

Tercera sesión de la Cátedra Carlos Restrepo Piedrahita “Las Soluciones Concursales en el Sector Salud: Propuestas ara una Reforma”

i. Derecho a la salud en el ordenamiento constitucional

Fundamento constitucional, ámbito de protección, alcance y contenido, obligaciones generales a cargo del Estado

El fundamento normativo del derecho a la salud está previsto por el art. 49 de la Constitución Política y ha sido desarrollado por la Ley Estatutaria 1751 de 2015. A nivel internacional hay múltiples instrumentos normativos que regulan el derecho a la salud, pero el principal referente en materia de contenido y alcance de este derecho es la Observación General Número 14 del Comité de Derechos Sociales, Económicos y Culturales (DESC) que define las prestaciones que se adscriben a la salud y las obligaciones a cargo de los Estados en materia de protección, garantía y cumplimiento del derecho. A la luz de esas fuentes normativas, la jurisprudencia constitucional ha identificado que la salud en Colombia en su dimensión constitucional tiene una doble connotación: de un lado es un derecho fundamental autónomo y de otro lado es un servicio público a cargo del Estado.

La definición del derecho a la salud acogida por la Corte Constitucional (CC) coincide con la definición del derecho a la salud acogida en la Observación General Número 14 del Comité de DESC, esto es que implica el disfrute de toda una serie de facilidades, instituciones, arreglos normativos, servicios y condiciones para alcanzar el más alto nivel de salud. Por lo demás, a partir de la sentencia T-760 de 2008 la jurisprudencia constitucional definió que la salud era un derecho fundamental autónomo en el ordenamiento jurídico colombiano y, por tanto, se apartó de las líneas jurisprudenciales desarrolladas a partir del año 92 en relación con la protección judicial del derecho a la salud vía conexidad, por acceso al mínimo vital o en relación con sujetos de especial protección constitucional.

Ahora bien, en relación con el contenido al derecho a la salud la jurisprudencia de la CC ha señalado que este derecho tiene fundamentalmente cuatro contenidos esenciales: disponibilidad que hace alusión a la existencia de servicios, tecnologías e instituciones encargadas de la prestación del servicio; aceptabilidad que hace alusión al respeto por la ética médica de las diversas culturas étnicas, tradiciones comunitarias, entre otros; accesibilidad que alude a la garantía del acceso al derecho a la salud sin discriminación con estándares aceptables de accesibilidad física, económica y acceso a la información; calidad, esto es que las instituciones que hacen parte del Sistema General de Seguridad Social en salud sean apropiados para garantizar un servicio de calidad.

En relación con el ámbito de protección del derecho a la salud, la jurisprudencia de la CC ha señalado que dentro del derecho a la salud se asocian distintas prestaciones, por ejemplo prestaciones relacionadas con el acceso a los servicios y a las tecnologías en salud, a recibir las prestaciones conforme lo prescrito por el médico tratante y según lo previsto por la Ley y por la reglamentación; la provisión y acceso oportuno a servicios de salud, tecnologías y medicamentos que sean indispensables para el tratamiento médico de una persona y la asistencia de servicios de salud a cargo de personal apropiado y capacitado para dar esa asistencia.

Por otro lado, en relación con las obligaciones estatales para garantizar el derecho a la salud fundamentalmente la jurisprudencia constitucional ha señalado que al Estado le son exigibles a la luz del derecho internacional y a la luz de la CP las obligaciones de respeto, protección y garantía. Por lo tanto, tiene obligaciones relacionadas con la formulación de políticas públicas para garantizar el acceso a la salud, velar por el cumplimiento de los programas de salud y los principios definidos en la CP, crear mecanismos para evitar la violación al derecho a la salud, garantizar el flujo de recursos para atender de manera oportuna

y suficiente las necesidades en salud de las personas, y, con fundamento en la OG 14 la jurisprudencia constitucional ha definido que las obligaciones adscritas o adscribibles al derecho a la salud son un catálogo abierto y por tanto no se limita únicamente a aquellas definidas por la CP o por el legislador sino que abarcan todas aquellas prestaciones que hubieren sido por instrumentos que formen parte del bloque de constitucionalidad.

Sistema General de Seguridad Social en Salud

La jurisprudencia constitucional ha señalado que la garantía del derecho a la salud implica necesariamente la existencia de un conjunto de personas e instituciones que presten tal servicio; además, ha reconocido que, conforme a la CP, el legislador tiene amplia libertad de configuración a la hora de definir el sistema de salud y las distintas instituciones que componen el sistema. Esto de conformidad con la ventaja democrática que tiene el Congreso que dan lugar a que la CP y la jurisprudencia sea deferente con esa competencia del Congreso a la hora de definir la naturaleza, el contenido y las instituciones que forman parte del SGS. Sin embargo, la jurisprudencia ha sostenido de manera uniforme que esa libertad de configuración a la hora de diseñar el sistema no es absoluta dado que está sometida a límites constitucionales; tal vez, el principal límite es que exista un sistema, cualquiera que sea, encargado de la prestación del servicio de salud. Además, la jurisprudencia con ha señalado que en desarrollo de la libertad de configuración que tiene el legislador, se tiene límites precisos en el principio de razonabilidad, el principio de proporcionalidad y en el no sacrificio del derecho de acceso a los servicios de salud por parte de la población.

Asimismo, la jurisprudencia constitucional ha sostenido que los principios previstos por la Observación General del Comité DESC son límites a la libertad de configuración a la hora de diseñar instituciones dentro del sistema y esos límites son fundamentalmente:

- Principio de equidad: está prohibido que el legislador imponga cargas desproporcionadas a poblaciones vulnerables para el acceso al servicio de salud.
- Principio de oportunidad: el legislador debe diseñar mecanismos e instituciones que garanticen el acceso oportuno a los servicios de salud, es decir, sin dilaciones.
- Principio de solidaridad: el Estado debe velar por que las personas que carecen de recursos económicos puedan acceder al sistema general de seguridad social en salud.
- Principio de eficiencia: el Estado debe diseñar mecanismos que garanticen el mejor uso de los recursos del sistema.
- Principio de integralidad: el sistema general de seguridad social en salud debe garantizar la disponibilidad de los servicios, tecnologías, procedimientos y medicamentos para los usuarios del sistema.
- Principio de universalidad: se debe garantizar el acceso sin discriminación a todas las personas al sistema general de seguridad social en salud.
- Principio de continuidad: en virtud del cual en ningún caso puede suspenderse el suministro de servicios, tecnologías o condiciones de prestación del servicio de salud para la población.

En términos generales, se podría decir que la CP y la jurisprudencia constitucional reconocen que el legislador tiene amplia libertad de configuración a la hora de definir las instituciones, los procedimientos y las prestaciones que se adscriben al sistema general de seguridad social en salud pero a su vez reconocen que esta libertad no es absoluta ya que tiene límites constitucionales: existencia del sistema, garantía de acceso al sistema sin cargas irracionales y desproporcionadas, y los siete principios en materia de salud.

Jurisprudencia constitucional relevante en materia de régimen concursal en el sector salud

La CC se ha pronunciado sobre regímenes concursales en el sector salud en al menos tres escenarios: control abstracto de constitucionalidad, control concreto en sede de tutela y en los autos de la sala de seguimiento de las ordenes estructurales que la CC dictó en la sentencia T-760 de 2008. En control abstracto se encuentran las sentencias C-089 y C-125 del año 2018, en ambos pronunciamientos la CC resuelve demandas de inconstitucionalidad en contra del artículo 12 de la Ley 1797 de 2015 que establece el régimen de prelación de los créditos en los procesos concursales a los que se someten las entidades promotoras de salud (EPS). En la demanda que da lugar a la sentencia C-089 el accionante cuestiona el artículo 12 porque considera que es contrario a la protección de los derechos adquiridos (artículo 58 de la Constitución Política) porque en su criterio esa norma dispone que la prelación de créditos que se establece en ese artículo es aplicable a los procesos concursales en curso, allí la CC examina la constitucionalidad de esa disposición y concluye que ese arreglo normativo es exequible de manera condicionada, esto es, siempre y cuando el liquidador no hubiere reconocido el crédito bajo un orden de prelación anterior, si ya lo reconoció, las reglas que prevé el artículo 12 no resultarían aplicables porque eso desconocería los derechos adquiridos en el marco de un proceso concursal.

