

**REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL**



**JUZGADO TERCERO ADMINISTRATIVO DE ORALIDAD
CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SECCIÓN PRIMERA**

Bogotá, D.C., treinta y uno (31) de marzo de dos mil veintidós (2022).

RADICACIÓN: 11001-3334-003-2017-00029-00
DEMANDANTE: ENTIDAD PROMOTORA INDIGENA DE SALUD MALLAMAS
EPSI
DEMANDADA: SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD
ASUNTO: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Como toda la actuación de la referencia se ha efectuado conforme a las reglas adjetivas que le son propias, sin que se observe causal alguna que invalide lo actuado, es procedente proferir decisión de mérito, para lo cual el **Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Bogotá**, en ejercicio legal de la Función Pública de Administrar Justicia que le es propia, y con observancia plena al derecho aplicable, dicta la presente

SENTENCIA

1. ANTECEDENTES

1.1 MEDIO DE CONTROL

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

1.2 DECLARACIONES Y CONDENAS

Se declare la nulidad de las Resoluciones Nos. 003557 del 07 de julio de 2015, 002320 del 11 de mayo de 2016 y 002332 del 11 de agosto de 2016, por medio de la Superintendencia Nacional de Salud impuso sanción administrativa, y resolvió los recursos de reposición y apelación, respectivamente.

Como consecuencia de lo anterior, a título de restablecimiento del derecho, se ordene la devolución de los dineros que haya tenido que pagar MALLAMAS EPS-I en virtud de los referidos actos administrativos, junto con su indexación e intereses.

1.3 HECHOS DE LA DEMANDA

Los hechos descritos por el apoderado de la parte demandante, en resumen son:

1.- El 20 de julio de 2014, la Oficina de Calidad del Ministerio de Salud y Protección Social, remitió a la Superintendencia de Salud informe trimestral de la entrega y nivel de cumplimiento de la Carta de Derechos y Deberes del Afiliado y del Paciente en el Sistema General de Seguridad Social en Salud y de la Carta de Desempeño por EPS.

2.- El 13 de noviembre de 2014, el Superintendente Delegado para la Protección al Usuario remitió actuación administrativa a la Delegada de Procesos Administrativos para determinar la procedencia o no de iniciar proceso sancionatorio.

3.- Mediante Resolución 1786 del 14 de noviembre de 2014, la referida Delegada de la Supersalud ordenó iniciar proceso administrativo sancionatorio contra MALLAMAS EPS-I, por el presunto incumplimiento del numeral 130.7 del artículo 130 de la Ley 1438 de 2011 y los artículos 4 y 5 de la Resolución 4343 de 2012.

4.- Con oficio del 22 de diciembre de 2014, MALLAMAS EPS-I presentó sus descargos y allegó pruebas.

5.- A través de acto administrativo del 13 de marzo de 2015, la Delegada para Asuntos Administrativos resolvió sobre la solicitud de pruebas, negando la prueba testimonial requerida y corrió traslado para alegar de conclusión.

6.- Mediante Resolución 3557 del 07 de julio de 2015, la demandada decidió la investigación administrativa sancionando a MALLAMAS EPS-I con multa equivalente a 100 SMMLV.

7.- MALLAMAS EPS-I interpuso recurso de reposición y subsidio apelación contra la resolución sancionatoria.

8.- Por medio de la Resolución 2320 del 11 de mayo de 2016, la entidad demandada resolvió negativamente el recurso de reposición.

9.- Con Resolución 2332 del 11 de agosto de 2016, la Superintendencia Nacional de Salud resolvió el recurso de apelación confirmando la declaratoria de responsabilidad administrativa de MALLAMAS, pero disminuyendo el valor de la multa a la mitad.

1.4 NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN

Señala como disposiciones vulneradas los artículos 29 y 48 de la Constitución Política, así como los artículos 137 del CPACA, 130 de la Ley 1438 de 2011 y 17 de la Resolución 1650 de 2014.

Como concepto de violación expuso lo siguiente:

1.4.1 Falsa motivación.

- Falta de proporcionalidad y razonabilidad de la sanción. Refirió el contenido de los artículos 130, 131 y 134 de la Ley 1438 de 2011, para

afirmar que ninguno de los actos administrativos acusados se encuentran debidamente motivados en cuanto a la dosificación y proporcionalidad de la sanción, debido a que no se hace mención de manera específica y concreta a la forma en que se graduó el monto de la multa, así como tampoco se realiza un análisis de cada uno de los criterios establecidos para realizar tal graduación.

Señaló que, pese a encontrarse establecido reglamentariamente en el artículo 17 de la Resolución 1650 de 2014, que la sanción puede ser la revocatoria de la habilitación, la multa o la amonestación, en los actos demandados tampoco se mencionada porque en el caso concreto procedía multa y no amonestación. Concluyó entonces que, la pena impuesta a MALLAMAS EPS-I no tiene relación con el presunto perjuicio ocasionado.

- No hay prueba de afectación al bien jurídico tutelado. Refirió un aparte de la resolución sancionatoria, según el cual se expuso que la falta de diligencia generó perjuicios a sus afiliados, sin que exista en el expediente una sola prueba que los supuestos perjuicios, más aun cuando en su criterio, en el presente caso no se estuvo ante un incumplimiento al deber de información, sino ante una diferencia de forma en la que esta se publicó.

- La responsabilidad objetiva está proscrita en el ordenamiento jurídico Colombiano en los procedimientos sancionatorios. Explicó que en el acto administrativo que impuso sanción, de acuerdo con la referida falta de prueba de un perjuicio a los usuarios, existe ausencia de culpa, y por tanto, no era procedente la sanción, ya que esta se fundó en la responsabilidad objetiva que está prohibida en este tipo de actuaciones.

1.4.2 Desconocimiento del derecho de audiencia y defensa.

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

Manifiesta que pese al soporte documental allegado por la Superintendencia, esta determina el incumplimiento de la información sólo porque no se utilizan de manera literal las palabras utilizadas en el reglamento, como es el caso del ítem relacionado con la especificación que no existen periodos de carencia ni restricciones por traslado, pese a que en otros se refleja la misma información.

Considera la demandante que rechazar la inserción de links o información contenida en enlaces, y por el contrario, exigir que la PES

consigne toda la información en la carta de derechos resulta desproporcionado y contrario a los parámetros dados por la Corte Constitucional en la sentencia T-760 de 2008, sin mencionar que ello puede confundir al usuario pues se trata de información técnica elaborada por terceros.

- La necesidad del acatamiento del principio del debido proceso. Indicó que el artículo 7 de la Resolución 4343 de 2012 otorga facultades a la Superintendencia Nacional de Salud para iniciar un proceso sancionatorio en caso que sea procedente, y el artículo 11 ídem establece que esa entidad en conjunto con el Ministerio de Salud y Protección Social vigilará y controlará el cumplimiento de lo allí descrito, para lo cual debe adelantar las acciones pertinentes de acuerdo a sus competencias; sin embargo, en su concepto, ello no significa que estas entidades deban necesariamente iniciar un proceso sancionatorio cuando consideren que las cartas de deberes y desempeño no cumplen lo exigido pues en cumplimiento del debido proceso estas deberían solicitar primero su ajuste, así como adelantar planes de mejoramiento, y solo en caso de incumpliendo a esos, ahí si ejerce su potestad sancionadora.

1.5 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

1.5.1 Superintendencia Nacional de Salud

El apoderado de la referida entidad se opuso a las pretensiones y realizó pronunciamiento respecto de cada cargo, de la siguiente manera:

Frente al primer cargo

Explica que de la lectura de los actos administrativos demandados, la Superintendencia Nacional de Salud sí realizó juicio de proporcionalidad de la sanción, partiendo de la base que la infracción corresponde a la ausencia del cumplimiento de la totalidad de los requisitos de la Carta de Derechos y Deberes del Afiliado y del Paciente, lo cual entorpece el mandato de la Sentencia T-760 de 2008 frente a la vigilancia que debe realizarse sobre la materialización del derecho a la información de los usuarios a través de los instrumentos dispuestos en la Resolución 4343 de 2012.

