, para destacar que las resoluciones demandadas no se encuentran viciadas de ninguna de las causales de nulidad que establece el artículo 137 del CPACA pues fueron proferidos por funcionario competente, fueron debidamente motivados conforme a la norma trasgredida y las pruebas aportadas, con respeto al debido proceso y sin desviación de poder.

## **II CONSIDERACIONES**

### **1. Competencia**

De conformidad con lo dispuesto en los artículos 104, 106, 124, 140 y numeral 6 del artículo 155 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, este Despacho es competente en primera instancia para conocer el asunto de referencia por tratarse de una demanda promovida en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho con cuantía inferior a 300 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

### **2. Fijación del litigio.**

El litigio se fijó en establecer si por los cargos expuestos en la demanda es procedente declarar la nulidad de las Resoluciones PARL 1321 de 30 de marzo de 2016, PARL 5766 del 11 de noviembre de 2016 y 343 del 24 de febrero de 2017, a través de las cuales se decidió una investigación administrativa, se impuso una multa a la EPS demandante y se resolvieron de manera adversa los recursos de reposición y apelación, o si por el contrario, como lo afirma la parte demandada, los actos administrativos se encuentran ajustados a derecho y por lo tanto se deben negar las pretensiones de la demandada.

### **3. Problema jurídico**

Conforme se estableció en la fijación del litigio efectuada dentro de la audiencia inicial celebrada en este asunto, el problema jurídico se contrae a determinar si ¿los actos administrativos acusados adolecen o no de nulidad por haberse proferido con infracción a las normas en que debía fundarse (ausencia de capacitación prescrita en la norma), con falsa motivación y/o con violación al debido proceso (inadecuada valoración de los descargos, - inexistencia de vulneración al Sistema General de Seguridad Social, la responsabilidad objetiva está proscrita en los procedimientos sancionatorios, falta de valoración probatoria e inexistencia de consideraciones frente a cada uno de los descargos presentados, innecesaridad de la sanción, sobre la carta de derechos y deberes, y cumplimiento del objeto de la Resolución 4343 de 2012), y/o por el carácter desproporcionado de la sanción?

En primer lugar, el Juzgado advierte relevante, analizar las pruebas aportadas al proceso, con el objeto de establecer si se presentan los cargos de nulidad invocados. Al respecto se encuentra probado en el expediente, lo siguiente:

- Mediante oficio 1-2014-112252 del 07 de noviembre de 2014, el Ministerio de Salud, remitió a la Superintendencia Nacional de Salud el Sexto Informe Trimestral de la entrega y cumplimiento de la Carta de Derechos y Deberes del Afiliado y del Paciente en el Sistema General de Seguridad Social en Salud y de la Carta de Desempeño por EPS; informe dentro del cual se reportan las EPS tanto del Régimen Subsidiado como del Contributivo respecto de las cuales se encontraron inconsistencias en la información contenida en las referidas cartas para el mes de octubre de 2014, conforme a los artículos 4 y 5 de la Resolución 4343 de 2013.

Entre las EPS del Régimen Subsidiado que presentaban incumplimiento se encuentra MALLAMAS EPS-I, respecto de la cual se dispuso:

**"Tabla 4. Cumplimiento de los contenidos de la carta de derechos y deberes y desempeño – Régimen Subsidiado"**

COD.	EPS	CARTA DE DERECHOS Y DEBERES		CARTA DE DESEMPEÑO	
		Cumple	No cumple	Cumple	No Cumple
(...)					
EPS105	MALLAMAS		X		X

" (Fls.2 a 8 C antecedentes administrativos).

- Mediante formato Traslado para Investigaciones Administrativas, de fecha 19 de noviembre de 2014, el Superintendente Delegado para la protección al usuario remitió el informe referido anteriormente, a la Delegada de Procesos Administrativos con el fin de verificar el cumplimiento a las normas del Sistema General de Seguridad Social en Salud, y de ser el caso iniciará las investigaciones administrativas respectivas (Fl.1 C antecedentes administrativos).
- La Superintendencia Nacional de Salud – Superintendencia Delegada de Procesos Administrativos, mediante Resolución 002822 del 22 de mayo de 2015, dio apertura al proceso administrativo sancionatorio en contra de MALLAMAS EPSI, para lo cual se fundamentó en lo dispuesto en el numeral octavo de la sentencia T-760 de 2008 proferida por la Corte Constitucional, el artículo 130 de la Ley 1438 de 2011, la Circular Externa 016 de 2013 y la Resolución 4343 de 2012, formulando el siguiente cargo:

**"CARGO ÚNICO:** Presuntamente incumplió el numeral 130.7 del artículo

130 de la Ley 1438 de 2011 y los artículos 4 y 5 de la Resolución 4343 de 2012, por cuanto la Carta de Derechos y Deberes del Afiliado y del Paciente y la Carta de Desempeño al mes de octubre de 2014 no cuenta con el contenido mínimo requerido conforme se discrimina en el cuadro adjunto al presente acto administrativo, de acuerdo con lo señalado en la presente Resolución."

En el cuadro anexo al acto administrativo se observan los aspectos respecto de los cuales se imputa el cargo referido, así:

LISTA DE CHEQUEO CARTA DE DERECHOS Y DEBERES				
Ítem	Cumple	No cumple	No aplica	Observaciones
<b>Información general</b>				
(...)				
Especificación que no hay periodos de carencia, ni restricciones en los servicios por traslado de entidad promotora de salud		X		No se contempla.
(...)				
Identificación de las dependencias, procedimientos y términos para el acceso a los servicios no incluidos en el plan de beneficios		X		No se contempla.
(...)				
<b>Capítulo de instituciones y recursos para el cumplimiento de los derechos</b>				
(...)				
Cuando le sea negado un servicio por no estar incluido en el plan de beneficios, la posibilidad de acudir al comité técnico científico o al organismo que haga sus veces		X		No se contempla.

LISTA DE CHEQUEO CARTA DE DESEMPEÑO				
Ítem	Cumple	No cumple	No aplica	Observaciones
(...)				
Indicadores de calidad de las entidades prestadoras de servicios de salud, mostrando la comparación con la medida nacional		X		No se contemplan expresamente, se cita un link para verificarlos.
(...)				
Comportamiento como pagador de servicios. Resultados de los indicadores financieros que reflejen la		X		No se contemplan expresamente, se cita un link para verificarlos

oportunidad y eficiencia				
Sanciones		X		No se contemplan expresamente, se cita un link para verificarlos

El acto administrativo fue notificado personalmente el 12 de junio de 2015" (Fls.20 a 24 C principal y 9 a 17 C antecedentes administrativos).