El segundo pronunciamiento es la sentencia C-125/18 que se profiere con ocasión de una demanda de inconstitucionalidad que se promueve en contra del artículo 12 de la Ley 1797 de 2015 que establece que en el segundo orden de la prelación de créditos se encuentran las acreencias en favor de las instituciones prestadoras de salud (IPS). El actor solicita que dentro de ese orden se incluyan también a las empresas que son proveedoras de bienes, servicios y de insumos médico-quirúrgicos para las EPS con fundamento en el principio de igualdad porque el actor sostiene que ambas contribuyen al fortalecimiento del sistema de salud y a la prestación efectiva del servicio de salud. Allí la Corte Constitucional concluye que esa norma es exequible ya que no vulnera el principio de igualdad debido a que existe un criterio que permite diferenciar la provisión de servicios de ese tipo de empresas frente a las IPS.

Más allá de las decisiones y de los cargos, es de resaltar las reglas establecidas por la Corte Constitucional, en primer lugar, el legislador cuenta con amplia libertad de configuración a la hora de establecer procedimientos y reglas en materia concursal de las personas jurídicas que forman parte del sistema general de seguridad social. Sin embargo, en ambos pronunciamientos la CC resaltó que esa libertad de configuración no es absoluta, sino que se encuentra sometida a límites constitucionales y en particular: las reglas no pueden ser irracionales, no pueden imponer cargas desproporcionadas a las personas que forman parte del sistema general de seguridad social en salud ni a los usuarios, en todo caso en el marco de esos procesos concursales debe garantizarse la calidad en la prestación y por último, debe garantizarse la continuidad en la prestación del servicio de salud.

Ahora bien, hay otras reglas de la jurisprudencia constitucional en materia concursal que han sido fijadas en sentencias de control concreto, escenario en el que la CC ha examinado acciones de tutela promovidas por usuarios que han enfrentado barreras en el acceso a la prestación de servicios porque las EPS se encuentran en el marco de procesos de intervención. En estos casos, la CC ha sostenido que los procesos de disolución y liquidación de EPS e IPS no pueden convertirse en obstáculos para garantizar el acceso al servicio de salud o para asegurar la continuidad en la prestación del servicio hasta que el traslado a otra IPS o EPS se haga efectivo, no pueden ser puentes de cargas irracionales y desproporcionadas para el suministro de medicamentos y de tratamientos, siempre que sea posible en el marco de esos procesos de disolución y liquidación de EPS o IPS debe garantizarse la libertad de escogencia del usuario del sistema general de seguridad social en salud.

Además, la CC en el marco del seguimiento de cumplimiento de las órdenes dictadas en la sentencia T-760 del 2008, ha emitido varios autos en los cuales ha abordado la problemática que tiene que ver con las anomalías relacionadas con el proceso de intervención de la Superintendencia de Salud en relación con el hospital San Francisco de Asís de Quibdó. Allí la Corte ha constatado que en ese proceso de intervención se han presentado fenómenos de ineficiencia administrativa, mala gestión, interrupción en los servicios de salud, entre otros; y, al margen de las ordenes concretas que la CC ha dictado en esos autos es de resaltar que se ha señalado que en los procesos de intervención que lleven a cabo las Superintendencias en relación con EPS e IPS deben garantizar el acceso efectivo al servicio de salud, flujo efectivo de recursos para el aprovisionamiento de servicios y productos de salud, continuidad, universalidad e integralidad en la prestación de los servicios de salud.

ii. **Situación del Estado como ente supervisor**

De cara a una reforma al sistema de salud resulta importante mirar la experiencia pasada para determinar si la nueva regulación va a servir para no repetir problemas del pasado. En ese sentido, se debe resaltar que la salud es el objeto de un servicio calificado como servicio público esencial porque su funcionamiento incide en la satisfacción de un derecho o varios derechos fundamentales; en ese sentido, cuando se piensa en términos genéricos *empresas en dificultades* usualmente se piensa en la parte estrictamente financiera, pero si se piensa en las formas empresariales que han venido operando en el sector salud tienen unas dificultades que no son únicamente financieras y que son relevantes para el Estado supervisor frente a este tipo especial de servicio público, entre las otras dificultades se encuentran las administrativas, técnicas, tecnológicas, científicas así como deficiencias en infraestructura para la atención, en la red de prestadores del servicio, dificultades del punto de vista del talento humano y finalmente, problemas de tipo financiero.

En ese sentido, un primer aspecto tiene que ver con el monitoreo y la supervisión, así como el tipo de indicadores que se utilizan por parte del supervisor que en este caso es la Superintendencia Nacional de Salud. Si una de las ideas centrales del proyecto de reforma al sistema de salud, es poner el servicio público y el sistema de salud en función de la garantía permanente del derecho fundamental pues hay que empezar a aplicar medición de todos los problemas administrativos, técnicos, humanos o financieros en clave de satisfacción, protección o desprotección de derechos. Esto no se ha implementado y son muy pocos los países que lo han implementado, no obstante, su implementación es posible y esto sería un punto inicial que de manera preliminar permite resaltar la especificidad de los problemas del sector salud. Por lo tanto, una buena supervisión independientemente de que se trate de elementos administrativos técnicos, humanos o financieros debe tener indicadores frente a satisfacción, protección o desprotección de derechos en juego. Ahora bien, lo único que se invoca siempre que va a haber medidas de intervención es el índice de tutelas presentadas contra una EPS o una IPS, sin embargo, ese no resulta tan preciso, sino que más que un indicador es un indicio de que probablemente hay un problema detrás, pero no muestra concretamente cuál es el problema.

Dicho esto, es importante señalar que muy poco ha cambiado cuando se piensa en las medidas tendientes a atender un problema de un actor del sistema de salud, ya sea EPS o IPS, en torno a la regulación de competencias y procedimientos, las medidas que usualmente se encuentran tienen que ver con atender una dificultad de la empresa y para ello la Ley 100 de 1993 anticipaba en el artículo 230 mecanismos de fusiones, adquisiciones, sesiones de activos o pasivos, entre otros; e igualmente la Ley 100 establece dos medidas que son la toma de posesión con fines de administración o la toma de posesión con fines de liquidación obligatoria y le transfiere al Gobierno Nacional la responsabilidad de establecer un régimen para esto. Lo que se encuentra es que el Gobierno Nacional optó por remitir a la regulación y procedimientos

aplicable al sector financiero según el artículo 233 de la Ley 100, entendiéndose al día de hoy la Superintendencia financiera; este artículo al estar vigente sigue siendo el punto de partida a partir del cual a través de otros decretos y resoluciones del sector salud se sigue haciendo la remisión al estatuto orgánico del sistema financiero para encontrar cuáles son los requisitos y cuál es el procedimiento que se debe aplicar previa la adopción de alguna de estas medidas de intervención o de salvamento.

Asimismo, empiezan a surgir dudas desde la misma redacción del artículo 233 de la Ley 100 porque en la página del Senado hay una nota del editor que dice que ese artículo debe entenderse en concordancia con una reforma que se hizo en la Ley 1438 de 2011 a las competencias sancionatorias de la Superintendencia de Salud, lo cual es una nota desafortunada pero refleja una cuestión permanente en materia de procedimientos que es la confusión en el ámbito de las competencias sancionatorias por el ámbito de todas estas otras medidas que son derivadas del control, bien sea para reorganizar y salvar el actor o bien sea para entrar a intervenir, administrar o eventualmente a liquidar. En la actualidad poco ha cambiado y en los artículos 113 a 116 aproximadamente del proyecto de reforma no se encuentra que se establezcan reglas que llenen este vacío en lo que tiene que ver con los procedimientos para la imposición de este tipo de medidas administrativas.

Por otro lado, se debe identificar para mayor claridad cuáles son las medidas administrativas más frecuentes y que dan lugar a una alta litigiosidad que son algunos instrumentos para la recuperación o el salvamento, adquisiciones o sesiones. Ese tipo de situaciones han sido un primer escenario de alta litigiosidad contra el Estado, incluso vinculando también al Ministerio de Salud porque no son tan claras las competencias entre Ministerio y Superintendencia frente a ese tipo de soluciones. Un segundo escenario tiene que ver con la medida de revocación parcial de autorización para funcionar de varias EPS según diferentes zonas geográficas del país discutiendo cuál es su naturaleza jurídica, es decir, si eso es una medida cautelar o es una medida definitiva, y de esa medida también dependerá cuál es el debido proceso a aplicar y si proceden por ejemplo recursos o no, un tercer escenario es el escenario de la toma de posesión con fines de administración y el cuarto escenario es la toma de posesión con fines de liquidación administrativa forzosa.