Señala que de acuerdo a las referidas disposiciones así como del contenido de los artículos 130 a 134 de la Ley 1438 de 2011, se demostró la ocurrencia de la infracción en cuanto al incumplimiento en el contenido mínimo de la carta de derechos y deberes del afiliado o usuario, lo cual atenta contra los principios de sistema general de seguridad social, tal y como fue explicado en los actos administrativos demandados.

Así, no es cierto que no se haya realizado un juicio de culpabilidad frente a los cargos formulados pues la sanción se fundamentó sobre una valoración completa del actuar de la EPS frente a las obligaciones

legales y reglamentarias que le asisten, ante su falta de diligencia frente al bien jurídico tutela y protección de los participantes del sistema.

Frente al segundo cargo

Relata que en el procedimiento administrativo sancionatorio se observaron todos los presupuestos del debido proceso, se brindaron las oportunidades para ejercer el derecho de defensa y se atendieron y valoraron cada uno de ellos a la luz de lo dispuesto en el ordenamiento jurídico.

Precisa que en todo el trámite administrativo, la EPS nunca negó que la carta de derechos y deberes del afiliado presentaba diferencias con respecto a las exigencias de la Resolución 4343 de 2012, sino por el contrario intentó justificar esas diferencias y omisiones en el hecho de ser una EPS que atiende población indígena y que nunca se le dio una instrucción sobre cómo debía adecuar el documento, o un aviso al respecto.

Conforme a lo anterior propuso la siguiente excepción de mérito: legalidad de los actos administrativos demandados al no incurrir en ninguna de las causales de nulidad señaladas en el artículo 137 de la Ley 1437 de 2011.

1.6 ACTUACIÓN PROCESAL

La demanda correspondió por reparto a este Juzgado el 20 de febrero de 2017¹.

Por auto del 28 de febrero del mismo año se inadmitió². Dado que la misma no fue subsanada completamente, por auto del 25 de abril de 2019, se rechazó la demanda³.

Dicha providencia fue objeto de recurso de apelación que fue concedido por auto del 23 de mayo de 2017⁴. El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en auto del 31 de mayo de 2018, revocó la providencia apelada y pese a que aceptó que la demanda no había sido subsanada, consideró que debía primero requerirse a la entidad demandada para que allegara la constancia de notificación de los actos administrativos⁵.

Por auto del 01 de febrero de 2018, el Juzgado obedeció y cumplió lo resuelto por el superior y requirió a la demandada lo pertinente⁶, requerimiento que fue reiterado en auto del 12 de abril de 2019, previo incidente de sanción⁷.

1 Folio 92, Cuaderno principal
2 Folios 94 a 96, Cuaderno principal
3 Folios 106 y 107, Cuaderno principal
4 Folio 113, Cuaderno principal
5 Folios 4 a 6, Cuaderno 2
6 Folio 117, Cuaderno principal
7 Folio 122, Cuaderno principal

Mediante providencia del 21 de julio de 2019, el Juzgado admitió la demanda⁸ y la notificación a la Superintendencia Nacional de Salud, al Ministerio Público y a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado se surtió el 06 de agosto de 2019⁹.

De la excepción propuesta se corrió el traslado respectivo, sin pronunciamiento alguno¹⁰.

Con auto del 07 de septiembre de 2021, se tuvo por contestada la demanda, se dio aplicación a lo dispuesto en el numeral 1 del artículo 182A del CPACA prescindiendo de la audiencia inicial para lo cual se profirió auto de decreto de pruebas incorporando las documentales aportadas por las partes y negando las demás solicitadas por la parte actora, así como se ordenó correr traslado de las documentales incorporadas¹¹.

El traslado de la documental se surtió mediante correo electrónico del 07 de septiembre de 2021, sin pronunciamiento alguno¹².

Mediante providencia del 25 de octubre del 2021, se dispuso cerrar el debate probatorio, dictar sentencia anticipada y por tanto, correr traslado para alegar de conclusión por el término de 10 días¹³.

Dentro de la oportunidad procesal correspondiente el apoderado de la Superintendencia Nacional de Salud presentó alegatos de conclusión¹⁴. La parte actora no efectuó pronunciamiento en esta oportunidad, así como tampoco el Ministerio Público rindió concepto¹⁵.

1.7 ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

1.7.1 Parte demandante

No presentó alegatos de conclusión

1.7.2 Parte demandada¹⁶

El apoderado de la Superintendencia Nacional de Salud se opuso nuevamente a las pretensiones de la demanda y reiterando lo expuesto en sus argumentos de defensa, señaló que las resoluciones acusadas se encuentran ajustadas a derecho.

2 CONSIDERACIONES

2.1 COMPETENCIA

8 Folios 136 y 137, Cuaderno principal
9 Folios 148 a 152, Cuaderno principal
10 Folios 174 y 175, Cuaderno principal
11 Folios 176 a 178, Cuaderno principal
12 Folio 179 y 180, Cuaderno principal
13 Folio 181, Cuaderno principal
14 Folios 183 a 192, Cuaderno principal
15 Folio 193, Cuaderno principal
16 Folios 183 a 192, Cuaderno principal

De conformidad con lo dispuesto en los artículos 104, 106, 124, 138 y numeral 3 del artículo 155 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, este Despacho es competente en primera instancia para conocer el asunto de referencia por tratarse de una demanda promovida en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, con cuantía inferior a 300 salarios mínimos legales mensuales vigentes, por hechos sancionados ocurridos en la ciudad de Bogotá.

2.2 FIJACIÓN DEL LITIGIO

En auto del 07 de septiembre de 2021, el litigio se fijó en los siguientes términos: Establecer si es procedente declarar la nulidad de los actos administrativos demandados, por medio de los cuales se impuso sanción a la hoy demandante; o si por el contrario estos se encuentran ajustados a derecho, como sostiene la demandada.

2.3 PROBLEMA JURÍDICO

Conforme se estableció en la fijación del litigio, el problema jurídico se contrae a determinar:

¿Fueron proferidas las Resoluciones 003557 del 07 de julio de 2015, 002320 del 11 de mayo de 2016 y 002332 del 11 de agosto de 2016, con falsa motivación y/o violación al debido proceso?

2.4 HECHOS PROBADOS JURÍDICAMENTE RELEVANTES

El Juzgado previo al estudio de los cargos, procede a realizar pronunciamiento respecto de los hechos relevantes probados en el proceso, de la siguiente manera:

- Mediante oficio 201414001096061 del 30 de julio de 2014, el Ministerio de Salud, remitió a la Superintendencia Nacional de Salud el quinto informe trimestral de la entrega y cumplimiento de la Carta de Derechos y Deberes del Afiliado y del Paciente en el Sistema General de Seguridad Social en Salud y de la Carta de Desempeño por EPS; informe dentro del cual se reportan las EPS tanto del Régimen Subsidiado como del Contributivo respecto de las cuales se encontraron inconsistencias en la información contenida en las referidas cartas para el mes de julio de 2014, conforme a los artículos 4 y 5 de la Resolución 4343 de 2013.

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

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

COD.	EPS	CARTA DERECHOS DEBERES	DE Y	CARTA DESEMPEÑO	DE
------	-----	------------------------------	---------	--------------------	----

		Cumple	No cumple	Cumple	No Cumpl e
--	--	---------------	------------------	---------------	-------------------

(...)

EPS105	MALLAMAS		X		X
---------------	----------	--	---	--	---

"17.

- Mediante formato Traslado para Investigaciones Administrativas, de fecha 13 de noviembre de 2014, el superintendente delegado para la protección al usuario remitió el informe referido anteriormente, a la delegada de Procesos Administrativos con el fin de verificar el cumplimiento a las normas del Sistema General de Seguridad Social en Salud, y de ser el caso iniciara las investigaciones administrativas respectivas¹⁸.
- La Superintendencia Nacional de Salud – Superintendencia Delegada de Procesos Administrativos, mediante Resolución 001786 del 14 de noviembre de 2014, dio apertura al proceso administrativo sancionatorio en contra de MALLAMAS EPSI, para lo cual se fundamentó en lo dispuesto en el numeral vigésimo octavo de la sentencia T-760 de 2008 proferida por la Corte Constitucional, el artículo 130 de la Ley 1438 de 2011, la Circular Externa 016 de 2013 y la Resolución 4343 de 2012, formulando el siguiente cargo:

“CARGO ÚNICO: Presuntamente incumplió el numeral 130.7 del artículo 130 de la Ley 1438 de 2011 y los artículos 4 y 5 de la Resolución 4343 de 2012, por cuanto la Carta de Derechos y Deberes del Afiliado y del Paciente y la Carta de Desempeño al mes de julio de 2014 no cuenta con el contenido mínimo requerido conforme se discrimina en el cuadro adjunto al presente acto administrativo, de acuerdo con lo señalado en la parte motiva del presente auto.”