- A través de oficio radicado 20151140104821 del 22 de junio de 2015, MALLAMAS EPSI se pronunció respecto a los cargos formulados en la Resolución antes citada, exponiendo las razones por las cuales, en su concepto, la Carta de Derechos y Deberes, y Carta de Desempeño cumplía con cada uno de los requerimientos. En relación con la especificación de periodos de carencia y restricción en los servicios por traslado de EPS, señaló que para el periodo de evaluación MALLAMAS se encontraba habilitada como administradora de planes de beneficios para el régimen subsidiado en salud y por tanto establecer la necesidad de referenciar los periodos de carencia no tendría lugar, y que en todo caso, la Ley 1438 de 2011 eliminó dichos periodos en el Sistema General de Seguridad Social en Salud (fls.25 a 28 C principal y 19 a 28 C antecedentes administrativos).
- Mediante Resolución 004072 del 20 de agosto de 2015, la Superintendencia Nacional de Salud – Superintendencia Delegada de Procesos Administrativos, resolvió sobre la práctica de pruebas incorporando las documentales aportadas por la investigada y negando las testimoniales, así mismo, corrió traslado para alegar de conclusión. El acto administrativo se notificó por estado el 24 de agosto de 2015 (Fls.29 a 32 C antecedentes administrativos).
- Con oficio 1-2015-103642 del 31 de agosto de 2015 MALLAMAS EPS-I presentó sus alegatos de conclusión sustentados en la ausencia de culpabilidad (fls.36 y 37).
- A través de la Resolución 001321 del 30 de marzo de 2016, Superintendencia Delegada de Procesos Administrativos de la Superintendencia Nacional de Salud, resolvió la investigación administrativa en contra de MALLAMAS EPSI e impuso sanción equivalente a 100 SMLMV, al considerar que los argumentos expuestos en los descargos no tenían la entidad de desvirtuar los cargos formulados; por el contrario, estableció que si bien a partir

de enero de 2012 no existía periodo de carencia en el Sistema de Seguridad Social en Salud, en todo caso la entidad investigada debía incluirlo en la Carta de Derechos y Deberes del afiliado y del paciente. Los demás aspectos que constituyeron el cargo imputado también fueron desestimados por cuanto el ente de control consideró que el documento allegado como prueba – Carta de Derechos y Deberes y Carta de Desempeño – correspondía al periodo junio y agosto de 2014, mientras que el periodo auditado fue octubre de 2014.

Para sustentar el monto de la sanción, hizo alusión a la trascendencia social de la falta y el perjuicio causado en tanto que la omisión de la EPSE MALLAMAS, impidió a sus afiliados y pacientes, durante el periodo investigado, acceder a una información actualizada sobre i) Identificación de las dependencias, procedimientos y términos para el acceso a los servicios no incluidos en el plan de beneficios, ii) Especificación que no hay periodos de carencia, iii) Indicadores de calidad de las entidades prestadoras de servicios de salud, mostrando la comparación con la medida nacional, iv) Comportamiento como pagador de servicios, resultados de los indicadores financieros que reflejen la oportunidad y eficiencia, y v) Sanciones

El acto administrativo fue notificado por aviso el 18 de abril de 2016 (Fls.29 a 37 C principal y 39 a 47 C antecedentes administrativos).

- Con oficio radicado 1-2016-058133 del 2 de mayo de 2016, MALLAMAS EPSE interpuso recurso de reposición y en subsidio apelación contra el acto administrativo sancionatorio, los cuales sustentó en los mismos cargos de nulidad que en ésta instancia alega (Fls.38 a 55 C principal y 49 a 56 C antecedentes administrativos).
- La Superintendencia Nacional de Salud – Superintendencia Delegada de Procesos Administrativos, mediante Resolución 005766 del 11 de noviembre de 2016, resolvió adversamente el recurso de reposición interpuesto por MALLAMAS EPSE contra la Resolución 001321 de 2016 y concedió el de apelación. En dicho acto administrativo la entidad demandada reiteró los argumentos expuestos en el acto sancionatorio, excepto respecto de los ítems “*identificación de las dependencias, procedimientos y términos para el acceso a los servicios no incluidos en el Plan de Beneficios*” y “*sanciones*”, los cuales fueron revocados

pues encontró que la Carta de Derechos y Deberes, y Carta de Desempeño de MALLAMAS EPSI cumplía con la identificación de las dependencias y datos de contacto, y que no se habían encontrado sanciones ejecutoriadas que debieran ser informadas. Por lo anterior, disminuyó la sanción a 70 SMLMV.

La Resolución fue comunicada el 25 de noviembre de 2016 (Fls.56 a 63 C principal, 57 a 61 y 105 a 108 C antecedentes administrativos).

- Mediante Resolución 002479 del 19 de agosto de 2016, la Superintendencia Nacional de Salud resolvió el recurso de apelación interpuesto por la empresa demandante, contra el acto administrativo sancionatorio, disminuyendo en monto de la multa impuesta a 50 SMLMV. En dicho acto administrativo la Superintendencia se pronunció de manera específica frente a cada uno de los argumentos expuestos en el recurso de apelación.

Así mismo, i) Insistió en que la EPS debió poner de presente en la Carta de derechos y Deberes, la no existencia de periodo de carencia, ii) Confirmó lo concerniente al cumplimiento de identificación de dependencias y procedimiento a seguir en caso de negativa de un servicio, iii) Reiteró que no se encontró prueba que demostrara información relacionada con la posibilidad de acudir al Comité Técnico Científico, iv) Revocó lo concerniente a los indicadores de calidad de las entidades prestadoras de servicio de salud, mostrando la comparación con la medida nacional, v) reiteró que no se cumplía con informar sobre el comportamiento como pagador de servicios, resultados de los indicadores financieros que reflejen la oportunidad y eficiencia, pues la indicación de un link atenta contra el sentido de la norma y vi) confirmó la inexistencia de incumplimiento sobre la publicación de las sanciones.

Respecto a la dosificación de la sanción refirió el grado de culpabilidad con que se entendieron los deberes y se aplicaron las normas legales pertinentes, así como la trascendencia social de la falta.

La anterior resolución fue notificada por aviso el 8 de marzo de 2017 (Fls.64 a 77 C principal, 67 a 77 y 109 a 115 C antecedentes administrativos).

- Según certificación de firmeza proferida el 15 de junio de 2017, por la Coordinadora del Grupo de Notificaciones de la Superintendencia Nacional de Salud, la Resolución 001321 del 30 de marzo de 2016, cobró fuerza ejecutoria el 9 de marzo de 2017 (Fl.81 C antecedentes administrativos).

Para abordar el tema que acá se discute, el Juzgado realizará un breve análisis normativo y jurisprudencial sobre el derecho a la información en salud, su alcance, finalidad y consecuencias de su vulneración.

En primer lugar, tenemos que mediante sentencia T-760 de 2008<sup>1</sup>, la Corte Constitucional destacó la importancia del derecho a la información en salud como medida para garantizar la protección de éste último derecho fundamental – La salud –; allí se reforzó la obligación que tienen las entidades del Sistema de Salud, de brindar a las personas la información que sea necesaria para poder acceder a los servicios de salud que requieran, con libertad y autonomía, permitiendo que estas elijan la opción que en su entender, les garantice en mayor medida su derecho.

Así, señaló la Corte que entre las distintas facetas del derecho a la información que debe ser protegido para garantizar el goce efectivo del derecho a la salud, se encuentra el de recibir información sobre los derechos y los deberes que, dentro del Sistema de Seguridad Social en Salud, corresponden a cada uno de los actores: usuarios, estado, aseguradores y prestadores, el cual no sólo debe ser garantizado a las personas cuando hacen parte del sistema de salud, sino desde antes de que ingresen a él; de manera que la información sirva a las personas para que puedan elegir de manera informada la EPS y la IPS que desean que les preste los servicios de salud, en función de sus necesidades, además de que una vez dentro del Sistema, el ejercicio de los derechos sea pleno.

