

TOMA DE POSESIÓN – Concepto / FUNCIONES DE INSPECCIÓN, VIGILANCIA Y CONTROL DE LAS SUPERINTENDENCIAS – Finalidad / FUNCIONES DE INSPECCIÓN, VIGILANCIA Y CONTROL DE LAS SUPERINTENDENCIAS – Evolución

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 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.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA – ARTICULO 49 / CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA – ARTICULO 335 / CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA – ARTICULO 189 NUMERAL 22 / CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA – ARTICULO 150 NUMERAL 7 / DECRETOP 2462 DE 2003 / LEY 45 DE 1923

TOMA DE POSESIÓN A CARGO DE LA SUPERINTENDENCIA DE SALUD – Regulación / TOMA DE POSESIÓN A CARGO DE LA SUPERINTENDENCIA DE SALUD – Causales de procedencia / TOMA DE POSESIÓN A CARGO DE LA SUPERINTENDENCIA DE SALUD – Procedimiento

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. (...) 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. (...) 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. (...) 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 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 2013, 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.

FUENTE FORMAL: LEY 100 DE 1993 – ARTICULO 230 / LEY 715 DE 2001 / DECRETO 1015 DE 2002 / DECRETO 3023 DE 2002 / DECRETO 1566 DE 2002

TOMA DE POSESIÓN A CARGO DE LA SUPERINTENDENCIA DE SALUD – Características y requisitos

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 los 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 exámen 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.

INSTRUMENTOS DE SALVAMENTO O MEDIDAS ESPECIALES PREVIAS A LA TOMA DE POSESIÓN - Discrecionalidad

De esta disposición [artículo 68 de la Ley 1753 de 2015] se extraen las siguientes conclusiones: 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 Estatuto, 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 ibídem, las cuales permiten, justamente, precaver o contrarrestar los hechos que dan lugar a la medida de toma de posesión.

FUENTE FORMAL: LEY 1753 DE 2015 – ARTICULO 68

TOMA DE POSESIÓN – Clases / TOMA DE POSESION DISCRECIONAL / TOMA DE POSESION OBLIGATORIA

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 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 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 2016, 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 entidad vigilada, toda vez que la causal solo se configura cuando la entidad vigilada ha **persistido** en el incumplimiento de sus cargas u obligaciones.

FUENTE FORMAL: LEY 1753 DE 2015 – ARTICULO 68 / ESTATUTO ORGANICO DEL SISTEMA FINANCIERO – ARTICULO 114

SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD – Discrecionalidad en la adopción de la medida de toma de posesión / TOMA DE POSESION – Examen de proporcionalidad y de razonabilidad

La toma de posesión es una medida extrema, en cuanto debe ser adoptada por la SNS cuando ocurran hechos graves que afecten de manera importante el interés público tutelado por esta medida administrativa, específicamente, los contemplados en las causales de toma de posesión del art. 114 del EOSF, previa la comprobación de los hechos que sustentan la medida. Ahora bien, la adopción de esta medida exige un examen de proporcionalidad y razonabilidad, que incluye la posibilidad de adoptar otros instrumentos preventivos o de salvamento, que podrían evitar o precaver la adopción de la medida de toma de posesión, especialmente, las medidas de salvamento previstas en el art. 113 del EOSF. Este examen siempre deberá estar guiado por el objetivo de garantizar la adecuada prestación del servicio público de salud y la confianza pública en el SGSSS.

FUENTE FORMAL: LEY 1753 DE 2015 – ARTICULO 68 / ESTATUTO ORGANICO DEL SISTEMA FINANCIERO – ARTICULO 114

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL

Consejero ponente: ÉDGAR GONZÁLEZ LÓPEZ

Bogotá D.C., doce (12) de diciembre de dos mil diecisiete (2017)

Radicación número: 11001-03-06-000-2017-00192-00(2358)

Actor: MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL

El señor Ministro de Salud y Protección Social solicita concepto sobre los eventos y las condiciones en los que la Superintendencia Nacional de Salud puede adoptar la medida administrativa de toma de posesión, para administrar o liquidar un agente del Sistema General de Seguridad Social en Salud.

I. ANTECEDENTES

1. La consulta presentada por el Ministerio de Salud y Protección Social está referida, de manera general, a las funciones de inspección, vigilancia y control que tiene la Superintendencia Nacional de Salud (en adelante SNS) en el Sistema General de Seguridad Social en Salud (en adelante SGSSS) y, específicamente, a la potestad de adoptar la medida de toma de posesión que se deriva de aquellas.