En el cuadro anexo al acto administrativo se observan los aspectos respecto de los cuales se imputo el cargo referido, es decir, aquellos que se encontraron presuntamente no cumplidos, así:

“

LISTA DE CHEQUEO CARTA DE DERECHOS Y DEBERES			
Ítem	Cumple	No cumple	No aplica
Información general			

(...)

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

(...)

Identificación de las dependencias, procedimientos y términos para el acceso a los servicios no incluidos		X	
---	--	---	--

17 Folio 167 – CD Antecedentes Administrativos, páginas 1 a 8 -, Cuaderno principal.

18 Folio 167 – CD Antecedentes Administrativos, páginas 9 a 11 -, Cuaderno principal.

Radicación: 11001-3334 -003-2017-00029-00
 Demandante: MALLAMAS EPS-I
 Demandada: Superintendencia Nacional de Salud
 Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
 Asunto: Sentencia de primera instancia

en el plan de beneficios			
(..)			
Capítulo de deberes			
(..)			
Cumplir las normas del sistema de salud		X	
(..)			
Capítulo de instituciones y recursos para el cumplimiento de los derechos			
(..)			
Quando le sea negado un servicio por no estar incluido en el plan de beneficios, la posibilidad de acudir al comité técnico científico o al organismo que haga sus veces		X	
Información sobre la posibilidad de acudir a la Superintendencia Nacional de Salud cuando se presenten conflictos relacionados con la cobertura del plan de beneficios, las prestaciones excluidas, el pago de las prestaciones económicas, el reconocimiento económico de gastos por parte del afiliado, multifiliación, libre elección y movilidad dentro del sistema		x	
LISTA DE CHEQUEO CARTA DE DESEMPEÑO			
Ítem	Cumple	No cumple	No aplica
Indicadores de calidad de las entidades prestadoras de servicios de salud, mostrando la comparación con la media nacional		x	
(..)			
Comportamiento como pagador de servicios. Resultados de los indicadores financieros que reflejen la oportunidad y eficacia		X	
Sanciones		X	

"19

- A través de oficio radicado 1-2014-128193 del 22 de diciembre de 2014, MALLAMAS EPSI se pronunció respecto a los cargos formulados en la Resolución antes citada, exponiendo las razones por las cuales en su concepto, la Carta de Derechos y Deberes, y Carta de Desempeño cumplía con cada uno de los requerimientos²⁰.
- Mediante Resolución 001378 del 13 de marzo de 2015, la Superintendencia Nacional de Salud – Superintendencia Delegada de Procesos Administrativos, resolvió sobre la práctica de pruebas incorporando las documentales aportadas por la investigada y negando las testimoniales, así mismo, corrió traslado para alegar de conclusión. Dentro de las pruebas documentales incorporadas se encuentra la carta de deberes y derechos y carta de desempeño radicado NURC 1-2014-128193 del 22 de diciembre de 2014²¹.
- A través de la Resolución 003557 del 07 de julio de 2015, Superintendencia Delegada de Procesos Administrativos de la Superintendencia Nacional de Salud, resolvió la investigación administrativa en contra de MALLAMAS EPSI e impuso sanción equivalente a 100 SMLMV, al considerar que los argumentos expuestos en los descargos no tenían la entidad de desvirtuar los cargos formulados; por el contrario, estableció que si bien a partir de enero de 2012 no existía periodo de carencia en el Sistema de Seguridad Social en Salud, en todo caso la entidad investigada debía incluir ello en la Carta de Derechos y Deberes del afiliado y del paciente.

Los demás aspectos que constituyeron el cargo imputado, también fueron desestimados por cuanto el ente de control consideró que los documentos allegados como prueba no demostraban el cumplimiento a lo referido en las normas infringidas, y precisó que la sanción debía corresponder con el periodo de tiempo investigado, por lo que, hechos posteriores que pudieran haber subsanado las omisiones no constituían eximente de responsabilidad.

Para sustentar el monto de la sanción, hizo alusión a la trascendencia social de la falta y el perjuicio causado en tanto que la omisión de la EPSI MALLAMAS, impidió a sus afiliados y pacientes, durante el periodo investigado, acceder a una información actualizada sobre sus derechos y deberes²².

- Con oficio radicado 1-2015-098885 del 21 de agosto de 2015, MALLAMAS EPSI interpuso recurso de reposición y en subsidio apelación contra el acto administrativo sancionatorio, los cuales

20 Folio 167 – CD Antecedentes Administrativos, páginas 31 a 56 -, Cuaderno principal.

21 Folio 167 – CD Antecedentes Administrativos, páginas 57 a 61 -, Cuaderno principal.

22 Folio 167 – CD Antecedentes Administrativos, páginas 65 a 75 -, Cuaderno principal.

sustentó bajo criterios similares a los cargos de nulidad que en ésta instancia alega²³.

- La Superintendencia Nacional de Salud – Superintendencia Delegada de Procesos Administrativos, mediante Resolución 002320 del 11 de mayo de 2016, resolvió adversamente el recurso de reposición interpuesto por MALLAMAS EPSI contra la Resolución 003557 de 2015 y concedió el de apelación. En dicho acto administrativo la entidad demandada reiteró los argumentos expuestos en el acto sancionatorio y desestimó cada uno de los argumentos expuesto por la sancionada bajo el supuesto del deber que le asiste a la EPS en relación con sus afiliados o usuarios dentro de los mandatos legales, pero además conforme a la orden de carácter constitucional emitida en la Sentencia T-760 de 2008²⁴.
- Mediante Resolución 002332 del 11 de agosto de 2016, la Superintendencia Nacional de Salud resolvió el recurso de apelación, disminuyendo el monto de la multa impuesta a 50 SMLMV. En dicho acto administrativo la Superintendencia se pronunció de manera específica frente a cada uno de los argumentos expuestos en el recurso de apelación.

Así mismo, indicó que: I) La entidad investigada no demostró que careciera de las herramientas o conocimientos requeridos para elaborar en debida forma los instrumentos referidos, o que hubiese puesto en conocimiento de la autoridad la existencia de dificultades en tal sentido, ii) la omisión en que incurrió la investigada no solo implicó una afectación de los derechos de los actores del sistema (paciente-afiliado-usuario), sino que entorpeció el derecho de los afiliados a acceder plenamente a la información actualizada de la entidad, iii) Insistió en que la EPS debió poner de presente en la Carta de derechos y Deberes, la no existencia de periodo de carencia, iv) Encontró cumplido parcialmente lo concerniente al cumplimiento de identificación de dependencias procedimiento y términos para el acceso a los servicios incluidos en el plan de beneficios, pues se bien se identificó oficinas de atención, nada se especificó en relación con procedimientos y términos para el acceso a los servicios, v) Revocó lo concerniente a cumplir las normas del sistema de salud como deber de los usuarios vi) Reiteró que no se encontró prueba que demostrara pleno cumplimiento frente a la información relacionada con la posibilidad de acudir al Comité Técnico Científico pues se encontraba redirigida a la página web de la entidad, siendo este un mecanismo no idóneo de consulta frente a la integralidad de sus usuarios, vii) Determinó el cumplimiento parcial frente a informar la posibilidad de acudir ante la Superintendencia Nacional de Salud cuando se presenten conflictos relacionados con la cobertura del plan de beneficios

23 Folio 167 – CD Antecedentes Administrativos, páginas 89 a 104 -, Cuaderno principal.

24 Folio 167 – CD Antecedentes Administrativos, páginas 105 a 111 -, Cuaderno principal.

dado que la entidad sólo identificó las instituciones de recepción de solicitudes pertinentes a la prestación de servicios y, viii) frente a la carta de desempeño únicamente confirmó el incumplimiento frente a la inclusión de los indicadores de calidad en comparación con la media nacional para el año 2013.