Como información mínima que se debe brindar a las personas, en la sentencia ya referida, la Corte Constitucional estableció:

*“Como mínimo ante la decisión de ingresar a una EPS o de elegir una IPS, una persona debería conocer, además de sus derechos y deberes, (i) cuáles son las opciones de afiliación con las que cuenta, y (ii) el desempeño de cada una de estas instituciones, en función del respeto al goce efectivo del derecho a la salud.*

---

<sup>1</sup> Sala Segunda de Revisión, Referencia: expedientes T-1281247, T-1289660, T-1308199, T-1310408, T-1315769, T-1320406, T-1328235, T-1335279, T-1337845, T-1338650, T-1350500, T-1645295, T-1646086, T-1855547, T-1858995, T-1858999, T-1859088, T-1862038, T-1862046, T-1866944, T-1867317, y T-1867326, Magistrado Ponente: Dr. MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA, providencia del 31 de julio de 2008.

Tener información confiable acerca del comportamiento de EPS e IPS, acerca del cumplimiento de sus obligaciones y de la protección de los derechos de los usuarios contribuye a la adopción de decisiones informadas para escoger entidades."  
(Subraya el Juzgado).

En concordancia con lo anterior, expuso el máximo Tribunal Constitucional que en relación con los índices de satisfacción de usuarios, uno de los indicadores más bajos en la prestación de los servicios de salud es el de información a los usuarios sobre derechos y deberes; razón por la cual, en el numeral vigésimo octavo de la parte resolutive del fallo, ordenó al Ministerio de la Protección Social, adoptar las medidas necesarias para asegurar que al momento de afiliarse a una EPS, contributiva o subsidiada, le entreguen a toda persona, en términos sencillos y accesibles: (i) Una carta con los derechos del paciente que contenga cuando menos, los derechos contemplados en la Declaración de Lisboa de la Asociación Médica Mundial (adoptada por la 34ª Asamblea en 1981)<sup>2</sup> y los contemplados en la misma providencia, la cual debe estar acompañada de las indicaciones acerca de cuáles son las instituciones que prestan ayuda para exigir el cumplimiento de los derechos y cuáles son los recursos mediante los cuales se puede solicitar y acceder a dicha ayuda, sin tener que acudir a la acción de tutela, y (ii) Una carta de desempeño que contenga información básica acerca del desempeño y calidad de las diferentes EPS a las que se puede afiliarse en el respectivo régimen, así como también acerca de las IPS indicando con cuáles trabajan, además de contemplar la información necesaria para poder ejercer adecuadamente su libertad de escogencia.

Para dar cumplimiento a lo ordenado en la sentencia T-760 de 2008, el Ministerio de Salud y Protección Social, profirió las resoluciones 1817 y 2818 de 2009, por medio de las cuales se definieron los lineamientos de la Carta de Derechos de los Afiliados y de los Pacientes en el Sistema General de Seguridad Social en Salud y de la Carta de Desempeño de las entidades promotoras de salud de los regímenes contributivo y subsidiado; no obstante, la Sala Especial de Seguimiento de la Corte Constitucional, en providencia del 16 de noviembre de 2012<sup>3</sup>, encontró que con la puesta en marcha de los parámetros señalados en las normas mencionadas, no se estaba dando cumplimiento total por parte de las entidades destinatarias, en tanto no se regulaba el trámite o el procedimiento mediante el cual el Ministerio podía garantizar que

<sup>2</sup> Resolución 13437 de 1991, Ministerio de la Salud (hoy de la Protección Social).

<sup>3</sup> Referencia: Seguimiento al cumplimiento de la orden vigésimo octava de la sentencia T-760 de 2008, Magistrado Sustanciador: JORGE IVÁN PALACIO PALACIO.

los documentos entregados a los usuarios por parte de las EPS fueran completos, pertinentes, confiables y, sobre todo, comprensibles.

Así mismo, en el Auto referido la Sala de Seguimiento de la Corte, expuso las falencias que había encontrado en relación con las cartas de derechos, deberes y desempeño que las EPS estaban entregando a sus usuarios, pues la mayoría de ellas no cumplían con los parámetros mínimos exigidos en la sentencia T-760 de 2008; falencias tales como: No existía uniformidad en la información contenida y reportada por las distintas EPS, la mayoría de las cartas no estaban escritas en términos sencillos y accesibles a todos los usuarios del sistema, no había constancia de que la carta de derechos del paciente y del afiliado estuviera siendo entregada antes de la afiliación a una entidad promotora de salud y no había constancia de que la información suministrada estuviera siendo actualizada periódicamente, entre otras.

Por lo anterior, la Corte Constitucional en ese momento ordenó al Ministerio de Salud y Protección Social y a la Superintendencia Nacional de Salud, que adoptaran las medidas necesarias tendientes a verificar la entrega material por parte de las EPS de ambos regímenes, de la carta de derechos y de desempeño a los usuarios del sistema e imponer las sanciones a que haya lugar en caso de incumplimiento por parte de las EPS e IPS de todo el país; por lo que requirió al Ministerio de Salud y Protección Social para que incorporara en la normatividad adoptada las sanciones que serían impuestas a las entidades en caso de que no cumplieran con el contenido y entrega de las cartas de derechos de los afiliados y del paciente y de desempeño. Además, exhortó a la Superintendencia Nacional de Salud para que con base en sus competencias legales, ejerciera control y vigilancia permanente sobre el cumplimiento de lo ordenado.

Como consecuencia de lo anterior, el Ministerio de Salud y Protección Social profirió la Resolución 4343 de 2012, Por medio de la cual se unifica la regulación respecto de los lineamientos de la Carta de Derechos y Deberes del Afiliado y del Paciente en el Sistema General de Seguridad Social en Salud y de la Carta de Desempeño de las entidades promotoras de salud de los regímenes contributivo y subsidiado y se dictan otras disposiciones, y en su artículo 3 dispuso:

*"Artículo 3. Características y parámetros básicos de la Carta de Derechos y Deberes del Afiliado y del Paciente y de Desempeño. Las cartas de derechos y deberes del afiliado y del paciente y de desempeño deberán estar redactadas teniendo en cuenta el entendimiento común y deberán ser revisadas periódicamente en respuesta a circunstancias cambiantes y con información*

actualizada. Las mismas deberán estar escritas en un lenguaje sencillo y accesible, en un tamaño visible y legible, con suficiente claridad y organizadas con información regional o nacional, de acuerdo con la cobertura geográfica de la entidad promotora de salud. Se deberán entregar en forma impresa o en formato electrónico, cuando el afiliado haya dado consentimiento expreso, y deberán ser publicadas en la página web de las entidades promotoras de salud, en lugar visible y de fácil acceso.

(...) (Subraya el Despacho).