Ahora bien, los tipos de litigio que se han desprendido de esos escenarios se podrían clasificar en dos, unos contenciosos administrativos y otros constitucionales. En ambos escenarios se busca finalmente que se declare la responsabilidad extracontractual del Estado y para eso se hace uso de los medios de control de nulidad y restablecimiento del derecho, dado que quienes se consideran afectados por la medida administrativa (contenida principalmente en resoluciones de la Superintendencia de salud) atacan directamente la legalidad o eventualmente la constitucionalidad de estos actos administrativos; y, en ocasiones como el caso de la medida cautelar se discute cuál era el debido proceso, o frente al acto administrativo que ordena la toma de posesión con fines de administración o con fines de liquidación suele ser muy recurrente en esos litigios invocarse la presunta violación al debido proceso y tal vez la causa es un uso arbitrario de las competencias por parte de las entidades públicas. En ese orden de ideas, se presenta un contexto en el que falta más claridad o precisión desde el punto de vista normativo y en esa medida si bien cada caso refleja en concreto una insatisfacción frente a un procedimiento o frente a unas situaciones concretas, de manera general se puede observar que sería deseable tener un régimen más completo y más específico para la adopción de estas medidas insistiendo en que se está en un sistema de salud particular ya que se tiene una serie de riesgos y de dificultades que son particulares lo que hace difícil la trasposición del estándar del sistema financiero exclusivamente para resolver los diferentes problemas que surgen en este sector.

Por ejemplo, en esos procesos de la unidad de restablecimiento del derecho hay un tema delicado que es la medida cautelar de suspensión provisional porque se establece una suspensión provisional, tiempo después cuando ya hay un interventor o un liquidador y ya se han trasladado los usuarios, la cuestión es cómo se le

va a dar cumplimiento a eso; por lo tanto, se necesita establecer un régimen especial de medidas cautelares en el escenario de la nulidad y restablecimiento del derecho. Por otro lado, el otro tipo de litigio contencioso administrativo es el de reparación directa a través del cual se amplía la legitimación por activa, ya no son solamente los directamente afectados sino los indirectamente afectados como pueden ser los usuarios, los socios o asociados de la estructura empresarial o los trabajadores o ex trabajadores; casos en los que se puede decir que hay omisión de la Superintendencia de salud o se han dado malos manejos por parte del interventor o del liquidador, o era una persona que no conocía de las dificultades y problemas propios del sector salud y entonces ahí se busca también el escenario de la responsabilidad.

También hay un escenario contencioso constitucional en el que abundan las acciones populares toda vez que aquí se califica como servicio público y son acciones encaminadas a que en cualquiera de estas etapas (sea que se esté en una negociación de una reestructuración de un actor del sector salud o que ya se está ante una EPS intervenida) se preserve la continuidad, la accesibilidad a la prestación del servicio para que no se ponga en riesgo los derechos de los usuarios, de manera que se habilita al juez de la acción popular para intervenir, entonces empieza un diálogo con los jueces y los supervisores administrativos, no obstante, las órdenes de los jueces no siempre van en el mismo sentido del accionar de los supervisores. Por otro lado, hay muchos casos de acción de tutela que no han llegado a la Corte Constitucional, entonces, la mayor parte de tutelas que no revisa la Corte las resuelven los jueces del circuito, los tribunales y a veces el Consejo de Estado o la Corte Suprema, ahí sí que hay muchísimas tutelas en donde también se han dado órdenes de parar una liquidación meses después. Ahora bien, hay una tutela que seleccionó la Corte Constitucional que podría ser el primer antecedente en donde se va a determinar si procede o no procede porque son casos en donde ya hay reparaciones directas, nulidades y restablecimientos del derecho y ya se han pedido las medidas cautelares de suspensión de los actos y sin embargo se acude de manera subsidiaria a la acción de tutela.

Este panorama muestra que al margen de las estrategias de defensa que hoy se utilizan, todo esto es signo de que puede y debe haber una mejora regulatoria; el énfasis debe estar en mitigar un poco esa asimetría de la regulación en donde los requisitos de ingreso para operar en el sistema de salud son un montón, pero la pregunta es cuáles son los requisitos de salida y es ahí donde hay un desfase muy grande. Ese exceso de regulación, que debería ser un menor, para el ingreso debería corresponder por supuesto con todos los requisitos de salida o por lo menos de salvamento si la idea no es salir definitivamente. Por último, en relación con la responsabilidad del Estado es necesario cuestionarse que en caso de que los actuales actores empresariales presentes dentro del sistema de salud como consecuencia de una reforma legislativa quedaran prácticamente fuera de esa actividad fuera del mercado, cómo se analizaría lo previsto en el artículo 365 de la Constitución que establece que si el Estado decide retomar o reservarse, por razones de interés general o estratégicos, la prestación calificada como servicio público deberá indemnizar previamente a esos operadores.

iii. Supervisión en el Sector Salud

El tema de la empresa frente al sector salud está enmarcado probablemente en la relación que existe entre la empresa y el Estado, se podría decir que se está ante una balanza en donde son dos centros de poder que inciden notablemente, entonces el proyecto de reforma se refiere en lo esencial a cómo va a ser esa balanza inclinándola a favor del Estado. Teniendo esto presente, se puede afirmar que hay intereses que exceden al de cualquier inversor en una actividad económica común y corriente; entonces si se va por ejemplo de la teoría de las relaciones de agencia del análisis económico del derecho se encuentra que indudablemente hay muchos grupos de intereses concentrados en este asunto de la intervención. La empresa realiza una actividad

económica organizada y esos grupos de interés indudablemente pues requieren de una protección del legislador y de todos aquellos factores que intervienen en una actividad en concreto.

Esto también se marca indudablemente en algo que viene acentuándose cada vez más que es la constitucionalización del derecho comercial; en ese sentido, todo problema del derecho mercantil tiene que abordar primero la perspectiva constitucional que tiene el asunto del cual está conociendo dado que hay muchos asuntos de derecho mercantil. Dentro de esa constitucionalización del derecho mercantil hay que llamar la atención sobre normas constitucionales que inciden notablemente en la actividad mercantil que son el artículo 58 sobre la función social de la propiedad y el artículo 333 que consagra expresamente la función social de la empresa. Dicho esto, al hacer alusión en el sector salud hay que dejar claridad que, en ordenamientos como el colombiano, se habla de grupo empresarial básicamente al hacer referencia a la pluralidad de sujetos de derecho que ejercen una misma empresa. De esa definición se genera una característica esencial de todo grupo y es su ambivalencia, porque desde el punto de vista económico se podría decir que se está ante un fenómeno que denota unidad, pero desde el punto de vista jurídico se está ante una pluralidad de sujetos.

Entonces, al leer el artículo 117 y las funciones jurisdiccionales que se pretenden darle a la Superintendencia Nacional de Salud en el proyecto de reforma genera preocupación porque consagra el levantamiento del velo corporativo como una prueba, ni siquiera como una decisión de fondo. En ese orden de ideas, podrían despersonalizar jurídicamente y matar la ambivalencia a la figura ya jurídica en el trámite ni siquiera con la decisión final de un proceso que adelante la Superintendencia Nacional de Salud. El grupo en el caso colombiano tiene dos requisitos para que se configure:

- La subordinación o control es cuando un sujeto de derecho tiene la capacidad de ejercer una influencia dominante sobre una sociedad comercial. Sobre esto hay muchas tendencias que dicen que no debería ser solamente sobre una sociedad comercial, sino que debería ser incluso sobre personas jurídicas que no tienen naturaleza societaria como sucede o acontece por ejemplo con las cooperativas. En este punto pues indudablemente la definición de control sería insuficiente.
- Unidad de propósito y dirección que es básicamente que aquel que controla ve como la pauta de unos objetivos que deben conseguir la pluralidad de sujetos que están ejerciendo esa actividad económica en pluralidad.