Respecto a la dosificación de la sanción refirió el grado de culpabilidad con que se entendieron los deberes y se aplicaron las normas legales pertinentes, así como la trascendencia social de la falta, explicando que como frente a algunas de las omisiones se determinó un grado leve de incumplimiento, ello conllevaba la disminución de la multa a la mitad²⁵.

- La anterior resolución se notificó a la hoy demandante el 14 de septiembre de 2016²⁶.

2.5 APRECIACIONES PREVIAS

2.5.1 Derecho a la información en salud, alcance, finalidad y consecuencias de su vulneración.

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

En primer lugar, tenemos que mediante sentencia T-760 de 2008²⁷, la Corte Constitucional destacó la importancia del derecho a la información en salud como medida para garantizar la protección de éste último derecho fundamental – La salud -; allí se reforzó la obligación que tienen las entidades del Sistema de Salud, de brindar a las personas la información que sea necesaria para poder acceder a los servicios de salud que requieran, con libertad y autonomía, permitiendo que estas elijan la opción que en su entender, les garantice en mayor medida su derecho.

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

25 Folio 167 – CD Antecedentes Administrativos, páginas 121 a 133 -, Cuaderno principal.

26 Folio 167 – CD Antecedentes Administrativos, página 141 -, Cuaderno principal.

27 Sala Segunda de Revisión, Referencia: expedientes T-1281247, T-1289660, T-1308199, T-1310408, T-1315769, T-1320406, T-1328235, T-1335279, T-1337845, T-1338650, T-1350500, T-1645295, T-1646086, T-1855547, T-1858995, T-1858999, T-1859088, T-1862038, T-1862046, T-1866944, T-1867317, y T-1867326, Magistrado Ponente: Manuel José Cepeda Espinosa, providencia del 31 de julio de 2008.

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

“Como mínimo ante la decisión de ingresar a una EPS o de elegir una IPS, una persona debería conocer, además de sus derechos y deberes, (i) cuáles son las opciones de afiliación con las que cuenta, y (ii) el desempeño de cada una de estas instituciones, en función del respeto al goce efectivo del derecho a la salud. Tener información confiable acerca del comportamiento de EPS e IPS, acerca del cumplimiento de sus obligaciones y de la protección de los derechos de los usuarios contribuye a la adopción de decisiones informadas para escoger entidades.” (Subraya el Juzgado).

En concordancia con lo anterior, expuso el máximo Tribunal Constitucional que en relación con los índices de satisfacción de usuarios, uno de los indicadores más bajos en la prestación de los servicios de salud es el de información a los usuarios sobre derechos y deberes; razón por la cual, en el numeral vigésimo octavo de la parte resolutive del fallo, ordenó al Ministerio de la Protección Social, adoptar las medidas necesarias para asegurar que al momento de afiliarse a una EPS, contributiva o subsidiada, le entreguen a toda persona, en términos sencillos y accesibles: (i) Una carta con los derechos del paciente que contenga cuando menos, los derechos contemplados en la Declaración de Lisboa de la Asociación Médica Mundial (adoptada por la 34ª Asamblea en 1981)²⁸ y los contemplados en la misma providencia, la cual debe estar acompañada de las indicaciones acerca de cuáles son las instituciones que prestan ayuda para exigir el cumplimiento de los derechos y cuáles son los recursos mediante los cuales se puede solicitar y acceder a dicha ayuda, sin tener que acudir a la acción de tutela, y (ii) Una carta de desempeño que contenga información básica acerca del desempeño y calidad de las diferentes EPS a las que se puede afiliarse en el respectivo régimen, así como también acerca de las IPS indicando con cuáles trabajan, además de contemplar la información necesaria para poder ejercer adecuadamente su libertad de escogencia.

Para dar cumplimiento a lo ordenado en la sentencia T-760 de 2008, el Ministerio de Salud y Protección Social, profirió las Resoluciones 1817 y 2818 de 2009, por medio de las cuales se definieron los lineamientos de la Carta de Derechos de los Afiliados y de los Pacientes en el Sistema General de Seguridad Social en Salud y de la Carta de Desempeño de las entidades promotoras de salud de los regímenes contributivo y subsidiado; no obstante, la Sala Especial de Seguimiento de la Corte Constitucional, en providencia del 16 de noviembre de 2012²⁹, encontró que con la puesta en marcha de los parámetros señalados en las normas mencionadas, no se estaba dando cumplimiento total por parte de las entidades destinatarias, en tanto no se regulaba el trámite o el procedimiento mediante el cual el Ministerio podía garantizar que los

28 Resolución 13437 de 1991, Ministerio de la Salud (hoy de la Protección Social).

29 Referencia: Seguimiento al cumplimiento de la orden vigésimo octava de la sentencia T-760 de 2008, Magistrado Sustanciador: JORGE IVÁN PALACIO PALACIO.

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

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

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

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

“Artículo 3. Características y parámetros básicos de la Carta de Derechos y Deberes del Afiliado y del Paciente y de Desempeño. Las cartas de derechos y deberes del afiliado y del paciente y de desempeño deberán estar redactadas teniendo en cuenta el entendimiento común y deberán ser revisadas periódicamente en respuesta a circunstancias cambiantes y con información actualizada. Las mismas deberán estar escritas en un lenguaje sencillo y accesible, en un tamaño visible y legible, con suficiente claridad y organizadas con información regional o nacional, de acuerdo con la cobertura geográfica de la entidad promotora de salud. Se deberán entregar en forma impresa o en formato electrónico, cuando el afiliado haya dado consentimiento expreso, y deberán ser publicadas en la página web de las entidades promotoras de salud, en lugar visible y de fácil acceso (...)” (Subraya el Despacho).

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

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

(...)

4.1 Capítulo de Información general

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

(...)

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

(...)

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

4.3 Capítulo de deberes

Son deberes del afiliado y del paciente, los siguientes: (...)

- Cumplir las normas del sistema de salud.

(...)

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

(...)

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

- Información sobre la posibilidad de acudir a la Superintendencia Nacional de Salud cuando se presenten conflictos relacionados con la cobertura del plan de beneficios, las prestaciones excluidas, el pago de prestaciones económicas, el reconocimiento económico de gastos por parte del afiliado, multiafiliación, libre elección y movilidad dentro del sistema General de Seguridad Social en Salud.

(...).”

Por su parte el artículo 5 ídem determinó la información básica que debe contener la Carta de Desempeño de las entidades promotoras de salud del Régimen Subsidiado y Contributivo, de la siguiente manera:

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

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

(...)”

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

2.6 CARGOS FORMULADOS POR LA PARTE DEMANDANTE

2.6.1 Falsa motivación y violación al debido proceso

En cuanto a la falsa motivación, la parte actora sustentó que no existió afectación al bien jurídico tutelado ni se demostró el elemento de culpabilidad, por lo que, se sancionó con fundamento en una responsabilidad objetiva. Además, consideró que la demandada no determinó la razonabilidad y proporcionalidad de la sanción.

En cuanto al debido proceso expuso que la Superintendencia Nacional de Salud valoró inadecuadamente los argumentos de defensa y las pruebas aportadas al proceso sancionatorio, así como considera que previo a iniciar la investigación administrativa e imponer la sanción debió solicitar y verificar el cumplimiento de un plan de mejoramiento, donde se tuviera la oportunidad de corregir los errores o falta de información en los instrumentos señalados en los artículo 4 y 5 de la resolución 43436 de 2012.

Por efectos metodológicos y afinidad temática, el Juzgado analizará conjuntamente los cargos propuestos, para lo cual estudiará en primer lugar si existió vulneración al debido proceso en los términos planteados en la demanda.