2. Como marco legal y reglamentario de la potestad de la SNS para adoptar la medida de toma de posesión de un agente del SGSSS, el Ministerio relaciona las siguientes disposiciones: arts. 230 ss. de la Ley 100 de 1993; el artículo 68 de la Ley 715 de 2001; el art. 35 de la Ley 1122 de 2007 y el art. 68 de Ley 1753 de 2015.

3. Destaca el Ministerio que de acuerdo con el art 35 de la Ley 1122 de 2007, las funciones de inspección, vigilancia y control de la SNS comprenden diversos tipos de actuaciones, entre otras la inspección por medio de visitas, la revisión de documentos, el seguimiento, la advertencia, la orientación y asistencia, y las medidas administrativas dentro de las cuales se encuentra la adopción de la toma de posesión.

4. Finalmente, el Ministerio concluye que de acuerdo con la normatividad vigente y la jurisprudencia de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado en la materia:
- La SNS cuenta con “un amplio catálogo de medidas de que puede hacer uso, tendientes a conminar el cumplimiento de las obligaciones por parte de los actores del Sistema, revocar o suspender las autorizaciones que la misma Superintendencia profiere e intervenir directamente para el adecuado ejercicio de las funciones de sus vigilados” y,

- (...) que los precedentes jurisprudenciales reiteran y desarrollan la autonomía y discrecionalidad de que dispone la SNS para la imposición de medidas asociadas a sus funciones de inspección, vigilancia y control”.

A partir de este escenario jurídico, el Ministro de Salud y Protección Social formula las siguientes

PREGUNTAS

1. *¿Cualquier incumplimiento en las obligaciones que la ley le impone a los actores del Sistema de Salud, de acuerdo con su rol y competencias, genera automáticamente una causal válida para la toma de posesión?*

2. *¿Es la protección a la confianza pública en el sistema, referida en el parágrafo 1º del artículo 230 de la Ley 100 de 1993, un factor a tener en cuenta por la SNS en la gestión de sus funciones de IVC, y particularmente en la adopción de la medida de toma de posesión para administrar o liquidar?*

3. *¿La medida de toma de posesión tiene un carácter extremo que obliga a un examen de proporcionalidad entre esta y las otras medidas que consagra la ley, de forma tal que su imposición solo será posible cuando la gravedad de la situación lo imponga por la insuficiencia razonada de otras medidas?*

4. *Teniendo en cuenta que la toma de posesión es una medida extrema, que procede cuando se han agotado todas las alternativas para recuperar la empresa (Sentencia C-780 de 2001), ¿Es demandable el acto administrativo que recurre a las medidas de toma de posesión, revocatoria o suspensión del certificado de autorización o de habilitación de funcionamiento, cuando existen otras alternativas más proporcionales, frente a una situación crítica de la empresa, que ponderan principios constitucionales como la confianza legítima y la libertad de empresa, por no estar suficientemente motivado o por desviación de poder afectando la validez del acto?*

5. *¿En el análisis de proporcionalidad del actuar de la Superintendencia, respecto a una situación fáctica evidenciada, la imposición de la medida debe tener en cuenta los impactos de la misma en el Sistema, o su razonamiento se hace exclusivamente respecto de la entidad objeto de la medida?*

II. CONSIDERACIONES

El problema jurídico central planteado a la Sala se orienta 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 SNS.

Para absolver este interrogante y los demás planteados por la consulta, la Sala considera necesario analizar 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.

1. La toma de posesión como medida de intervención del Estado en el Sistema General de Seguridad Social en Salud en virtud de las funciones inspección, vigilancia y control.

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 cautelar¹, que tiene por objeto corregir situaciones económicas y administrativas, con el fin de poner la institución intervenida en condiciones de desarrollar su objeto social o de

¹ Se toma como criterio lo analizado por la doctrina en relación con la medida de toma de posesión regulada por el EOSF. Cfr., especialmente 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. Sobre el particular Cfr. Martínez Neira, Néstor Humberto Martínez. *Cátedra de Derecho Bancario*. Legis, Bogotá. 2000, pp. 457 ss.

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 social². 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).

2. Marco jurídico de la toma de posesión a cargo de la Superintendencia Nacional de Salud: Causales de procedencia de la medida.