Hay veces que solamente se configura el control, pero no el grupo y hay veces que hay grupo porque hay unidad de propósito y dirección, pero al identificar los supuestos de control que están en la Ley estos no se dan. Eso es importante tenerlo en cuenta porque aquí surge la inquietud de que actitud debe tomar el derecho frente al grupo debido a que todavía no hay un acuerdo de cómo debe el derecho abordar a los grupos; indudablemente el modelo más exitoso es el modelo que hace que haya Leyes especiales para distintos sectores de la economía para abordar el grupo porque el tema del grupo es transversal al derecho. El grupo es uno en materia tributaria, otro en materia de competencia, otro en materia de insolvencia y cada área del derecho tiene una visión del grupo; en materia del sector salud hay unas particularidades que son importantes a propósito de la discusión que se vive con el tema de la integración vertical.

La integración vertical es una situación en la cual un sujeto dirige las actividades de otros sujetos que se encuentran en el mismo rango o en el mismo sector, pero son actividades consecuenciales subsidiarias o principales unas de otras. Al revisar el artículo original de la Ley 100 estaba absolutamente permitida, es decir, se estaba en un sistema de libertad absoluta en materia de integración vertical, eso implicaba que había una libertad de configuración jurídica de los grupos en esta materia y que el Estado permitía e incluso amparaba esta situación. Ahora bien, el artículo 15 de la Ley 1122 de 2007 modificó el modelo y ya no se

está ante un sistema de libertad absoluta de integración vertical si no es un sistema de libertad limitada; el modelo se cambió por las siguientes razones:

- Los expertos en derecho de la competencia señalaron que la integración vertical, tal como estaba prevista en la Ley 100, estaba afectando la libre competencia en el mercado.
- Protección de los usuarios y sobre todo su libertad de elegir al prestador de salud.
- Cuando hay integración vertical está una EPS como accionista, controlante o matriz del grupo y esa EPS puede dirigir su IPS y enviar lo que es rentable a su IPS y lo que no es rentable al sector público de los prestadores de salud. Eso hace que haya IPS públicas, lo que se conoce como hospitales públicos, que están absolutamente quebrados y los principales deudores en esos procesos de insolvencia son EPS.

Entonces, ese artículo 15 de la Ley 1122 señaló que las EPS no pueden contratar directa o indirectamente con sus propias IPS más del 30% del valor del gasto en salud; y, a propósito de ese artículo la Corte Constitucional expidió la sentencia C-1041 de 2007 que es la sentencia más completa que explica la exequibilidad de la integración vertical. Además, a propósito de esa norma y de otras demandas ante el Consejo de Estado por resoluciones que ha proferido la Superintendencia Nacional de Salud ya se tiene como una posición jurisprudencial consolidada sobre lo que es la integración vertical. La CC señaló que un bien fundamental en toda la normativa de salud es la protección del usuario y en ese orden de ideas cabe la pregunta sobre cuál debe ser la finalidad de los procesos concursales del sector salud; luego, la Corte sostiene que para que haya integración vertical tienen que concurrir tres requisitos:

- Existencia de un empresario que coordina (es decir una matriz). En términos de derecho comercial coordinar es lo que el artículo 28 de la Ley 222 de 1995 llama unidad de propósito y dirección.
- Existencia de una organización jerarquizada con un solo propietario, el uso de este término ha dado lugar a muchas discusiones porque algunos señalaron con fundamento en esta sentencia que la Corte se está refiriendo básicamente a los supuestos en los cuales la EPS son propietarias de la totalidad o de la mayoría de las acciones de las IPS y que por lo tanto otros casos de control no estarían incluidos en la jurisprudencia constitucional. Sobre esto, el Consejo de Estado amplió a todos los supuestos de control que están previstos en la legislación mercantil.
- Todos los sujetos pueden tener actividades distintas, pero están dirigidas a un mismo propósito.

Desde ese punto de vista la corte acogió a un se acogió un criterio que en derecho de la competencia se conoce como la integración vertical posterior o anterior, que la Corte lo llama integración vertical hacia adelante o integración vertical hacia atrás. La integración vertical hacia atrás es cuando se tiene unas subordinadas que entregan unos insumos para poder salir al mercado con un producto definitivo; mientras que la integración es posterior o hacia adelante cuando se utiliza las subordinadas para colocar en el mercado lo que se está produciendo. La Corte señala que esa integración vertical es problemática en el sector salud porque se presentaría entre la EPS que tiene en su objeto social la función de aseguramiento y la IPS que es la que tiene en su objeto social la prestación directa del servicio de salud al usuario; en ese sentido, la EPS termina controlando de manera casi que totalmente directa la atención al afiliado y esto se contrapone a la inspiración del sistema general de seguridad social en salud.

Pero la Corte dice que, si bien ese artículo 15 es constitucional limitando la integración vertical al 30% de los gastos en salud, de todas maneras, se condiciona esa exequibilidad en el sentido de señalar que de todas maneras ese límite de integración vertical de ninguna manera puede limitar el derecho del usuario a escoger la IPS que está subordinada a la defensa. Por ejemplo, una EPS que ya excedió el 30% del gasto en salud en una IPS que controla no puede negarse a atender a un usuario afiliado que quiere ser atendido en esa IPS. Por lo tanto, la CC estableció que es la Superintendencia Nacional de Salud quien debe aplicar e

interpretar los alcances del artículo 15 tanto por qué esta Superintendencia es la que tiene que interpretar la expresión *sus propias IPS*, esta institución ha emitido resoluciones desde hace años y algunas han sido demandadas ante lo contencioso administrativo. Uno de estos procesos terminó con una sentencia de nueve de mayo de 2019 de la sección primera de lo contencioso administrativo, en la cual el Consejo de Estado mantuvo los actos administrativos y señaló de manera clara que la Superintendencia de salud en esos casos estaba interpretando bien la expresión *sus propias IPS*; en ese caso, en una resolución la Superintendencia Nacional de Salud remitió a los artículos 260 y siguientes del Código de Comercio y a la normativa sobre grupos empresarial. Entonces, el honorable Consejo de Estado señala en esa providencia que esa normativa mercantil es aplicable también a las entidades del sector salud que se encuentran vinculadas por lazos de subordinación o control o que configuran grupos empresariales. En conclusión, en esas situaciones de control necesariamente se entienden como IPS de la matriz EPS.

Por otro lado, el grupo empresarial es un tema del cual en Colombia hay que ocuparse, debido a que la supervisión de la empresa tiene que enfocarse hacia los grupos empresariales porque esa es la forma de empresa hoy en día. Ahora bien, pensar en una Ley general de grupos es un inconveniente y por lo tanto hay que abordar Leyes de sector, particularmente se podría pensar sector financiero como ya existe algo, sector salud, pero también ante situaciones como la insolvencia; hay que preguntarse si el usuario es un acreedor interno o que vendría a ser dado que el proyecto de Ley remite a la Ley 1116; la IPS que tipo de acreedor es cuando la EPS no le ha pagado; esto en razón de que se puede pensar que esa remisión no es lo correcto en tema del sector salud. En este contexto la responsabilidad de la matriz por la insolvencia de sus subordinadas se vuelve un tema importantísimo ya que deja de ser un tema de solo literatura para convertirse en un problema que es práctico; de manera que hay que cuestionarse si será suficiente el artículo 61 de la Ley 1116; si el Estado es el que gira la mayoría de los recursos, ¿este no será controlante cuando no gira? por ejemplo porque eso es una forma de control de la cual también dependen las EPS.