Conforme a lo probado en el proceso, encuentra el Despacho que en la Resolución 001786 del 14 de noviembre de 2014, la superintendente delgada de procesos administrativos de la Superintendencia de Salud, formuló como único cargo el presunto incumplimiento al numeral 130.7 del artículo 130 de la Ley 1438 de 2011 y los artículos 4 y 5 de la Resolución 4343 de 2012, por cuanto la Carta de Derechos y Deberes del Afiliado y del Paciente y la Carta de Desempeño al mes de julio de 2014 no contaba con el contenido mínimo requerido, en los siguientes aspectos:

1. Especificación que no hay periodos de carencia, ni restricciones en los servicios por traslado de entidad promotora de salud.
2. Identificación de las dependencias, procedimientos y términos para el acceso a los servicios no incluidos en el plan de beneficios.
3. Informar como deber de los usuarios el cumplir las normas del sistema de salud.
4. Cuando le sea negado un servicio por no estar incluido en el plan de beneficios, la posibilidad de acudir al comité técnico científico o al organismo que haga sus veces.
5. Información sobre la posibilidad de acudir a la Superintendencia Nacional de Salud cuando se presenten conflictos relacionados con la cobertura del plan de beneficios, las prestaciones excluidas, el pago de las prestaciones económicas, el reconocimiento económico de gastos por parte del afiliado, multifiliación, libre elección y movilidad dentro del sistema.
6. Indicadores de calidad de las entidades prestadoras de servicios de salud, mostrando la comparación con la medida nacional.
7. Comportamiento como pagador de servicios. Resultados de los indicadores financieros que reflejen la oportunidad y eficacia.
8. Sanciones.

Así, en la Resolución 003557 del 07 de julio de 2015, se decidió sancionar a la entidad hoy demandante conforme al cargo imputado, pero haciendo referencia únicamente a los aspectos relacionados en los numerales 1 a 6 antes expuestos, esto es, no se sancionó por los ítems *Comportamiento como pagador de servicios. Resultados de los indicadores financieros que reflejen la oportunidad y eficacia y Sanciones*. Dicho acto administrativo fue confirmado en la Resolución 002320 del 11 de mayo de 2016 que resolvió el recurso de reposición.

No obstante, en la Resolución 002332 del 11 de agosto de 2016, una vez analizados los descargos y el recurso de reposición y en subsidio apelación, se dispuso el incumplimiento total de i) Especificación que no hay periodos de carencia, ni restricciones en los servicios por traslado de entidad promotora de salud, y ii) Indicadores de calidad de las entidades prestadoras de servicios de salud, mostrando la comparación con la medida nacional; el cumplimiento parcial de los siguientes aspectos: i) identificación de dependencias procedimiento y términos para el acceso a los servicios incluidos en el plan de beneficios, pues se bien se identificó oficinas de atención, nada se especificó en relación con procedimientos y términos para el acceso a los servicios, ii) información relacionada con la posibilidad de acudir al Comité Técnico Científico pues se encontraba redirigida a la página web de la entidad,

siendo este un mecanismo no idóneo de consulta frente a la integralidad de sus usuarios, iii) informar la posibilidad de acudir ante la Superintendencia Nacional de Salud cuando se presenten conflictos relacionados con la cobertura del plan de beneficios, dado que la entidad sólo identificó las instituciones de recepción de solicitudes pertinentes a la prestación de servicios. Así mismo, tuvo por cumplido el siguiente ítem en relación con informar los deberes de los usuarios: i) cumplir las normas del sistema de salud como deber de los usuarios.

En consecuencia, la sanción que finalmente se impuso a la entidad demandante fue por la suma equivalente a 50 SMLMV, por el incumplimiento a lo dispuesto en los artículos 4 y 5 de la Resolución 4343 de 2012, por cuanto la Carta de Derechos y Deberes del Afiliado y del Paciente y la Carta de Desempeño al mes de julio de 2014 no contaba con el contenido mínimo requerido, en los aspectos de:

- i) Especificación que no hay periodos de carencia, ni restricciones en los servicios por traslado de entidad promotora de salud,
- ii) Identificación de procedimientos y términos para el acceso a los servicios no incluidos en el plan de beneficios,
- iii) Cuando le sea negado un servicio por no estar incluido en el plan de beneficios, la posibilidad de acudir al comité técnico científico o al organismo que haga sus veces, en la forma como lo indica la norma,
- iv) Información sobre la posibilidad de acudir a la Superintendencia Nacional de Salud cuando se presenten conflictos relacionados con la cobertura del plan de beneficios, las prestaciones excluidas, el pago de las prestaciones económicas, el reconocimiento económico de gastos por parte del afiliado, multiafiliación, libre elección y movilidad dentro del sistema. Esto, porque la entidad sólo identificó las instituciones de recepción de solicitudes pertinentes a la prestación de servicio, pero no especificó cuáles de ellas debía conocer la Superintendencia, y,
- v) Indicadores de calidad de las entidades prestadoras de servicios de salud, mostrando la comparación con la medida nacional, frente al último periodo repostado, esto es, año 2013.

Conforme a ello, el Juzgado procederá al estudio de los cargos de la demanda teniendo en cuenta únicamente los aspectos por los cuales finalmente fue sancionada la entidad promotora de salud hoy demandante.

Así, sostiene la apoderada de MALLAMAS EPS-I que la Superintendencia Nacional de Salud no realizó o realizó una inadecuada valoración de los descargos y argumentos de defensa, en tanto que no se analizó la información que daba cuenta del cumplimiento de cada uno de los ítem de la Carta de Derechos y Deberes, y Carta de Desempeño imputado como incumplido, los cuales asegura, si se encontraban contenidos en las referidas cartas conforme a "imagen" que fue insertada en el texto de la demanda.

Al respecto, resulta necesario precisar que de acuerdo con lo probado en el presente proceso, la superintendencia demandada sí se pronunció de manera concreta frente a cada uno de los argumentos y pruebas expuestos por MALLAMAS EPSI en los descargos, así, tanto en la Resolución sancionatoria como en aquellas que resolvieron los recursos, se analizaron las consideraciones de la entidad vigilada, tan es así que fue luego de estudiar los planteamientos de los descargos y del recurso que se encontró el cumplimiento de 1 ítem, el cumplimiento parcial de otros 3 y el incumplimiento total del primer y último ítem imputado, cosa distinta es que dichos argumentos no hubieran tenido la entidad de desvirtuar el cargo formulado, respecto de la integralidad de los requisitos de las Carta de Derechos y Deberes del afiliado, y Carta de Desempeño.

Ahora bien, la prueba con la cual la entidad hoy demandante pretendía y pretende desvirtuar el cargo endilgado – pantallazos y copia de carta de derechos y deberes de los afiliados en el Sistema General de Seguridad Social en Salud y carta de desempeño-, se refiere a un documento radicado ante la Superintendencia Nacional de Salud el 22 de diciembre de 2014, sin que en el mismo se especifique ni certifique su fecha de publicación³⁰, esto es, no se pudo determinar con certeza que se trata de los instrumentos que en efecto estuvieron publicados durante el periodo objeto de investigación, esto es, julio de 2014. Así, pese a que dicho documento fue incorporado al expediente administrativo (Resolución 001378 del 13 de marzo de 2015), no resultó conducente, puesto que tal y como lo indicó la Superintendencia demandada no se determinó la correspondencia entre esta y aquella en la cual el Ministerio de Salud detectó las inconsistencias que originaron la actuación administrativa sancionatoria, esto es, julio de 2014, y por ello, la información allí contenida no puede dar certeza del cumplimiento de los requisitos exigidos en los artículos 4 y 5 de la Resolución 4343 de 2012, durante el periodo preciso en que se realizó la consulta por parte de la autoridad competente.

En todo caso, el Juzgado precisa que aún verificado el contenido del documento en mención, este no demuestra el cumplimiento íntegro a las disposiciones del SGSSS, en la forma como lo señala la Resolución 4343 de 2012. La referida resolución, estableció los lineamientos de la Carta de Derechos y Deberes del Afiliado y del Paciente en el Sistema General de Seguridad Social en Salud y de la Carta de Desempeño de las entidades promotoras de salud de los regímenes contributivo y subsidiado, por lo que la pertenencia de una EPS a uno u otro régimen resulta irrelevante pues es claro que las obligaciones contendidas en la norma se aplica para ambos.