² Martínez Neira, Néstor Humberto Martínez. *Cátedra de Derecho Bancario*. Cit, p. 457.

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 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**³, 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 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

³ Mediante la cual se incorporaron disposiciones para la organización del sector de salud y educación.

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 1993⁴, las citadas medidas, incorporadas en el art. 230 ibídem, habían sido contempladas en el EOSF⁵ 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)⁶. 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.

⁴ La Ley 100 de 1993 fue publicada el 23 de diciembre de 1993.

⁵ Decreto Ley 603 de 199, publicado el 2 de abril de 2003.

⁶ 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.

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”⁷.

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)

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.

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 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 2013⁸, 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:

⁸ Decreto que regula actualmente la naturaleza, estructura, objetivos y funciones de la SNS.

“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:

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 Estatuto⁹, 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

⁹ 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.

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 ibídem, 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 ibídem 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 ibídem, 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 ibídem, con mayor razón “pueda” o “deba”¹⁰ 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 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:

¹⁰ Según el tipo de causal de que se trate.

“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 ibídem 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 2016¹¹, 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 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 ibídem.

En todo caso, siempre que se trata de la causales prevista en el numeral 1 ibídem, 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, poteniendo 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).

¹¹ Decreto por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Salud y Protección Social.

- 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 los 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.

3) La discrecionalidad de la SNS para la adopción de la medida de toma de posesión.

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 ibídem.

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:

“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”¹².

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”¹³.

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

¹² Corte Constitucional. Sentencia SU. 917 de 2010.

¹³ Corte Constitucional. Sentencia T- 204 de 2012.

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.

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.

Con base en las consideraciones expuestas,

III. La Sala RESPONDE

1. *¿Cualquier incumplimiento en las obligaciones que la ley le impone a los actores del Sistema de Salud, de acuerdo con su rol y competencias, genera automáticamente una causal válida para la toma de posesión?*

Para dar respuesta a esta pregunta la Sala considera importante hacer la siguiente distinción.

i) De conformidad con las causales que permiten adoptar discrecionalmente la medida de toma de posesión

Cualquier incumplimiento de las obligaciones que la ley le impone a los actores del Sistema de Salud, de acuerdo con su rol y competencias, no genera automáticamente una causal válida para la toma de posesión. Siempre que se verifique una de las causales previstas en el numeral 1 del art. 114 del EOSF, especialmente la relativa a la violación reiterada de las obligaciones que la ley o el reglamento le impone a las entidades vigiladas por la SNS, la decisión de adoptar la medida de toma de posesión es discrecional de esta entidad de vigilancia y control.

En todo caso, la decisión de la SNS deberá ser adoptada previa comprobación de los hechos que configuran la causal de toma de posesión y de un análisis de la necesidad y proporcionalidad de la medida, siempre guiada por el objetivo de garantizar la adecuada prestación del servicio público de salud y proteger la confianza pública en el SGSSS.

ii) De conformidad con las causales que hacen obligatoria la adopción de la medida de toma de posesión

El incumplimiento de las obligaciones que la ley le impone a los actores del Sistema de Salud, de acuerdo con su rol y competencias, genera automáticamente una causal válida para la toma de posesión, siempre que con ese incumplimiento se configure alguna de las causales que dan lugar a la obligación de adoptar la medida de toma de posesión, de conformidad con el numeral 2 del art. 114 del EOSF.

Lo anterior, 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.

Específicamente, en relación con la causal señalada en el literal a) ibídem, en el entendido que la entidad vigilada esté sujeta a normas sobre patrimonio adecuado y, en relación con la causal prevista en el literal b) ibídem, bajo el presupuesto de que haya expirado el plazo para presentar programas de recuperación o no se cumplan las metas de los mismos, de conformidad con las normas que rigen el SGSSS.

iii) Disposiciones especiales para la adopción de la medida de toma de posesión, para liquidar un ramo del régimen de subsidiario o contributivo en las EPS y ARS o para liquidar una EPS de carácter público.

De manera adicional a lo expuesto en los numerales anteriores, de acuerdo con lo previsto en el Decreto 3023 de 2002, 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, debe tener en cuenta especialmente la gravedad y la causa de la falta, anomalía o ineficiencia en la prestación del servicio de salud.

Finalmente, de acuerdo con el Decreto 1566 de 2002, 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, exige de la SNS obtener un concepto previo y favorable del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud.