Así mismo, el artículo 4 de la norma referida estableció el Contenido mínimo de la Carta de Derechos y Deberes del Afiliado y del Paciente, del cual se destaca lo siguiente:

**“Artículo 4. Contenido mínimo de la Carta de Derechos y Deberes del Afiliado y del Paciente.** La carta de derechos y deberes del afiliado y del paciente deberá contener, como mínimo, la siguiente información:

(...)

#### **4.1 Capítulo de Información general**

La Carta de Derechos y Deberes del Afiliado y del Paciente contendrá la siguiente información general:

(...)

- Especificación que no hay periodos de carencia, ni restricciones en los servicios por traslado de entidad promotora de salud.

(...)

- Identificación de dependencias, procedimientos y términos para el acceso a la los servicios no incluidos en el plan de beneficios. (...)

#### **4.4 Capítulo de Instituciones y recursos para el cumplimiento de los derechos**

(...)

- Cuando le sea negado un servicio por no estar incluido en el plan de beneficios, la posibilidad de acudir al Comité Técnico Científico o al organismo que haga sus veces.

(...)”.

Por su parte el artículo 5 ídem determinó la información básica que debe contener la Carta de Desempeño de las entidades promotoras

de salud del Régimen Subsidiado y Contributivo, de la siguiente manera:

- **"Artículo 5. Contenido de la Carta de Desempeño.** Las entidades promotoras de salud de los regímenes contributivo y subsidiado deberán entregar a sus afiliados la Carta de Desempeño de la entidad, la cual contendrá, la siguiente información básica:

- 5.1 Indicadores de calidad de la entidad promotora de salud. Resultados de los indicadores de calidad de la entidad promotora de salud reportados a la Superintendencia Nacional de Salud, mostrando la comparación con la media nacional.

(...)

- 5.5 Comportamiento como pagador de servicios. Resultados de los indicadores financieros que reflejen la oportunidad y eficacia de la entidad promotora de salud frente a sus obligaciones como responsable del pago de los servicios de salud.

- 5.6 Sanciones. Sanciones debidamente ejecutoriadas que le hayan sido impuestas en el último año por parte de la Superintendencia Nacional de Salud."

Con base en el anterior marco normativo y jurisprudencial, para el Juzgado es claro que el derecho a la información en salud constituye un elemento indispensable para garantizar el acceso y la prestación adecuada del servicio de salud, razón por la cual, resulta relevante que los usuarios y las personas en general, conozcan sus derechos y deberes, así como el desempeño y calidad de las diferentes EPS a las que se puede afiliarse en el respectivo régimen. Así entonces, no existe duda sobre la obligación que le asiste a los prestadores de Salud de dar a conocer dicha información en un lenguaje sencillo y accesible, con suficiente claridad.

En el caso concreto, la parte demandante, MALLAMAS EPS-I, solicita se declare la nulidad las Resoluciones PARL 1321 de 30 de marzo de 2016, mediante la cual se le impuso sanción consistente en multa equivalente a 100 SMLMV, y las Resoluciones PARL 5766 del 11 de noviembre de 2016 que resolvió el Recurso de Reposición disminuyendo la sanción a 70 SMLMV y 343 del 24 de febrero de 2017, que resolvió el recurso de apelación rebajando el monto de la sanción a 50 SMLMV, todas expedidas por la Superintendencia Nacional de Salud. Como consecuencia de lo anterior, solicita se ordene la devolución del pago realizado en cumplimiento del acto administrativo sancionatorio.

Así las cosas, para resolver el problema jurídico expuesto, el Juzgado se pronunciara sobre los cargos de la demanda.

- **Falsa motivación y/o violación al debido proceso** (inadecuada valoración de los descargos, - inexistencia de vulneración al Sistema General de Seguridad Social, la responsabilidad objetiva está proscrita en los procedimientos sancionatorios, falta de valoración probatoria e inexistencia de consideraciones frente a cada uno de los descargos presentados, innecesaridad de la sanción, sobre la carta de derechos y deberes, y cumplimiento del objeto de la Resolución 4343 de 2012).

Conforme a lo probado en el proceso, encuentra el Despacho que en la Resolución 002822 del 22 de mayo de 2015, la superintendente delgada de procesos administrativos de la Superintendencia de Salud, formuló como único cargo el presunto incumplimiento al numeral 130.7 del artículo 130 de la Ley 1438 de 2011 y los artículos 4 y 5 de la Resolución 4343 de 2012, por cuanto la Carta de Derechos y Deberes del Afiliado y del Paciente y la Carta de Desempeño al mes de octubre de 2014 no contaba con el contenido mínimo requerido, en los siguientes aspectos:

1. Especificación que no hay periodos de carencia, ni restricciones en los servicios por traslado de entidad promotora de salud.
2. Identificación de las dependencias, procedimientos y términos para el acceso a los servicios no incluidos en el plan de beneficios.
3. Cuando le sea negado un servicio por no estar incluido en el plan de beneficios, la posibilidad de acudir al comité técnico científico o al organismo que haga sus veces.
4. Indicadores de calidad de las entidades prestadoras de servicios de salud, mostrando la comparación con la medida nacional.
5. Comportamiento como pagador de servicios. Resultados de los indicadores financieros que reflejen la oportunidad y eficiencia.
6. Sanciones debidamente ejecutoriadas que le hayan sido impuestas en el último año por parte de la Superintendencia Nacional de Salud.

Así, en la Resolución 001321 del 30 de marzo de 2016, se decidió sancionar a la entidad hoy demandante conforme a cada uno de los ítems previamente señalados.

No obstante, en la Resoluciones 005766 del 11 de noviembre de 2016 y 000343 del 24 de febrero de 2017, una vez analizados los descargos y el

recurso de reposición y en subsidio apelación, se dispuso el cumplimiento de los siguientes aspectos: i) Identificación de las dependencias, procedimientos y términos para el acceso a los servicios no incluidos en el plan de beneficios, ii) Indicadores de calidad de las entidades prestadoras de servicios de salud, mostrando la comparación con la medida nacional y iii) Sanciones debidamente ejecutoriadas que le hayan sido impuestas en el último año por parte de la Superintendencia Nacional de Salud.

En consecuencia, la sanción que finalmente se impuso a la entidad demandante por la suma equivalente a 50 SMLMV, se hizo por el incumplimiento a lo dispuesto en los artículos 4 y 5 de la Resolución 4343 de 2012, por cuanto la Carta de Derechos y Deberes del Afiliado y del Paciente y la Carta de Desempeño al mes de octubre de 2014 no contaba con el contenido mínimo requerido, en los aspectos de: i) Especificación que no hay periodos de carencia, ni restricciones en los servicios por traslado de entidad promotora de salud, ii) Cuando le sea negado un servicio por no estar incluido en el plan de beneficios, la posibilidad de acudir al comité técnico científico o al organismo que haga sus veces, y iii) Comportamiento como pagador de servicios. Resultados de los indicadores financieros que reflejen la oportunidad y eficiencia.

Así las cosas, el Juzgado se pronunciara únicamente respecto de dichos ítems, conforme a los argumentos expuestos en la demanda.