En igual sentido, el contenido mínimo contemplado en el numeral 4.1 de la referida norma *-Especificación que no hay periodos de carencia, ni restricciones en los servicios por traslado de entidad promotora de salud-*, se deriva precisamente de la eliminación en el ordenamiento jurídico de dicha figura, pues de lo contrario no tendría sentido precisarle a los

30 Folios 12 a 14 y 75 a 91, Cuaderno principal.

afiliados y pacientes en el régimen de Seguridad Social en Salud que las EPS no pueden aplicar periodos de carencia o restricción en los servicios de salud, por el traslado de una entidad a otra.

Por lo tanto, aun cuando en la carta de derechos se hubiere incluido un acápite denominado: "**LIBRE ELECCIÓN DE E.P.S., TRASLADOS Y CONTROL SOCIAL**", dentro del cual se indica: **¿Cómo trasladarse de EPS? (...)** *Cumpliendo el año, el afiliado podrá manifestar libremente su voluntad de traslado a otra Entidad Promotora de Salud del Régimen Subsidiado (...)* *La nueva entidad Prestadora de Salud garantizará el acceso a los servicios de salud a partir de la fecha de afiliación*" y "**¿Que debe hacer el afiliado cuando cambia de residencia a otro municipio?** *Se garantiza la continuidad en el aseguramiento a los afiliados del Régimen Subsidiado que fijen un domicilio en un municipio diferente al que se afilio inicialmente; en ningún caso se verá interrumpido el acceso a los servicios de salud que demanda el afiliado*", ello no constituye cumplimiento conforme a la finalidad y forma que exige el precepto normativo, más aun ante el cambio de normatividad, dado que, como allí se señala, esta información debía darse de manera específica y sin lugar a confusiones respecto al derecho que le asiste al afiliado de trasladarse a otra EPS de su preferencia sin que se pueda restringirse algún tipo de servicio o exigir un periodo mínimo para acceder a la totalidad de los mismos, esto es, el deber de informar concretamente la eliminación de periodos de carencia o restricciones temporales.

Lo anterior además, porque lo contenido en el documento aportado se refiere de manera generalizada al acceso a los servicios, lo que puede entenderse bajo lo regulado en la norma anterior, por ejemplo al acceso a los servicios de urgencias u otros de menor complejidad, y porque en todo caso se concreta sólo respecto a sus afiliados al régimen subsidiado, pese a que, como se explicó, este derecho se predica frente a todos los usuarios o afiliados sin importar el régimen al que pertenezcan.

Tampoco resultan de recibo los argumentos que pretenden tener por desvirtuado el incumplimiento del contenido mínimo de la Carta de Derechos y Deberes del Afiliado de que trata la misma norma – identificación de las dependencias procedimientos y términos para el acceso a los servicios incluidos en el plan de beneficios-, dado que aun cuando en el instrumento presentado con posterioridad por la EPS se incluye un aparte donde se informa el lugar, dirección, persona a cargo y número telefónico de las oficinas de atención al usuario, así como se informa que en caso de servicios no incluidos en el plan de beneficios los usuarios deben acercarse a las dependencias respectivas, no se indica de manera precisa y suficiente a los afiliados y usuarios cual es el procedimiento y término establecido para presentar la solicitud y resolución de las misma, es decir, no está cumpliendo con el objeto de la instrucción dada en el reglamento, pues de nada sirve que el usuario sepa a dónde acudir, sino tiene claro de qué manera debe hacerlo y en que término será resuelta su petición. Y aunque esa información pudiera ser brindada en los canales de atención que allí establece la EPS, la norma es suficientemente precisa al señalar que esa información debe incluirse obligatoriamente en la carta de derechos y deberes, y

no trasladar al usuario la carga de acudir a las dependencias de la entidad para acceder a una información que debería ser pública y de acceso permanente cada vez que este quiera consultarla.

En cuanto a los requisitos mínimos de la carta de derechos y deberes - Cuando le sea negado un servicio por no estar incluido en el plan de beneficios, la posibilidad de acudir al Comité Técnico Científico o al organismo que haga sus veces -, y - posibilidad de acudir a la Superintendencia Nacional de Salud cuando se presenten conflictos relacionados con la cobertura del plan de beneficios, las prestaciones excluidas, el pago de prestaciones económicas, el reconocimiento económico de gastos por parte del afiliado, multifiliación, libre elección y movilidad dentro del sistema General de Seguridad Social en Salud-, pese a que la demandante señaló que en la Carta de Derechos y Deberes se informaba al afiliado y/o paciente que en caso de servicios no incluidos en el plan de beneficios debían dirigirse a la dependencias de Atención al Usuario quien adelantaría el trámite legal correspondiente ante el Comité Técnico Científico, y se señaló como mecanismo de protección la opción de solicitar la cesación provisional ante la Superintendencia Nacional de Salud, así como interponer recursos ante esa misma entidad de control; por un lado, no hizo ninguna mención al requisito relacionado con informar de manera expresa sobre la posibilidad del afiliado o usuario de acudir al Comité Técnico Científico, sino que sólo se menciona de manera tangencial como una prerrogativa de la EPS, pero no como un derecho del paciente, lo que constituye una infracción al precepto normativo; y por otro, porque no se incluyó de manera concreta los asunto frente a los cuales se podría acudir ante la Supersalud dentro de su función jurisdiccional y sólo se remitió a la norma que los enuncia, situación que nuevamente traslada al usuario la carga de consultar en otros medios una información que debía incluirse en términos sencillos y comprensibles, pero claros, en el instrumento destinado para dicho fin.

Ahora bien, en relación con la Carta de Desempeño establecido en el artículo 5 de la Resolución 4343 de 2012, información sobre - Indicadores de calidad de la entidad promotora de salud. Resultados de los indicadores de calidad de la entidad promotora de salud reportados a la Superintendencia Nacional de Salud, mostrando la comparación con la media nacional -, se observa en el mismo documento aportado por MALLAMAS EPS-I que esa entidad incluyó en ese instrumento (del que se reitera no se tiene certeza del periodo al que corresponde) un cuadro donde se señala el "ranking" para el año 2013, en el que fue posicionada esta, según el reporte de la Superintendencia Nacional de Salud; no obstante, la disposición normativa señal que lo que debe informarse al usuario son los indicadores de calidad y su satisfacción frente a la media nacional en comparación con las demás EPS del país, y no simplemente mostrar en qué lugar se ubicó la misma sin explicación alguna al respecto.

Lo anterior no significa, como erradamente sostiene la parte actora, que deba publicarse la totalidad de los elementos técnicos que componen el estudio que realiza la Superintendencia Nacional de Salud para medir

estos resultados, sino por el contrario, informar al usuario y/o afiliado en términos comprensibles y sencillos, por ejemplo, el nivel o porcentaje de cumplimiento de los indicadores en cada uno de los componentes que se evalúan, para que este no sólo pueda ejercer sus derechos con fundamento en esa información, sino además optar por la libre escogencia en su afiliación.

Así mismo, la parte actora afirma que ese detalle de información podía ser consultado por el interesado en la página web de la EPS, así como en la página de la Superintendencia Nacional de Salud, situación que corrobora aún más el incumplimiento de los requisitos mínimos enunciados, porque como se indicó en los actos administrativos acusados, remitir al afiliado a consultar una página web o link, resulta contrario al derecho a la información, en los términos previstos por la Corte Constitucional³¹, pues el artículo 4 de la Resolución en mención es claro en señalar que la información debe estar en la Carta de Desempeño y no en documento o link distinto a ella, en la medida que trasladar al ciudadano la carga de copiar o remitirse a otro sitio web resulta inapropiado y desproporcionado a la finalidad de norma, más aún si se tiene en cuenta que no todas las personas tienen fácil acceso a los medios tecnológicos necesarios para ello, con lo cual se restringe de manera injustificada el ejercicio pleno de los derechos inmersos.

Recuérdese que, de conformidad con el artículo 3 de la resolución 4343 de 2012, la Carta de Derechos y Deberes del Afiliado y del Paciente y de Desempeño debe estar publicada en un lugar visible y de fácil acceso y entregarse en forma impresa al afiliado, de manera que el formato electrónico estará permitido sólo cuando este haya dado consentimiento expreso de recibirlo por ese medio. En ese sentido, si bien se autorizó la publicación de estos instrumentos en la página web de la entidad, ello debía ser concomitante con la posibilidad de consulta y entrega física del mismo con el fin de lograr la mayor cobertura posible frente a la multiplicidad de usuarios del sistema, esto es, aquellos que cuentan con acceso a tecnologías de la información y las comunicaciones y aquellos que no, o que prefieren su consulta en medio impreso.