También es necesario analizar la cantidad de funciones jurisdiccionales que cada vez más le entregan a la Superintendencia, dado que el artículo 116 de la Constitución prevé esta situación como algo excepcional, pero se volvió regla general; lo cual no es lo correcto. Para terminar, hay que llamar la atención sobre la facilidad con que se habla del levantamiento del velo y el beneficiario real para responsabilizar a las personas; punto en el que se debe preguntar que va a pasar con el inversionista, se le va a medir a invertir en un país donde el riesgo jurídico es así de alto o no.

iv. **Supervisión de la Superintendencia de Sociedades en el Sector Salud**

Lo primero es precisar con total claridad que la Superintendencia de Sociedades tiene dos brazos: un brazo denominado funciones administrativas (policía administrativa como lo denomina generalmente la jurisprudencia) que son de inspección, vigilancia y control; y otro con carácter excepcional que obedece a funciones jurisdiccionales en materia de insolvencia y en materia de controversias mercantiles. Estas dos funciones por Ley, por fundamento constitucional y por jurisprudencia constitucional deben obrar de manera independiente la una de la otra y eso implica internamente que los funcionarios que adoptan decisiones obran con total autonomía e independencia propios de quienes ejercen funciones jurisdiccionales y otros con las características propias de cualquier funcionario de la rama ejecutiva. En ese orden, a la Superintendencia de Sociedades por Ley se le ha asignado la inspección, vigilancia y control en un primer momento de sociedades comerciales, y aquí viene un punto importante a destacar y es que varios de los actores que se encuentran en el sector salud no necesariamente son sociedades comerciales, hay cooperativas y hay diferentes formas asociativas. En segundo lugar, ésta la supervisión sobre las cámaras de comercio que es una supervisión que se denomina subjetiva, es decir que nada tiene que ver con la

prestación del servicio ni tiene que ver con las funciones que legal y constitucionalmente le corresponden a la Superintendencia de Sociedades

Asimismo, a la Superintendencia se le ha asignado por Ley la función de declarar los grupos empresariales o los casos de control que no se hayan inscrito oportunamente en el registro mercantil, evidentemente tiene que ver con la integración vertical y es una función que hoy por hoy está exclusivamente bien en la Superintendencia Financiera de Colombia o bien en la Superintendencia de Sociedades, sobre todas las sociedades, pero efectivamente tiene un alcance circunscrito ese universo y no comprende otras formas asociativas que pueden eventualmente tener una integración. Asimismo, la Superintendencia de Sociedades tiene la competencia residual prevista en el artículo 228 de la Ley 222 y señala dicha norma que las funciones que no tengan expresamente asignadas otras Superintendencias y que estén contempladas en la Ley 222 le corresponden a la Superintendencia de Sociedades. El examen de competencia que se haga en determinado caso implica que bajo el principio de legalidad las funciones de las autoridades administrativas tienen que estar previstas en la Ley, si la Superintendencia Nacional de Salud no tiene una función expresamente asignada en todas las Leyes que se han nombrado y que se expiden, corresponderá a la Superintendencia de Sociedades por competencia residual asumir lo que le corresponde por Ley. Hay otras funciones que se le han asignado por Ley a la Superintendencia como aprobar cálculos actuariales, disminuciones de capital que impliquen reembolso efectivo de aportes, entre otras.

Adicionalmente es importante de cara a la función administrativa de inspección, vigilancia y control entender que la Superintendencia de la luz de lo de la Ley 222 tiene un entendimiento de qué es la inspección, vigilancia y control (como una pirámide por ilustrarlo de alguna manera), en la base incluye las inspeccionadas, es decir la mayoría de las sociedades comerciales del país (sector real) son inspeccionadas por la Superintendencia de Sociedades que la faculta para solicitar, confirmar, analizar la información financiera, comercial, administrativa, jurídica de las sociedades y no tiene nada que ver con la prestación del servicio porque el ámbito de competencia de la Superintendencia de Sociedades es societario, es decir, velar porque en su formación funcionamiento y desarrollo del objeto social se ajusten a lo previsto en la Ley (Código de Comercio, Ley 222). Vigilancia que es un grado intermedio y al que llegan sociedades que tienen determinado nivel de activos o de ingresos, sobre esas la Superintendencia de Sociedades ejerce una intervención en cuanto a que determinados actos requieren autorización de la Superintendencia de Sociedades. Volviendo a conectar con la idea de la competencia residual, la Ley dice todo lo que no tengan vigilancia o control otro supervisor lo tiene la Superintendencia de Sociedades, con aspectos que tienen que ver exclusivamente con lo que está en el Código de Comercio, no tiene que ver con la prestación del servicio.

El control que es el máximo grado de supervisión y que se ejerce mediante acto administrativo de carácter particular cuando se encuentre que una sociedad está en una situación crítica de orden jurídico, contable, económico o administrativo; y en términos genéricos es una forma de intervención que debe consultar la función de la Superintendencia de Sociedades de velar por el orden público económico; es decir es de interpretación restrictiva. Ahora bien el concepto de supervisión subjetiva y objetiva surge de las decisiones del Consejo de Estado en materia de conflictos de competencia entre autoridades administrativas, esta distinción que hace el Consejo de Estado la hace fundado en las normas que examina y llega la conclusión de que hay autoridades que supervisan el sujeto exclusivamente en aspectos de su funcionamiento interno, hay autoridades que supervisan la actividad y hay unos casos en los que hay una competencia integral (se mira el sujeto y se mira la actividad); entonces esta distinción es relevante de cara a que la Superintendencia de Sociedades no mira la prestación del servicio, ejerce una supervisión subjetiva. Sin embargo, en este cruce de caminos entre la Superintendencia de Sociedades y la Superintendencia Nacional de Salud que se encontraba en algún punto exclusivamente en el tema de grupos empresariales y de control no inscritos,

surge la Ley 1966 de 2019; en esta se crea el sistema integrado de control, inspección y vigilancia para el sector salud involucrando a la Superintendencia de industria y comercio, a la Superintendencia financiera y a la Superintendencia de Sociedades. Se le señala la Superintendencia financiera que va a asesorar a la Superintendencia Nacional de Salud en temas de aseguramiento, la Superintendencia de industria en temas de consumidor y demás, Superintendencia de Sociedades en temas de inspección vigilancia y control. El legislador probablemente teniendo presente esta situación señala que el gobierno reglamentará la materia y a la fecha no existe la reglamentación de la materia, sin perjuicio de ello dice que en lo que tiene que ver con grupos y con control pues la Superintendencia de Sociedades, no cambia nada, pero evidentemente esto genera un cruce de caminos que no estaba contemplado antes.

Ahora hay que entender este cruce de caminos a la luz de las decisiones del Consejo de Estado sobre el particular, por ejemplo, dentro de los primeros conflictos de competencia entre la Superintendencia Nacional de Salud y de sociedades se dijo que le corresponde a la Superintendencia de Sociedades revisar y aprobar el cálculo actuarial pensional de determinada sociedad supervisada por la Superintendencia Nacional de Salud en virtud de la competencia residual. Luego viene un tema y es si le corresponde a la Superintendencia designar al liquidador de la liquidación voluntaria de determinada sociedad supervisada por la Superintendencia Nacional de Salud, este caso es interesante porque en el conflicto de competencias la Superintendencia de Sociedades le dice al Consejo de Estado que sus funciones de carreras las liquidaciones privadas son las que están en el Código de Comercio y la Ley 222 que son que en sus vigiladas y controladas aprueba los cálculos actuariales y aprueba el estado de inventario bajo determinados requisitos que están en la Ley; y en sus vigiladas cuando en los supuestos previstos en la Ley designa al liquidador pero esta liquidación privada voluntaria no es una liquidación judicial en la que intervenga el Estado, es la liquidación privada que está contemplada en el Código de Comercio en la cual los asociados designan un liquidador y este tiene que elaborar un inventario, tiene que publicarlo etcétera; en este caso la intervención del estado es puntual y es en aspectos si se quiere contables, subjetivos que no tiene nada que ver con la prestación del servicio.

Después llega otro conflicto de competencias que reitera la competencia subjetiva de la Superintendencia de Sociedades y es llegar a una solicitud de convocatoria de una asamblea extraordinaria por diferencias en una EPS, la Superintendencia Nacional de Salud dice que no tiene nada que ver en eso y finalmente llega el conflicto de competencias al Consejo de Estado que dice que el artículo 84 de la Ley 222 dice que la Superintendencia social tiene la facultad de ordenar la convocatoria al máximo órgano social cuando no se haya reunido las oportunidades previstas en la Ley; entonces desde la Superintendencia de Sociedades al ser un tema subjetivo previsto en el libro segundo del Código de Comercio. Otro caso que es quién tiene la facultad sancionatoria por las irregularidades que cometan administradores de sociedades del sector salud y el Consejo de Estado analiza la Ley 1966 y dice que en el artículo 2 dice que la Superintendencia Nacional de Salud adelantará el proceso sancionatorio, en este caso que se suscitó se ponía de presente unas irregularidades que en principio podrían ser de carácter societario, pero al final el funcionamiento de la sociedad puede incidir en el tema de la prestación del servicio.