Sostiene la apoderada de MALLAMAS EPS-I que la Superintendencia Nacional de Salud no realizó o realizó una inadecuada valoración de los descargos, en tanto que no se pronunció respecto a cada uno de los argumentos expuestos frente a cada ítem de la Carta de Derechos y Deberes y Carta de Desempeño imputado como incumplido, los cuales asegura, si se encontraban contenidos en las referidas cartas conforme a la certificación del sitio web aportada al expediente administrativo, la cual no fue ni siquiera mencionada en la resolución 1321 de 2016.

Al respecto, resulta necesario precisar que de acuerdo con lo probado en el presente proceso, la superintendencia demandada sí se pronunció de manera concreta frente a cada uno de los argumentos y pruebas expuestos por MALLAMAS EPSI en los descargos, así, tanto en la Resolución sancionatoria como en aquellas que resolvieron los recursos, se analizaron las consideraciones de la entidad vigilada, tan es así que fue luego de estudiar los planteamientos de los descargos que se encontró el cumplimiento de 3 de los 6 ítems imputados, cosa

distinta es que dichos argumentos no hubieran tenido la entidad de desvirtuar el cargo formulado, respecto de los demás requisitos de las Carta de Derechos y Deberes del afiliado, y Carta de Desempeño.

Ahora bien, la prueba con la cual la entidad hoy demandante pretendía desvirtuar el cargo endilgado – certificación del administrador del sitio web -, según lo expuesto en los actos acusados y lo afirmado por la misma actora, se refería a la publicación de la Carta de Derechos y Deberes del afiliado y la Carta de Desempeño el día 16 de junio y 29 de agosto de 2014, por lo que, pese a que dicho documento fue incorporado al expediente administrativo (Resolución 004072 del 20 de agosto de 2015, Fls.29 a 32 C antecedentes administrativos), no resultó conducente, puesto que tal y como lo indicó la Superintendencia demandada, la fecha de las publicaciones eran distintas a aquella en la cual el Ministerio de Salud detectó las inconsistencias que originaron la actuación administrativa sancionatoria, esto es, octubre de 2014, y por ello, la información allí contenida no podría dar certeza del cumplimiento de los requisitos exigidos en los artículos 4 y 5 de la Resolución 4343 de 2012, durante el periodo preciso en que se realizó la consulta por parte de la autoridad competente.

Señala MALLAMAS EPS-I que existe falsa motivación de los actos demandados puesto que no le era exigible incluir en la Carta de Derechos y Deberes del afiliado la especificación que no hay periodos de carencia, ni restricciones en los servicios por traslado de entidad promotora de salud, en tanto que para el momento de la de la verificación de la página web por parte del Ministerio de Salud se encontraba habilitada como prestador del servicio en el Régimen subsidiado y no Contributivo y porque en todo caso, con la expedición de la Ley 1438 de 2011, a partir del 1 de enero de 2012, desapareció del ordenamiento jurídico el mencionado periodo de carencia, por lo que resultaría inútil incluir dicho aspecto en la mencionada carta.

Así mismo, sostuvo que en la Carta de Derecho y Deberes publicada en la página web se indicó que los servicios que no estén incluidos en el plan de beneficios, pero que a juicio del médico tratante son necesarios, los usuarios deberían dirigirse a las dependencias de Atención al Usuario o Trabajo Social para que los funcionarios hagan el trámite y que en la Carta de Desempeño, frente al comportamiento como pagador de servicios, resultados de los indicadores financieros que reflejen la oportunidad y eficiencia, se muestra un link que conduce a la información de los diferentes indicadores de la gestión financiera.

En cuanto al primer punto reseñado por la demandante, el Juzgado debe insistir en que, como lo expresó la Superintendencia de Salud en las resoluciones acusadas, la Resolución 4343 de 2012, estableció los lineamientos de la Carta de Derechos y Deberes del Afiliado y del Paciente en el Sistema General de Seguridad Social en Salud y de la Carta de Desempeño de las entidades promotoras de salud de los regímenes contributivo y subsidiado, por lo que la pertenencia de una EPS a uno u otro régimen resulta irrelevante, pues es claro que las obligaciones contenidas en la norma se aplica para ambos.

En igual sentido, para este Despacho el contenido mínimo contemplado en el numeral 4.1 de la referida norma -Especificación que no hay periodos de carencia, ni restricciones en los servicios por traslado de entidad promotora de salud, se deriva precisamente de la eliminación en el ordenamiento jurídico de dicha figura, pues de lo contrario no tendría sentido precisarle a los afiliados y pacientes en el régimen de Seguridad Social en Salud que las EPS no pueden aplicar periodos de carencia o restricción en los servicios de salud, por el traslado de una entidad a otra; por lo tanto, el argumento de la demandante en ese aspecto no es de recibo en esta instancia.

Tampoco resultan de recibo los argumentos que pretenden tener por desvirtuado el incumplimiento del contenido mínimo de la Carta de Derechos y Deberes del Afiliado de que trata la misma norma -Cuando le sea negado un servicio por no estar incluido en el plan de beneficios, la posibilidad de acudir al Comité Técnico Científico o al organismo que haga sus veces-, y de la Carta de Desempeño establecido en el artículo 5 de la Resolución 4343 de 2012, -Comportamiento como pagador de servicios. Resultados de los indicadores financieros que reflejen la oportunidad y eficacia de la entidad promotora de salud frente a sus obligaciones como responsable del pago de los servicios de salud-, en tanto que por un lado, pese a que señaló que en la Carta de Derechos y Deberes se informaba al afiliado y/o paciente que en caso de servicios no incluidos en el plan de beneficios debían dirigirse a la dependencias de Atención al Usuario, no hizo ninguna mención al requisito relacionado con informar de manera expresa sobre la posibilidad de acudir al Comité Técnico Científico lo que constituye una infracción al precepto normativo, y por otro lado, porque como lo indicó la Superintendencia Nacional de Salud, remitir al afiliado a consultar una página web o link, resulta contrario al derecho a la información, en los términos previstos por la Corte Constitucional<sup>4</sup>, pues el artículo 4 de la Resolución en mención es claro en señalar que la información debe estar en la Carta de Desempeño y no en documento o link distinto a

---

<sup>4</sup> Ídem 1 y 3.

ella, en la medida que trasladar al ciudadano la carga de copiar o remitirse a otro sitio web resulta inapropiado y desproporcionado a la finalidad de norma, más aún si se tiene en cuenta que no todas las personas tienen fácil acceso a los medios tecnológicos necesarios para ello, con lo cual se restringe de manera injustificada el ejercicio pleno de los derechos inmersos, como por ejemplo, la libre escogencia.

Así las cosas, no encuentra el Juzgado que con los actos administrativos demandados se haya desconocido el derecho de audiencia y de defensa, en los términos planteados en la demanda, pues no es cierto que la Superintendencia de Salud haya realizado una valoración indebida de las pruebas y descargos.