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

Ahora, en cuanto a la alegada inexistencia de vulneración al Sistema de Seguridad Social, innecesariedad de la sanción, oportunidad previa para corregir los errores o falta de información y capacitación, es del caso traer a colación lo dispuesto en el artículo 12 de la Resolución 4343 de 2012 y el artículo 130 de la Ley 1438 de 2011, que establecen:

³¹ Ídem 27 y 29.

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

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

130.7 Incumplir las instrucciones y órdenes impartidas por la Superintendencia, así como por la violación de la normatividad vigente sobre la prestación del servicio público de salud y el Sistema General de Seguridad Social en Salud.” (Subraya fuera de texto)

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

Ahora bien, resulta necesario precisar que si bien los contenidos obligacionales que se relacionan con el derecho a la Salud son de carácter progresivo, también es indiscutible su condición de imperativos jurídicos exigibles; la progresividad hace referencia a la implementación de los planes y políticas públicas que garanticen el derecho a la salud, entendiendo que las obligaciones que de ella se deriven deberán cumplirse progresivamente, no obstante, tratándose de exigencias jurídicas indispensables para su pleno ejercicio, dicho carácter – progresivo - bajo ningún entendido puede convertirse en una barrera al acceso a los servicios de salud de las personas, en especial aquellas pertenecientes a grupos minoritarios, razón por la cual, según se expuso en precedencia, la Corte Constitucional ordenó que se realizara una reglamentación concreta respecto al derecho a la información de los usuarios del servicio de salud, la cual se encuentra contemplada en la Resolución 4343 de 2012.

Entonces, la mencionada Resolución fue expedida en atención al requerimiento realizado por la Corte Constitucional de la sentencia T-760 de 2008, por lo que la obligación de entregar la carta de derechos constituye un imperativo jurídico de obligatorio cumplimiento, sin que ello afecte la progresividad que un aparte de la demanda alega la demandante, en la medida en que no se trataba de una situación nueva o desconocida para la EPSI, pues como la misma Corte Constitucional afirmó en la mencionada sentencia y en las providencias proferidas por la Sala Especial de Seguimiento, la obligación de entregar las cartas de derecho, deberes y desempeños a los usuarios del sistema data desde la expedición de la Ley 100 de 1993. Además era de conocimiento de las prestadoras de salud que el costo inherente al cumplimiento de dichas obligaciones, debía estar incorporado en el gasto administrativo de la Unidad de Pago por Capitación tanto del régimen contributivo como subsidiado, por lo que, no puede excusarse la demandante en la supuesta falta de herramientas o capacitación por parte de otras entidades del sector.

Por otro lado, el artículo 26 de la Ley 691 de 2011³², establece que en las entidades de control deberán existir programas de capacitación en aspectos relacionados con la legislación relativa a los pueblos indígenas:

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

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

De la lectura de la norma, resulta claro que los programas de capacitación no se establecieron para instruir a los funcionarios o servidores públicos que atiendan asuntos indígenas sobre normas generales atinentes al Sistema General de Seguridad Social en Salud, sino sólo respecto a la legislación relativa a los pueblos indígenas, por lo que en concordancia con el objeto de la mencionada Ley 691 de 2011³³, será aquella legislación que tenga por finalidad garantizar la permanencia de dichos pueblos, su cultura, usos, costumbres y lengua nativa; aspectos que nada tienen que ver con el caso que aquí nos ocupa, pues pese a que la EPS demandante es de naturaleza indígena, las normas que tuvieron como quebrantadas y que fundamentaron la imposición de la sanción son de carácter general, es decir se aplican

32 “Mediante la cual se reglamenta la participación de los Grupos Étnicos en el Sistema General de Seguridad Social en Colombia.”

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

para todas las entidades promotoras de salud sin distinguir su naturaleza o régimen.

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

En este sentido, tampoco se observa transgresión alguna al debido proceso, pues no existe fundamento jurídico que habilite a la Superintendencia Nacional de Salud realizar capacitaciones o planes de mejoramiento, y mucho menos requerimientos previos o plazos adicionales a los señalados en la Resolución 4343 de 2012³⁴, para cumplir con la entrega de las cartas de derechos y deberes, carta de desempeño en debida forma de acuerdo con el principio universal de información.

Por otro lado, en cuanto a la presunta falsa motivación de las resoluciones demandadas por no existir prueba de la supuesta culpabilidad y daño al bien jurídico tutelado, y aplicación a una pena con base en la responsabilidad objetiva, la cual se encuentra proscrita en el ordenamiento jurídico, se reitera que de conformidad con las normas vigentes aplicables al caso concreto y a lo ordenado por la Corte Constitucional en la sentencia T-760 de 2008 y demás providencias proferidas por la Sala de Seguimiento, si la autoridad de inspección, vigilancia y control, en este caso la Superintendencia Nacional de Salud, corrobora la inobservancia de las normas que regulan la prestación del servicio de salud, entre ellas, las relacionadas con el derecho a la información, como es el caso de los preceptos contenidos en los artículos 3 y 5 de la Resolución 4343 de 2012, y la Empresa Promotora de Salud obligada no demuestra el cumplimiento de tal requisito dentro del curso del procedimiento en los términos allí fijados, procede la imposición de las sanciones previstas en la Ley sin que exija la norma ningún criterio adicional para imponer la sanción.

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

³⁴ Artículo 13. *Términos para la entrega de la Carta de Derechos y Deberes del Afiliado y del Paciente y la Carta de Desempeño. A partir del 30 de abril de 2013, las entidades promotoras de salud de los regímenes contributivo y subsidiado deberán entregar a los nuevos afiliados la Carta de Derechos y Deberes del Afiliado y del Paciente y la Carta de Desempeño conforme a lo aquí dispuesto.*"

Cabe señalar que el Consejo de Estado, acudiendo a preceptos de la Corte Constitucional ha dicho que en materia administrativa sancionatoria la imputación de responsabilidad debe diferenciarse de otras materias, como por ejemplo la penal, pues la primera encuentra fundamento en los artículos 2º, 4º, 29º, 150.8, 189, numerales 21, 22, 24 y 26, 209, 334, 365, 366 y 370 de la Constitución Política, como manifestación del *ius puniendi* del Estado. Así, puntualizó que la responsabilidad objetiva en materia administrativa se encuentra permitida y reviste un carácter excepcional en el entendido que esta descansa en el hecho y no en el examen de la conducta del sujeto, esto es, del elemento culpabilidad o intencionalidad, sino en la realización de la conducta prohibida sin considerar aspectos subjetivos como la culpa o el dolo³⁵.

Por todo anteriormente expuesto, entendiendo que la falsa motivación hace referencia a la falta de veracidad del sustento fáctico del mismo, es decir, cuando no hay correspondencia entre lo que se afirma en las razones de hecho y/o de derecho que sustentan la decisión y la realidad jurídica del asunto y teniendo claro que a la demandante le asistía la obligación de cumplir con lo dispuesto en los artículo 4 y 5 de la Resolución 4343 de 2012, para este Juzgado no existe duda que la demandante incumplió con dicho imperativo normativo, y que los actos fueron correspondientes con dicha infracción, acogiénose a los parámetros normativos y ejercicio de las facultades atribuidas por la Ley. Por último, frente a los criterios de proporcionalidad y razonabilidad al momento de imponer la sanción, considera la demandante que los actos acusados omiten sustentar este aspecto y no existe evidencia de daño causado al bien jurídicamente tutelado, así como tampoco se evidencia un análisis respecto de cada uno de los criterios contenidos en el artículo 134 de la Ley 1438 de 2011, ni explicación alguna sobre la procedencia de la multa y no de amonestación.