Por último, hay un universo de asuntos que corresponden a la Superintendencia de Sociedades, pero hay otros societarios propiamente dichos que atañen a la Superintendencia Nacional de Salud. También hay que poner de presente que la pérdida de la habilitación por parte de las sociedades del sector salud genera una gran problemática, y es que se ha entendido hasta determinado punto que cuando las EPS o IPS pierden la habilitación y no son objeto de toma de posesión para administrar o liquidar, entonces le corresponde a la Superintendencia de Sociedades. Se han presentado casos en sede jurisdiccional de insolvencia en los que la Superintendencia de Sociedades ha señalado que el artículo 3 de la 1116 expresamente excluye a las instituciones y entidades prestadoras de servicios de salud, por eso no son sujetos de la 1116. De otro lado,

aunque se retire la habilitación también existe una norma que señala que en esos casos le corresponde a la Superintendencia Nacional de Salud decidir sobre la toma de posesión para administrar o liquidar, teniendo hoy un universo sin supervisor y es en los casos en los que se retira la habilitación no se toma posesión y la IPS o la EPS queda en un limbo en el que la Superintendencia de Sociedades aunque adelante algunas competencias no va a poder resolver por ejemplo cuentas pendientes con otros actores del sistema.

v. Problemáticas de las competencias de la Superintendencia de Sociedades y de la Superintendencia de Salud

Todo el mundo en el tema de salud está enfocado en un tema y es sí las EPS van a seguir o no, pero hay otros problemas que no se ven tan relevantes porque tal vez no se venden igual en los titulares de prensa pero que cuando los que se dedican a estudiar estos temas o por alguna razón tienen que enfrentarlos en la vida práctica sí que le ven las dificultades. Uno de estos problemas es cuáles son las herramientas que tiene el Estado cuando tiene que enfrentar a estas compañías que están operando en la vida práctica y lo cierto es que se han dado cuenta que cada una de las entidades que tiene que participar en esto lo hace con herramientas completamente diferentes y no siempre son compatibles. Los comercialistas al sentarse con los funcionarios de la Superintendencia Nacional de Salud evidencian problemáticas porque los comercialistas tienen un esquema clarísimo desde la Ley 222, hay tres categorías y en inspección, en vigilancia y en control está cuantificado; y son solo un tipo de instrumentos para el desarrollo de la actividad empresarial de las sociedades comerciales y las facultades que tienen están contempladas expresamente en la Ley, el parámetro de referencia es el Código de Comercio, la Ley 222, las normas contables en algunos temas, entre otros.

Ahora, cuando el legislador revisó el tema lo hizo desarrollando las facultades de inspección, vigilancia y control que tiene la Constitución y en cada una de ellas fue absolutamente taxativo dando facultades y asignando facultades a este supervisor frente a cada una de ellas, no obstante, lo mismo no ocurre en el sector de la salud. En el sector de la salud hay una avalancha de normas que cada rato se modifican, hay una norma desde el 2011 que habla integralidad en la supervisión, pero la Superintendencia Nacional de Salud nunca ha entendido que son supervisores integrales. Las Leyes, incluyendo el proyecto de Ley de reforma a la salud, incluye las categorías de inspección, vigilancia y control; las intenta definir, pero se confunden las definiciones. En el proyecto de Ley se habla de inspección y se dice que se incluyen facultades frente a sus vigilados; entonces en el mismo artículo que lo está definiendo ya se está confundiendo y no lo tiene tan claro.

Además, se está supervisando el desarrollo de una actividad y esa actividad puede ser prestada por más de un sujeto, no tienen la facilidad que tiene Superintendencia de Sociedades que solo tiene a las sociedades comerciales, que tiene unas reglas claras bien desarrolladas, consolidadas e interpretadas por mucho tiempo. En el sector salud también se tienen corporaciones, fundaciones, empresas sociales del Estado; por lo tanto, la tipología jurídica de sujetos que pueden prestar la actividad es muchísimo más amplia. Entonces lo que empezaron a hacer es una degeneración en la forma en que se fueron dando paulatinamente las normas del sector salud; la empezaron a organizar ya no por grados de supervisión sino por los tipos de servicio que se estaban prestando; el prestador, el asegurador, en algún momento esas categorías de EPS e IPS también se confundieron; entonces se vienen las de prepagada, las de ambulancia, las de los monopolios rentísticos del sector salud.

Cuando se intentó crear el sistema integrado de control, inspección y vigilancia; se pusieron hasta cambiar el orden de los grados de supervisión por alguna razón; no obstante, no fue posible llegar a un acuerdo a pesar de que la Superintendencia de Sociedades era la más interesada en proponer una regulación que fuera

clara; ni siquiera en el punto inicial de establecer que si en el sistema integrado de Superintendencia de Sociedades va a ejercer unas funciones era necesario determinar el universo de nuevos sujetos frente a los cuales hay una vocación de prestar servicio, siendo este un ejercicio elemental de planeación de las funciones administrativas. Por otro lado, la Superintendencia Nacional de Salud de pronto tiene una base de datos, pero como no tienen claro cuál es inspeccionada, cuál es vigilada, cuál es controlada; en realidad eso se está complicando. Un tema adicional es la asignación de competencias en el sector de la salud que es bien complejo porque son los decretos del sector los que deciden cuándo ejercen algunas funciones frente a algunos de los prestadores del servicio; entonces a Superintendencia de Sociedades que le toca lidiar con esa competencia residual, le toca estar al tanto de cuándo salen las regulaciones del sector salud porque de repente, como pasó hace un par de años, Superintendencia Nacional de Salud decidió que su foco ya no iba a estar en las IPS porque son demasiadas y entonces como supervisor se iba a dedicar a las EPS.

Adicionalmente, se supone que la Superintendencia Nacional de Salud es una autoridad de supervisión de la actividad, pero esto no siempre es así dado que a veces mira temas de derecho societario; por ejemplo, la función como un instrumento de reestructuración patrimonial de entes que prestan una actividad importante del sector o la reforma de los estatutos en las EPS. Entonces se tienen dos regímenes de supervisión que al intentar encajar no cuadran; por lo tanto, los esquemas de supervisión tienen un problema dado que hay ámbitos que no son tan claros y hay quienes se aprovechan de esos vacíos. Ahí hay unos arbitrajes regulatorios que no hacen sino generar riesgos y crear eventos en donde los particulares, que pueden prestar servicios con malas intenciones o de pronto de buena fe, aprovechan esos vacíos regulatorios.

La telaraña en lo que se convierte la estructura empresarial de los prestadores de servicios de salud es una cosa monumental, se tiene la EPS, pero detrás de la EPS tiene una SAS, detrás de las SAS tiene unas IPS y detrás de las IPS puede tener personas naturales u otras personas jurídicas y esto hasta que ellos quieran estructurarlo así, por razones asociadas a la estructuración vertical, pero con muchas otras estructuras. Si se mira el esquema de supervisión tratando de dividirlo como se supone que se tiene que dividir, en que Superintendencia Nacional de Salud se encarga del prestador del servicio claramente hay algo que no cuadra porque se está quedando con un único sujeto y en relación con las IPS pueden pasar muchas cosas que son relevantes y pueden ser de interés para el supervisor de la salud.

A raíz de ese reconocimiento, surgen regulaciones puntuales como la del 2007 o la de integración vertical. Por ejemplo, a raíz del caso de una compañía que iba a vender el control de su participación a un sujeto desconocido y a decir verdad fue Superintendencia de Sociedades el que advirtió que no se sabía quién es esa persona; los interesados del sector de la salud promovieron después una nueva regulación apuntando a que las concentraciones en el capital de las EPS no son un tema libre, cuando se llegue a acumular en actos individuales o conjuntos más del 10% de participación del capital tienen que pedirle permiso a la Superintendencia Nacional de Salud; si no lo hacen la consecuencia es la ineficacia de pleno derecho. No obstante, esta norma del sector salud ya se ha incumplido en la práctica y la Superintendencia Nacional de Salud solamente expone que no le solicitaron autorización, pero nadie le da el efecto de ineficacia de pleno derecho; razón por la cual, por competencia residual se pretende que sea la Superintendencia de Sociedades la que declare ineficacias que no están en el Código de Comercio ni en la Ley 222. Esta situación es preocupante y hay que preguntarse qué se va a realizar dado que se crean normas de salud y se pretende que alguien más sea el encargado de aplicarlas.