Ahora, en cuanto a la alegada inexistencia de vulneración al Sistema de Seguridad Social e innecesaridad de la sanción, es del caso traer a colación lo dispuesto en el artículo 12 de la Resolución 4343 de 2012 y el artículo 130 de la Ley 1438 de 2011, que establecen:

*"Artículo 12. Sanciones. Entre las conductas que vulneran el Sistema General de Seguridad Social en Salud, el artículo 130 de la Ley 1438 de 2011, señala las de "incumplir las instrucciones y órdenes impartidas por la Superintendencia, así como por la violación de la normatividad vigente sobre la prestación del servicio público de salud y el Sistema General de Seguridad Social en Salud" y las de "incumplir las obligaciones de información" lo cual conduce a la imposición de las sanciones de que trata el artículo 131 ib. con base en los criterios contenidos en el artículo 134 de la misma ley." (Resalta el Despacho).*

*"ARTÍCULO 130. CONDUCTAS QUE VULNERAN EL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD Y EL DERECHO A LA SALUD. La Superintendencia Nacional de Salud, impondrá multas en las cuantías señaladas en la presente ley o revocará la licencia de funcionamiento, si a ello hubiere lugar, a las personas naturales y jurídicas que se encuentren dentro del ámbito de su vigilancia, así como a título personal a los representantes legales de las entidades públicas y privadas, directores o secretarios de salud o quien haga sus veces, jefes de presupuesto, tesoreros y demás funcionarios responsables de la administración y manejo de los recursos del sector salud en las entidades territoriales, funcionarios y empleados del sector público y privado de las entidades vigiladas por dicha Superintendencia, cuando violen las disposiciones del Sistema General de Seguridad Social en Salud, entre otras, por incurrir en las siguientes conductas:*

*(...)*

*130.7 Incumplir las instrucciones y órdenes impartidas por la Superintendencia, así como por la violación de la normatividad vigente sobre la prestación del servicio público de salud y el*

Sistema General de Seguridad Social en Salud." (Subraya fuera de texto)

Conforme a los preceptos transcritos, es evidente que trasgredir cualquier norma sobre la prestación de servicios de salud, y en especial las relativas a la protección del derecho a la información, constituye una conducta que vulnera el Sistema de Seguridad Social en Salud, lo que genera como consecuencia directa la imposición de las sanciones respectivas.

Ahora bien, alega la demandante que la entidad no puede tener por incumplida la Resolución 4343 de 2012, pues su objeto si ha venido siendo cumplido de manera progresiva, actualizando el contenido de la Carta de Derechos y Deberes, y la Carta de Desempeño atendiendo a la complejidad y cambios en la normatividad.

Pues bien, para el Despacho tal situación no constituye un argumento valedero para desvirtuar la legalidad de los actos acusados, pues en criterio de éste juzgador, las obligaciones de los prestadores del servicio de salud deben cumplirse en los términos y formas previstas en la Ley, de manera que la progresividad debe entenderse como un principio que debe observarse para buscar avanzar lo más expedita y eficazmente posible hacia la plena realización de los derechos, y no como un obstáculo para su garantía.

Por otro lado, sostiene la parte demandante que en los actos acusados no se evidencia prueba de la supuesta culpabilidad y daño al bien jurídico tutelado, por lo que se dio aplicación a una pena con base en la responsabilidad objetiva, la cual se encuentra proscrita en el ordenamiento jurídico.

Al respecto, se reitera que de conformidad con las normas vigentes aplicables al caso concreto y a lo ordenado por la Corte Constitucional en la sentencia T-760 de 2008 y demás providencias proferidas por la Sala de Seguimiento, si la autoridad de inspección, vigilancia y control, en este caso la Superintendencia Nacional de Salud, corrobora la inobservancia de las normas que regulan la prestación del servicio de salud, entre ellas, las relacionadas con el derecho a la información, como es el caso de los preceptos contenidos en los artículos 3 y 5 de la Resolución 4343 de 2012, y la Empresa Promotora de Salud obligada, no demuestra el cumplimiento de tal requisito dentro del curso del procedimiento en los términos allí fijados, procede la imposición de las sanciones previstas en la Ley, sin que exija la norma ningún criterio adicional para imponer la sanción.

Pues bien, como se ha indicado a lo largo de esta providencia, los actos acusados establecieron claramente la responsabilidad que le asiste a la hoy demandante en relación con el imperativo jurídico antes indicado por ser la Entidad Promotora de Salud Indígena, la que tiene a su cargo la elaboración y entrega de las cartas de derechos y deberes y de desempeño, y de la obligación de información a través de las mismas, con el lleno de los requisitos legales, razón por la cual el cargo por dicho aspecto tampoco resulta demostrado.

Por todo anteriormente expuesto, entendiendo que la falsa motivación hace referencia a la falta de veracidad del sustento fáctico del mismo, es decir, cuando no hay correspondencia entre lo que se afirma en las razones de hecho y/o de derecho que sustentan la decisión y la realidad jurídica del asunto y teniendo claro que a la demandante le asistía la obligación de cumplir con lo dispuesto en los artículos 4 y 5 de la Resolución 4343 de 2012, para este Juzgado no existe duda que la demandante incumplió con dicho imperativo normativo, y que los actos fueron correspondientes con dicha infracción, acogiéndose a los parámetros normativos y ejercicio de las facultades atribuidas por la Ley, y por tanto los cargos de falsa motivación y desconocimiento del debido proceso no prosperan.

- **Infracción a las normas en que debía fundarse** (ausencia de capacitación prescrita en la norma)

Señaló la apoderada de MALLAMAS EPS-I que la Superintendencia Nacional de Salud no dio aplicación a lo dispuesto en el artículo 26 de la Ley 691 de 2001, relativa a los programas de capacitación en materia de legislación tratándose de pueblos indígenas, y por tanto, previo a la imposición de la sanción debió habersele requerido a tomar las acciones correctivas, incumplidas las cuales si podría iniciarse la actuación administrativa.

Para resolver el cargo, resulta necesario referirnos al aludido artículo 26 de la Ley 691 de 2011<sup>5</sup>, el cual establece:

**"ARTÍCULO 26. PROGRAMAS DE CAPACITACIÓN.** En los organismos de inspección y vigilancia o las entidades que cumplan estas funciones, deberán existir programas regulares de capacitación de los funcionarios en aspectos relacionados con la legislación relativa a los Pueblos Indígenas.

---

<sup>5</sup> "Mediante la cual se reglamenta la participación de los Grupos Étnicos en el Sistema General de Seguridad Social en Colombia."

*Los programas de capacitación se harán extensivos tanto a las autoridades tradicionales indígenas, como a los servidores públicos que directa o indirectamente atiendan asuntos con los Pueblos Indígenas." (Subraya el Juzgado).*

De la lectura de la norma, resulta claro que los programas de capacitación no se establecieron para instruir a los funcionarios o servidores públicos que atiendan asuntos indígenas sobre normas generales atinentes al Sistema General de Seguridad Social en Salud, sino sólo respecto a la legislación relativa a los pueblos indígenas, por lo que en concordancia con el objeto de la mencionada Ley 691 de 2001<sup>6</sup>, será aquella legislación que tenga por finalidad garantizar la permanencia de dichos pueblos, su cultura, usos, costumbres y lengua nativa; aspectos que nada tienen que ver con el caso que aquí nos ocupa, pues pese a que la EPS demandante es de naturaleza indígena, las normas que tuvieron como quebrantadas y que fundamentaron la imposición de la sanción son de carácter general, es decir se aplican para todas las entidades promotoras de salud sin distinguir su naturaleza o régimen.