- 2. ¿Es la protección a la confianza pública en el sistema, referida en el párrafo 1º del artículo 230 de la Ley 100 de 1993, un factor a tener en cuenta por la SNS en la gestión de sus funciones de IVC, y particularmente en la adopción de la medida de toma de posesión para administrar o liquidar?*

Sí. La confianza pública en el SGSSS debe ser tenida en cuenta por la SNS al momento de adoptar la medida de toma de posesión para administrar o liquidar una entidad sujeta a su vigilancia y control, pues al tenor del art. 230 de la Ley 100 de 1993, este es uno de los objetivos que debe perseguir la entidad de inspección, vigilancia y control al momento de adoptar la medida de toma de posesión, en estrecha relación con el objetivo de garantizar la adecuada prestación de los servicios de salud a los usuarios del sistema.

- 3. ¿La medida de toma de posesión tiene un carácter extremo que obliga a un examen de proporcionalidad entre esta y las otras medidas que consagra la ley, de forma tal que su imposición solo será posible cuando la gravedad de la situación lo imponga por la insuficiencia razonada de otras medidas?*

La toma de posesión es una medida extrema, en cuanto debe ser adoptada por la SNS cuando ocurran hechos graves que afecten de manera importante el interés público tutelado por esta medida administrativa, específicamente, los contemplados en las causales de toma de posesión del art. 114 del EOSF, previa la comprobación de los hechos que sustentan la medida.

Ahora bien, la adopción de esta medida exige un examen de proporcionalidad y razonabilidad, que incluye la posibilidad de adoptar otros instrumentos preventivos o de salvamento, que podrían evitar o precaver la adopción de la medida de toma de posesión, especialmente, las medidas de salvamento previstas en el art. 113 del EOSF. Este examen siempre deberá estar guiado por el objetivo de garantizar la adecuada prestación del servicio público de salud y la confianza pública en el SGSSS.

- 4. Teniendo en cuenta que la toma de posesión es una medida extrema, que procede cuando se han agotado todas las alternativas para recuperar la empresa (Sentencia C-780 de 2001), ¿Es demandable el acto administrativo que recurre a las medidas de toma de posesión, revocatoria o suspensión del certificado de autorización o de habilitación de funcionamiento, cuando existen otras alternativas más proporcionales, frente a una situación crítica de la empresa, que ponderan principios constitucionales como la confianza legítima y la libertad de empresa, por no*

estar suficientemente motivado o por desviación de poder afectando la validez del acto?

La Sala observa que los actos administrativos que declaran la medida de toma de posesión son susceptibles de ser demandados ante lo contencioso administrativo, cuando se considere que los mismos adolecen de una o varias de las causales de nulidad de los actos administrativos de carácter general y particular, al tenor de los arts. 137 y 138 del CPACA, entre ellos la infracción de las normas en que debería fundarse el acto administrativo, la falsa motivación o la desviación de poder.

De manera adicional, se destaca que los actos que declaran la medida de toma de posesión son susceptibles de ser demandados ante lo contencioso administrativo por violar específicamente las condiciones en que deben ser expedidos los actos discrecionales, según lo preceptuado en el art. 44 del CPACA.

5. ¿En el análisis de proporcionalidad del actuar de la Superintendencia, respecto a una situación fáctica evidenciada, la imposición de la medida debe tener en cuenta los impactos de la misma en el Sistema, o su razonamiento se hace exclusivamente respecto de la entidad objeto de la medida?

En el análisis de proporcionalidad que debe realizar la SNS al momento de adoptar la medida de toma de posesión, respecto a una situación fáctica evidenciada, la eventual imposición de la medida debe tener en cuenta los objetivos para los cuales ha sido consagrada la toma de posesión de conformidad con la ley, esto es, preservar la efectiva prestación del servicio público de salud, garantizando la confianza pública en el sistema (parágrafo 1 del art. 230 de la Ley 100 de 1993).

Remítase al Ministro de Salud y Protección Social y a la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República.

OSCAR DARÍO AMAYA NAVAS
Presidente de la Sala

GERMÁN ALBERTO BULA ESCOBAR
Consejero de Estado

EDGAR GONZÁLEZ LÓPEZ
Consejero de Estado

ÁLVARO NAMÉN VARGAS
Consejero de Estado

LUCÍA MAZUERA ROMERO
Secretaria de la Sala