Otro tema a considerar son las escisiones de las IPS, hace dos años unos empresarios querían entrar al sector salud y estaban interesados en una operación comercial que es la escisión de una IPS. Hay que tener presente que en virtud de la decisión de la Superintendencia Nacional de Salud de enfocarse en las EPS sí es de su competencia la escisión o la fusión de una EPS por normas del sector salud, pero en el caso de las IPS no

se estableció expresamente escisión, pero se dijo disminución de capital. Entonces los conocedores de derechos societario saben que las escisiones pueden en algunos casos implicar la disminución del capital; por lo tanto, estos empresarios realmente tuvieron que padecer un proceso largo entre las dos entidades dado que al consultar quien le iba a autorizar esa escisión. La Superintendencia de Sociedades tenía la posición de que si la escisión implica una disminución de capital las normas expresas del sector salud dicen Superintendencia Nacional de Salud pero si la escisión no implica una disminución de capital sería un tema que puede ir por el régimen de autorización general de la Superintendencia de Sociedades; mientras que la Superintendencia Nacional de Salud sostenía que las normas del sector de la salud no hablan expresamente de escisión y por lo tanto no es un tema de su competencia y debe ser analizado por el sistema integrado sin establecer expresamente a quién le correspondía. El usuario se cansó de esperar y simplemente presentó la solicitud Superintendencia de Sociedades quien le dijo que era una autorización que implica disminución de capital que claramente puede tener una incidencia en la prestación del servicio de salud y en consecuencia remitieron a la Superintendencia de Salud para lo de su competencia. A la fecha, que se sepa nunca se pronunció generándose un vacío en el tema.

Ahora bien, el proyecto de Ley del gobierno no resuelve nada de lo que se está señalando; si bien es cierto que sí tiene un capítulo dedicado a la inspección, vigilancia y control, pero sigue teniendo los mismos temas; se tienen las tres categorías, pero desde la definición misma las confunde. No hay una articulación de los sujetos y en la práctica no es tan fácil el principio de coordinación administrativa, no hay un llamado o una intención de reconocer que de verdad ya hay una dificultad en la práctica. De conformidad con el proyecto de Ley no se sabe si se va a mantener el sistema integrado de control, inspección y vigilancia; se confía en una derogatoria tácita, pero estas no ayudan a la claridad y este es un tema en donde la claridad es supremamente necesaria. Por lo tanto, vendrán nuevas generaciones de conflictos de competencia que muchas veces ayudan, pero no siempre.

vi. Problemáticas del proyecto de reforma a la salud en materia concursal

La Corte Suprema de Justicia, en sentencia del doctor Jesús Valderruten Ruiz del año 2013, estableció que “Ciertamente, el derecho concursal –al que pertenecen los concursos y <paraconcursos> antes mencionados-, como disciplina autónoma y unitaria que regula de manera transversal la crisis patrimonial de los sujetos, es un complejo compendio normativo compuesto por disposiciones de linaje sustancial y procesal, de derecho público y privado, administrativo, fiscal, civil y mercantil –inter alia-, que no solo conduce, en virtud de su especialidad, a la inaplicación del derecho común, sino que constituye parte esencial del *ius cogens*, derecho imperativo de la Nación u orden público”. Por lo tanto, los concursos y los paraconcursos hacen parte de la estructura del derecho concursal de los Estados, además, es de señalar que el derecho concursal tiene un bien jurídico tutelado que es la economía y lo que pretende es ser un mecanismo de profilaxis de la economía. En ese sentido, lo que está en crisis y se puede recuperar se recupera mientras que lo que está en crisis y no se puede recuperar se saca de manera ordenada del mercado para que esa crisis no dañe más sujetos en virtud de la concatenación de patrimonios.

Dentro de la estructura del derecho concursal y para la protección de la economía, el legislador y la teoría concursal en general ha escogido dos caminos, uno el derecho concursal ordinario o el de los concursos y el otro el derecho concursal especial o el de los paraconcursos; esto quiere decir que aquellas crisis patrimoniales en que incurrn los deudores que no tienen en su actividad un factor diferenciador que necesite una mayor atención se va a llevar por el sistema concursal ordinario (Ley 1116 de 2006) mientras que cuando quiera que exista un sujeto que por su actividad las implicaciones de la crisis van a ser distintas a las puramente económicas o económicas pero aceleradas se crea el sistema especial de paraconcurso. No

es lo mismo que entre en crisis patrimonial una fábrica de zapatos o una clínica dado que esta necesita una atención especial, en ese mismo sentido, la crisis de un banco no es igual a las anteriores porque esta se replica muy rápidamente en la economía y puede acabar con la economía de un país. No obstante, para el legislador parece que el banco y la clínica son lo mismo porque al final del día todos los concursos terminan reglados por el estatuto orgánico del sistema financiero; lo cual está mal desde la teoría de por qué debe haber concursos.

Ahora bien, la especialidad del concurso frente al concurso viene dada por que el derecho concursal se manifiesta a través de dos tipos de procedimientos, unos recuperatorios y unos liquidatorios. La diferencia entre el concurso y el concurso en materia recuperatoria es que en el concurso (sector salud, sector financiero, servicios públicos, entre otros) el mecanismo recuperatorio parte de la base de que es un mecanismo con desapoderamiento del deudor; esto quiere decir que reacciona el ordenamiento jurídico y le dice a la empresa que al estar en crisis y no haber administrado bien (no se está hablando de que haya administrado de una manera criminal), el Estado pondrá a un tercero que supuestamente sabe del tema para que lo administre; no obstante, en algunos casos en esas intervenciones para administrar el agente interventor seleccionado no siempre conoce del tema.

Por otro lado, en el caso de los concursos el escenario liquidatorio es un trámite jurisdiccional, se tiene un juez que reconoce la existencia de derechos mientras que en los concursos se tiene un agente liquidador que es quien se encarga de decidir si alguien tiene derecho o no derecho a percibir un dinero en una liquidación y de qué clase es o de qué categoría acreedor, de manera que está calificando y graduando créditos sin tener el carácter ni de auxiliar de la justicia en estricto sentido ni el carácter de juez. En ese orden de ideas, el esquema de hoy es problemático porque en primer lugar no se tiene una norma concursual seria aplicable a escenarios distintos a los del sector financiera, y segundo el control judicial posterior es complicado dado que las personas que van ante el contencioso administrativo, a demandar porque el liquidador se le olvidó, se le pasó o se equivocó, la solución les llega normalmente muy tarde; de tal manera que se tiene un sistema con muchas desventajas además de las problemáticas existentes en materia de competencia de las Superintendencias.

Ahora bien, la CC ha dicho que para que, en desarrollo del artículo 116 de la CP, la Ley atribuya funciones jurisdiccionales a las entidades administrativas estas funciones jurisdiccionales tienen que estar íntimamente ligadas a la función administrativa; tienen que ejercerse de manera separada y clara, pero tiene que haber alguna conexión. En el proyecto de reforma a la salud en los artículos 117 y 118 se establecen funciones jurisdiccionales a la Superintendencia Nacional de Salud de única instancia al establecer el carácter definitivo, el artículo 117 establece que “la Superintendencia Nacional de Salud podrá conocer, tramitar y fallar, con carácter definitivo y con las facultades propias de un juez, los siguientes asuntos (...)” entre los que se encuentra la cobertura de los procedimientos, los conflictos relacionados con la libre elección que se suscite ante los usuarios, los trámites de insolvencia previstos en la Ley 1116 de 2006 o la que haga sus veces (pese a que esta Ley tiene problemáticas evidenciadas que podrían afectar al sector salud), declaratorias de nulidad. Ahora bien, el párrafo segundo del artículo 117 establece que el procedimiento que utilizará la Superintendencia Nacional de Salud en el trámite de los asuntos de que trata este artículo será el previsto en el Decreto Ley 2591 de 1991, en el que se regula la acción de tutela; de manera que la Superintendencia Nacional de Salud se convertiría en juez constitucional. Sobre este punto es de resaltar que según muestran las estadísticas, la mayoría de las tutelas que se presentan son por temas de salud, por lo tanto, se congestionaría la Superintendencia Nacional de Salud quien va a decidir en sede de tutela.