Así mismo, se insiste en que conforme a lo señalado en los artículos 4, 5 y 12 de la Resolución 4343 de 2012, y en el artículo 130 de la Ley 1348 de 2011, ante la infracción por parte de la EPS de los contenidos mínimos de la Carta de Derechos y Deberes, y Carta de Desempeño, lo procedente es la imposición de las sanciones respectivas, sin que deba la autoridad de Inspección, Vigilancia y Control realizar solicitudes previas o plazos no establecidos en la Ley para que la entidad prestadora cumpla sus obligaciones.

#### **- Carácter desproporcionado de la sanción**

La demandante considera que la Superintendencia Nacional de Salud no atendió los criterios de proporcionalidad y razonabilidad al momento de imponer la sanción porque considera que la sanción no se encuentra en concordancia con la naturaleza y gravedad de la falta.

Considera que no existe evidencia de daño causado al bien jurídicamente tutelado, así como tampoco se evidencia un análisis respecto de cada uno de los criterios contenidos en el artículo 50 de la

---

<sup>6</sup> **“ARTÍCULO 2o. OBJETO.** La presente ley tiene por objeto proteger de manera efectiva los derechos a la salud de los Pueblos Indígenas, garantizando su integridad cultural de tal manera que se asegure su permanencia social y cultural, según los términos establecidos en la Constitución Política, en los Tratados Internacionales y las demás leyes relativas a los pueblos indígenas.”

Ley 1437 de 2011, aplicable por remisión del artículo 18 de la Resolución 1650 de 2014.

Lo primero que debe precisar el Juzgado es que conforme a los criterios de especialidad<sup>7</sup> y jerarquía<sup>8</sup>, las normas indicadas por la parte actora no resultan aplicables al presente caso, en cuanto a la dosificación de las multas, por cuanto la Resolución 1650 de 2014<sup>9</sup>, acto administrativo de carácter general, no puede prevalecer sobre la Ley 1748 de 2011<sup>10</sup>, Ley ordinaria especial que regula el Sistema General de Seguridad Social en Salud y por ende la prestación del servicio público en salud.

Así las cosas, resulta necesario remitirnos a lo dispuesto en el artículo 131 ídem, en cuanto establece:

*"ARTÍCULO 131. VALOR DE LAS MULTAS POR CONDUCTAS QUE VULNERAN EL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD Y EL DERECHO A LA SALUD. Además, de las acciones penales, de conformidad con el artículo 68 de la Ley 715 de 2001, las multas a los representantes legales de las entidades públicas y privadas, directores o secretarios de salud o quienes hagan sus veces, jefes de presupuesto, tesoreros y demás funcionarios responsables de la administración y manejo de los recursos sector salud en las entidades territoriales, funcionarios y empleados del sector público y privado oscilarán entre diez (10) y doscientos (200) salarios mínimos mensuales legales vigentes y su monto se liquidará teniendo en cuenta el valor del salario mínimo vigente a la fecha de expedición de la resolución sancionatoria.*

*Las multas a las personas jurídicas que se encuentren dentro del ámbito de vigilancia de la Superintendencia Nacional de Salud se impondrán hasta por una suma equivalente a dos mil quinientos (2.500) salarios mínimos legales mensuales vigentes y su monto se liquidará teniendo en cuenta el valor del salario mínimo vigente a la fecha de expedición de la resolución sancionatoria.*  
(Resalta el Despacho)

*"ARTÍCULO 134. DOSIFICACIÓN DE LAS MULTAS. Para efectos de graduar las multas previstas en la presente ley, se tendrán en cuenta los siguientes criterios:*

*134.1 El grado de culpabilidad.*

*134.2 La trascendencia social de la falta o el perjuicio causado, en especial, respecto de personas en debilidad manifiesta o con protección constitucional reforzada.*

*134.3 Poner en riesgo la vida o la integridad física de la persona.*

<sup>7</sup> La norma especial prima sobre la norma general.

<sup>8</sup> Aquella de rango superior prevalece.

<sup>9</sup> "Por la cual se desarrolla el procedimiento administrativo sancionatorio aplicable por la Superintendencia Nacional de Salud."

<sup>10</sup> "Por medio de la cual se reforma el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones."

134.4 En función de la naturaleza del medicamento o dispositivo médico de que se trate, el impacto que la conducta tenga sobre el Sistema General de Seguridad Social en Salud.

134.5 El beneficio obtenido por el infractor con la conducta en caso que este pueda ser estimado.

134.6 El grado de colaboración del infractor con la investigación.

134.7 La reincidencia en la conducta infractora.

134.8 La existencia de antecedentes en relación con infracciones al régimen de Seguridad Social en Salud, al régimen de control de precios de medicamentos o dispositivos médicos.

134.9 Las modalidades y circunstancias en que se cometió la falta y los motivos determinantes del comportamiento." (Subraya el Juzgado)

De las anteriores normas, se concluye que la violación de la normatividad vigente sobre la prestación del servicio público de salud por parte de, entre otras, las EPS, tiene como consecuencia la imposición de la respectiva sanción por parte de la Superintendencia Nacional de Salud; la cual, tratándose de personas jurídicas sometidas a su vigilancia y control, corresponderá a multa de hasta 2.500 salarios mínimos legales mensuales vigentes, atendido a los criterios de dosificación establecidos.

En el caso que nos ocupa, se pudo constatar que la EPSI MALLAMAS no logró demostrar que en el periodo mencionado – octubre de 2014 -, hubiera cumplido con el contenido mínimo de la Carta de Derechos y Deberes del afiliado, y de la Carta de Desempeño, obligación que debía cumplir, so pena de vulnerar el derecho a la información y por ende el goce efectivo del derecho a la salud.

Ahora bien, con relación al juicio de proporcionalidad y la supuesta ausencia de perjuicios causados al bien jurídico tutelado, el Despacho debe remitirse en primer lugar a los actos demandados para determinar si la sanción impuesta fue proporcional o no, y estuvo justificada. Se observa entonces que en la Resolución 1321 de 2016, la Superintendencia Nacional de Salud hizo alusión no solo al grado de culpabilidad de la infractora, sino a la trascendencia social de la falta y el perjuicio causado, toda vez que conforme a lo dispuesto por la Corte Constitucional el incumplimiento en cuanto a la carta de derechos, deberes y desempeño, impidió a los afiliados acceder a la información mínima básica que les permita gozar adecuadamente del servicio de salud (Fl.29 a 37 C principal y 39 a 47 C antecedentes administrativos) y por tanto, impuso sanción de multa equivalente a 100 SMLMV, en atención al incumplimiento de los seis ítems por los que se inició la actuación administrativa.

Dichos aspectos fueron reseñados tanto en la Resolución 005766 del 11 de noviembre de 2016 que resolvió el recurso de reposición (Fls.56 a 63 C principal, 57 a 61 y 105 a 108 C antecedentes administrativos), como en la Resolución 00343 de 2017 por medio de la cual se resolvió el recurso de apelación contra el acto sancionatorio (Fls.64 a 77 C principal, 67 a 77 y 109 a 115 C antecedentes administrativos), en las cuales además se redujo el monto de la multa a 50 SMLMV, suma que en todo caso resulta acorde, por cuanto al eliminarse 3 de los 6 ítems que inicialmente se habían encontrado como incumplidos, lo procedente era disminuir la multa a la mitad.

Ahora bien, la norma tantas veces citada no establece que para imponer una sanción se deba aplicar la totalidad de los criterios establecidos en el artículo 131 antes transcrito, sino que estos se constituyen en el marco de valoración que deberá realizar la entidad competente al momento de imponer las sanciones, por ello encuentra el Despacho que la demandada fundamentó su decisión de manera acorde con el ordenamiento jurídico, razón por la cual, el monto de la multa sí se basó en criterios de valoración objetivos, conforme con los criterios de Ley, y en ese sentido la misma resultó proporcional a la naturaleza y gravedad de la falta, pues la afectación del derecho a la salud, conforme los parámetros jurisprudenciales reseñados en la presente providencia, se da cuando se desconoce el derecho a la información de los usuarios, situación que como se explicó ocurrió en el presente caso.

En este punto, es necesario recordar que uno de los elementos fundamentales del Sistema de Seguridad Social en Salud, es el derecho de los usuarios a la información, por lo tanto, si la empresa prestadora no divulga en debida forma los aspectos esenciales que debe conocer éste para hacer valer sus derechos, tales como la especificación que no hay periodos de carencia, ni restricciones en los servicios por traslado de entidad promotora de salud, el derecho a acudir al comité técnico científico o al organismo que haga sus veces cuando le sea negado un servicio por no estar incluido en el plan de beneficios y/o el comportamiento como pagador de servicios de la respectiva EPS, se atenta contra el ejercicio efectivo del derecho a la salud, pues se estaría impidiendo a los usuarios contar con la totalidad de mecanismos que le permitan el acceso efectivo a los servicios que requiera, así como a la libre escogencia en cuanto quien desea que le preste los mismos, situación que fue precisamente lo que fundamentó los actos administrativos demandados.

Además no se puede perder de vista que la Superintendencia Nacional de Salud contaba con discrecionalidad en cuanto a la fijación del monto de la sanción, según lo dispuesto por el Consejo de Estado<sup>11</sup> que al estudiar un cargo sobre la multa impuesta, precisó:

*"Finalmente en cuanto respecta a la dosificación de las multas impuestas, la Sala entiende que **las sanciones impuestas en las resoluciones demandadas atienden a la discrecionalidad que tiene la entidad demandada para su graduación dentro del rango máximo que permite la norma.***

*Por las razones expuestas, se revocará la sentencia apelada, y en su lugar, se denegarán las pretensiones de la demanda" (Negrillas del Despacho).*

Por lo anterior, siendo clara la discrecionalidad con que cuenta la demandada para graduar las sanciones, siempre que estén establecidas dentro del máximo consagrado por la norma, la vulneración endilgada ha quedado desvirtuada, pues en primer lugar si bien el artículo 134 de la Ley 1438 de 2011 establece los criterios para imponer sanción, estos se constituyen en un marco de valoración que deberá realizar la entidad competente al momento de imponerlas, y en virtud de dicha facultad discrecional, fue que la Superintendencia Nacional de Salud disminuyó el monto de la multa, con el fin de proteger la prestación del servicio de salud.

Por todo lo anterior, los cargos no prosperan y en consecuencia se declararán probadas la excepciones de mérito denominadas Legalidad de los actos administrativos, cumplimiento del ordenamiento legal y de las funciones asignadas a la Superintendencia Nacional de Salud e inexistencia de causal de nulidad y de título jurídico que fundamente el restablecimiento del derecho, así como se negarán las pretensiones de la demanda.

Finalmente, no se encuentra mérito para declarar probada la excepción de temeridad de la acción, pues la entidad demandada se ciñó a alegarla sin enunciar concretamente de qué manera se presentó temeridad de la entidad demandante al interponer el presente medio de control, no obstante precisa el Juzgado que el sólo hecho de que los cargos de nulidad de la demanda no hayan prosperado, no significa que exista dolo o mala fe de quien la interpuso.

---

<sup>11</sup> Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Primera – Consejera Ponente María Claudia Rojas Lasso – providencia del 28 de enero de 2010- Ref. 2001-00364-01 – Actoras. Asociación Nacional de Entidades de Seguridad Privada – ANDEVIP y Otros – Demandada – Superintendencia de Industria y Comercio.

**Condena en costas.**

Por último, el Despacho señala que de acuerdo con lo establecido en el artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo contencioso Administrativo, en concordancia con el artículo 365 numeral 8 y 366 del Código General del Proceso, no se condenara en costas a la parte demandante.

En mérito de lo expuesto, el **Juzgado Tercero Administrativo de Bogotá, sección primera**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley.

**FALLA:**

**PRIMERO. NEGAR** las pretensiones de la demanda, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

**SEGUNDO. Declarar probadas** las la excepciones de legalidad de los actos administrativos, cumplimiento del ordenamiento legal y de las funciones asignadas a la Superintendencia Nacional de Salud e inexistencia de causal de nulidad y de título jurídico que fundamente el restablecimiento del derecho, interpuestas por la Superintendencia Nacional de Salud, por las razones expuestas.

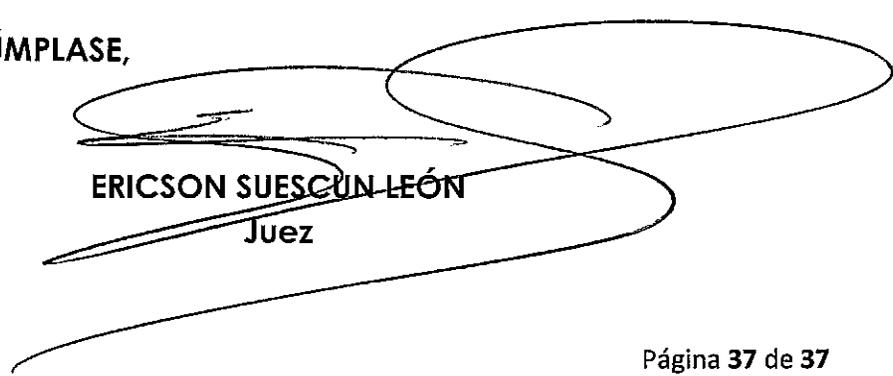
**TERCERO. Declarar no probada** la excepción de temeridad de la acción, propuesta por la Superintendencia Nacional de Salud, conforme a lo expuesto en la parte motiva.

**CUARTO.** Sin condena en costas en esta instancia, conforme a lo dispuesto en el artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo contencioso Administrativo, en concordancia con el artículo 365 numeral 8 y 366 del Código General del Proceso

**QUINTO.** En caso de existir remanentes de lo consignado para gastos del proceso, deben ser reembolsados a la parte demandante.

**SEXTO.** Ejecutoriada la presente providencia, archívese el expediente, previas las anotaciones en el sistema de gestión Justicia Siglo XXI.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,**

  
**ERICSON SUESCÚN LEÓN**  
Juez