Por otro lado, no se ha estudiado la efectividad de la Ley 1116 de 2006 frente a ese bien jurídico tutelado que es la economía; de manera que es cuestionable su aplicación en el sector salud. Ahora, cuando se llevan

funciones jurisdiccionales a una autoridad administrativa se debe justificar, y en el caso de la Superintendencia de Sociedades es juez concursal por la experiencia y conocimiento del tema, así como la celeridad en los trámites. No obstante, hay que preguntarse cuál experiencia en materia concursal tiene la Superintendencia Nacional de Salud si además lo que hace es nombrar un agente liquidador y de ahí para allá no se hace responsable. Ahora, hay problemática frente al ejercicio de todas las funciones jurisdiccionales y en todas las Superintendencias que son entidades de extracción política, entonces lo que se tiene al final del día es una persona que llega a un cargo por política que se volverá juez, de manera que se tendrían jueces sin experiencia en materia concursal o como jueces. Razones por las cuales se debe buscar un mecanismo que proteja verdaderamente el mercado, pero con el cubrimiento de toda la problemática que se presenta en el sector.

Finalmente, hay que hacer referencia que de conformidad con el artículo 118 del proyecto de reforma, el levantamiento del velo corporativo se establece para trámites de insolvencia (proceso liquidatorio o recuperatorio) como prueba y señala que el juez Superintendente Nacional de Salud o a quien ponga podrá utilizar esta figura cuando así lo necesita con el propósito de determinar si hay responsabilidad del beneficiario real, de la controlante o de los accionistas; pero, a renglón seguido se establece que se presume la responsabilidad cuando se está en un trámite de insolvencia. Por lo tanto, si el requisito para que se pueda levantar el velo corporativo como prueba es que se esté en un trámite de insolvencia, entonces al final lo que se va a decir es que al estar en insolvencia se presume la responsabilidad de todos aquellos que pueden estar ahí involucrados; no obstante, de acuerdo con el ordenamiento jurídico no es posible presumir la responsabilidad, pero sí elementos como el nexo causal que es el caso del artículo 61 de la Ley 1116 de 2006.

En conclusión, el intentar copiar regímenes que no funcionan en la realidad afecta el proyecto de reforma a la salud (por lo menos en sede concursal). Por lo tanto, el llamado aquí sería que se debe establecer un parámetro normativo que de verdad pueda ser eficiente, determinar si la lista de auxiliares de la justicia va a ser la integrada por la Superintendencia de Sociedades o si la Superintendencia Nacional de Salud va a tener su propia lista de auxiliares de la justicia, aclarar si se utilizará el mecanismo del procedimiento de tutela, las posibles derogatorias tácitas, entre otros.

vii. Liquidación de EPS e IPS

El régimen de bancos fue importado de manera que cuando el régimen de formación, administración, operaciones y liquidación está concebido dentro del marco de la Ley del Estado de Nueva York, todo resulta ser armónico, aunque extraño y diferente a las demás normas del ordenamiento. Entonces, cuando la Ley 100 de 1993 tuvo que ocuparse del tema concursal y tema liquidatorio, en lugar de reconocer la especialidad que tiene el sistema de salud, remitió a la Ley de bancos sin ningún sentido. Al hacer ese reenvío se generan una cantidad de anormalidades que son las que se viven no solamente en la formación, administración y liquidación de entidades del sector salud, sino que genera una cantidad de conflictos en las pretensiones de los particulares.

Es de señalar que cualquier persona puede organizar una EPS y es explica gran parte de las problemáticas existentes en el sistema, no es que el sistema esté mal concebido, sino que no se establecieron limitaciones para entrar al sistema. De manera que cualquier persona puede llegar a administrar las EPS con diversas lógicas y eso trae como consecuencia el fracaso de esas empresas. Asimismo, cuando viene la toma de posesión es posible preguntarse qué pasa con las herramientas de salvamento que están diseñadas para el sistema financiero como la capitalización forzosa, el cambio de estructura de nivel de manera que se sitúe donde pueda tener un comportamiento razonable, la fusión obligatoria, entre otras herramientas; las cuales

no existen en el sistema de EPS, razón por la cual había cantidades de EPS incapaces de sobrevivir y estaban posponiendo su ruina y afectando a IPS que dependían o formaban parte de las redes de la EPS que cayó. Entonces hay que preguntarse qué pasa cuando el Estado ve que una entidad vigilada sobre la cual tiene una cantidad de atribuciones, deberes, obligaciones y una cantidad de información no parece viable y después tiene la certeza de que no es viable; lo que hace es deshabilitar parcialmente, pero quitándole prestaciones o regiones de servicio no se soluciona el problema dado que con esta medida termina perdiendo capital y teniendo menos recursos. Por lo tanto, las deshabilitaciones parciales que están en el sistema no conducen a nada; y, en ese sentido, el Estado tiene que tomar las decisiones en el momento que corresponde así causen inconformidades porque los administradores públicos no son jueces y administrar en el derecho de sociedades supone tomar decisiones.

Ahora, al pasar a la vivencia de lo que es la liquidación en sí, cuando se precipita la medida ocurren tres cosas importantísimas; primero hay una posibilidad de migración voluntaria que es que quien estando adscrito afiliado a esa EPS sabe que esa EPS ha cerrado, lo primero que piensa es en el tratamiento en curso, en la expectativa para él y su familia y solo por sí solo se vuelve muy grande trata de irse a otra EPS que le quede más cerca o que le ofrezca mejor expectativa porque sabe que la que cierra no le va a dar nada. Hay un momento posterior en que quienes no migraron están sometidos a una migración forzosa por parte del Estado, el Ministerio de Salud toma esa población y la asigna a las EPS que sí están activas, pero eso es ilógico porque tomar una gran población y adjudicárselos de repente a otra EPS que está organizada para atender la población con la que trabaja desborda toda la capacidad de los receptores; la EPS receptora no se molesta porque cada afiliado llega con su capital, entonces recibe esa población de súbito para no servirlos sino diluir la prestación de servicios para ver cómo se prepara para retener esa población, porque esa población uno o dos meses mal servidos entra en la migración voluntaria y generan ellos una redistribución dentro de las EPS sobrevivientes.

Ahora bien, las personas que van a reclamar se hacen parte no llevando una prueba sumaria sino pruebas como las facturas de servicio, entonces hay un plazo para hacer la calificación y graduación de los créditos, pero los créditos hay que individualizarlos con base en las facturas que llegaron, pero eso debe estar desagregado por componentes y ese trabajo es descomunal. De manera que la liquidación soporta de entrada una dificultad inmensa que tiene que ver con la prueba que cada acreedor debe llevar para ser reconocido. En segundo lugar, otra dificultad que se presenta es que hay un acreedor especial que es ADRES, los dineros que han sido suministrados por esta entidad quedan excluidos de la masa o como dice ADRES graduados por encima de los laborales y de los tributarios, pero entra en la graduación. Esto evidencia que se mal copió el régimen de la Ley de bancos porque en bancos hay la masa y la no masa que es la plata de ahorradores y cuentacorrentistas; la Corte Suprema en el año 25 aclaró que esos bienes no forman parte de la masa porque son depósitos irregulares en los cuales el dueño sigue siendo el cuentacorrentista, entonces son bienes ajenos que el banco tiene y que se excluyen de entrada y no hay que solicitar la exclusión. En el sector salud todo lo de la ADRES entra en la masa y debe excluirse, eso genera una dificultad grande porque para hacerlo se deben depurar todos los contratos que tuvieron origen en dinero de ADRES y eso es un trabajo carísimo.

Por otro lado, si en algo se puede hablar de fiebre sistémicas es en EPS porque esta arrastra normalmente a las IPS y no a los afiliados o a los ciudadanos que estaban prestando servicio, ello porque los tratamientos en curso siguen en la EPS receptora, en cambio las IPS que tenían cuentas por cobrar a la EPS quedan en quinta clase y normalmente los descalces pasan del billón de pesos; de manera que el sistema por lo menos en la parte de la liquidación es absolutamente lamentable. Y se llega a este escenario porque el Estado que debía tomar una decisión dolorosa, pero en el momento que correspondía no la tomó o tomó los caminos de la deshabilitaciones de productos o deshabilitaciones de tiempo. Una propuesta que cursa en uno de los

proyectos de reforma al sistema que puede ser mercantil es tomar a los afiliados como activo, es decir, clientes que generan una cantidad de dinero por ingreso como las tarjetas de crédito; si se tomaran esas personas como cliente y se valorara ese conjunto como un bien se puede vender de manera que lo compren quienes tengan el capital suficiente para recibir y tratar bien a esa población no sería razonable; esto en razón de que nada recibe la sociedad que venía administrando esa población.