Resulta necesario remitirnos a lo dispuesto en el artículo 131 ídem, en cuanto establece:

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

35 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Consejera Ponente: Nubia Margoth Peña Garzón, sentencia del 25 de noviembre de 2019, Número único de radicación: 11001-03-24-000-2012-00679-02, Referencia: Acción de nulidad y restablecimiento del derecho, Actora: Entidad Promotora de Salud Servicio Occidental de Salud S.A. SOS.

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

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

134.1 El grado de culpabilidad.

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

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

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

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

134.6 El grado de colaboración del infractor con la investigación.

134.7 La reincidencia en la conducta infractora.

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

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

De las anteriores normas, en concordancia con el artículo 130 de la Ley 1438 de 2011, se concluye que la violación de la normatividad vigente sobre la prestación del servicio público de salud por parte de, entre otras, las EPS, en concreto aquellas relativas a las obligaciones de información, como ocurre en el presente caso, tiene como consecuencia la imposición de sanción correspondiente a multa y no a amonestación o cualquier otra; la cual, tratándose de personas jurídicas sometidas a vigilancia y control de la Superintendencia Nacional de Salud, corresponderá a multa de hasta 2.500 salarios mínimos legales mensuales vigentes, atendido a los criterios de dosificación allí establecidos.

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

Ahora bien, con relación al juicio de proporcionalidad y la supuesta ausencia de perjuicios causados al bien jurídico tutelado, el Despacho debe remitirse en primer lugar a los actos demandados para determinar si la sanción impuesta fue proporcional o no, y estuvo justificada. Se observa entonces que en la Resolución 003557 de 2015, la

Superintendencia Nacional de Salud hizo alusión a la tipicidad de la conducta infractora y de las sanciones dispuestas frente a la misma. Luego tanto en la Resolución 002320 de 2016, que resolvió el recurso de reposición como en la Resolución 002332 de 2016, que decidió la apelación, se hace referencia además al grado de culpabilidad y colaboración del infractor con la investigación, principalmente se indicó que para la dosificación de la multa se tendría en cuenta que la investigada no desplegó las gestiones necesarias para actualizar la Carta de Derechos y Deberes del afiliado.

Así mismo, se explicó la gravedad de la falta frente a la trascendencia social de la misma y el perjuicio causado, toda vez que conforme a lo dispuesto por la Corte Constitucional el incumplimiento en cuanto a la carta de derechos, deberes y desempeño, impidió a los afiliados acceder a la información mínima básica que les permita gozar adecuadamente del servicio de salud, y como quiera que se encontró el cumplimiento parcial respecto de algunos de los requisitos mínimos, se redujo el monto de la multa a 50 SMLMV. Suma que resulta acorde, por cuanto al eliminarse 1 de los 6 ítems que inicialmente se habían encontrado como incumplidos según la resolución sancionatoria y observar el cumplimiento parcial de otros 3, era procedente en su docimetría disminuir la multa a la mitad.

Ahora bien, es válido precisar que la Resolución 4343 de 2012, no establece que para imponer una sanción se deba aplicar la totalidad de los criterios establecidos en el artículo 134 antes transcrito, sino que estos se constituyen en el marco de valoración que deberá realizar la entidad competente al momento de imponer las sanciones, y fundamentar su decisión en aquellos criterios que de acuerdo al caso concreto resulten pertinentes. Por ello, encuentra el Despacho que la demandada fundamentó su decisión de manera acorde con el ordenamiento jurídico, razón por la cual, el monto de la multa sí se basó en criterios de valoración objetivos, conforme con los lineamientos de Ley, y en ese sentido la misma resultó proporcional a la naturaleza y gravedad de la falta, pues la afectación del derecho a la salud, conforme los parámetros jurisprudenciales reseñados en la presente providencia, se da cuando se desconoce el derecho a la información de los usuarios, situación que como se explicó ocurrió en el presente caso.

En este punto, es necesario recordar que uno de los elementos fundamentales del Sistema de Seguridad Social en Salud, es el derecho de los usuarios a la información, por lo tanto, si la empresa prestadora no divulga en debida forma los aspectos esenciales que debe conocer éste para hacer valer sus derechos, tales como la especificación que no hay periodos de carencia, ni restricciones en los servicios por traslado de entidad promotora de salud, el derecho a acudir al comité técnico científico o al organismo que haga sus veces cuando le sea negado un servicio por no estar incluido en el plan de beneficios, el trámite y tiempos de respuesta para solicitar esos servicios, los asuntos frente a los cuales la Supersalud cuenta con funciones jurisdiccional para dimir conflictos que afecten sus derechos y/o conocer los niveles de cumplimiento o satisfacción de la entidad, se atenta contra el núcleo

esencial del derecho a la salud, pues se estaría impidiendo a los usuarios contar con la totalidad de herramientas y mecanismos que le permitan el acceso efectivo a los servicios que requiera, la forma en que puede exigir su cumplimiento, así como la libre escogencia en cuanto quién desea que le preste los mismos, situación que fue precisamente lo que fundamentó los actos administrativos demandados.

Además, no se puede perder de vista que la Superintendencia Nacional de Salud contaba con discrecionalidad en cuanto a la fijación del monto de la sanción, según lo dispuesto por el Consejo de Estado³⁶ que al estudiar un cargo sobre la multa impuesta, precisó:

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

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

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

Por todo lo anterior, los cargos no prosperan y en consecuencia se declarará probada la excepción de mérito denominadas Legalidad de los actos administrativos en relación con los cargos de la demanda, así como se negarán las pretensiones de la parte actora.

2.7 CONDENAS EN COSTAS.

El Despacho señala que en atención a lo dispuesto por el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011, el criterio para la imposición de costas debe ser el objetivo, por tanto, teniendo en cuenta lo previsto en el numeral 1 del artículo 365 del CGP, y como quiera que la sentencia es desfavorable a las pretensiones de la demanda, se condenará en costas a la Entidad Promotora de Salud MALLAMAS EPS-I.

³⁶ Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Primera – Consejera Ponente María Claudia Rojas Lasso – providencia del 28 de enero de 2010- Ref. 2001-00364-01 – Actoras. Asociación Nacional de Entidades de Seguridad Privada – ANDEVIP y Otros – Demandada – Superintendencia de Industria y Comercio.

De igual manera, toda vez que en la sentencia debe fijarse el valor de las agencias en derecho a ser incluidas en la respectiva liquidación, dado el valor de las pretensiones de la demanda que tienen un contenido pecuniario (\$34.472.750 equivalente a 50 SMLMV para el año 2016) el Despacho fijará por dicho concepto la suma de \$1.723.637, equivalente al 5% de la cuantía de la demanda y de la pretensión económica, teniendo en cuenta lo normado en el artículo 5 del Acuerdo PSAA16 – 10554 de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura; norma aplicable por cuanto la demanda fue presentada con posterioridad al 5 de agosto de 2016, fecha en la que entró en vigencia. Así mismo, porque el Despacho advierte una gestión diligente de los apoderados de la extremo pasivo, pero también teniendo en cuenta la duración del proceso (más de 5 años).

2.8 OTRO ASUNTO

Por otro lado, observa el Juzgado que con los alegatos de conclusión la Superintendencia Nacional de Salud aportó poder general otorgado al abogado Paul Giovanni Gómez Díaz, mandato que cumple las exigencias del artículo 75 del CGP, en concordancia con el artículo 5 del Decreto Legislativo 806 de 2020. Ello por cuanto se observa la Escritura Pública debidamente protocolizada junto con los anexos que corroboran la calidad del poderdante, y la misma fue remitida a este Despacho mediante dirección de correo electrónico cuyo con dominio oficial de la entidad demandada, lo cual otorga presunción de autenticidad³⁷.

En consecuencia, se reconocerá personería adjetiva al mencionado profesional de derecho, y de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 76 del CGP, se tendrá por revocado el poder al abogado Ernesto Hurtado Montilla.

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

FALLA:

PRIMERO: Negar las pretensiones de la demanda, por las razones expuestas.

SEGUNDO. Declarar probada la excepción de mérito propuesta por la Superintendencia Nacional de Salud, conforme lo expuesto en la parte motiva.

TERCERO. Condenar en costas a la parte demandante, en los términos de los artículos 365 y 366 del Código General del Proceso, aplicables por remisión expresa del artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Por Secretaría,

³⁷ Folios 183 y 186 a 192, cuaderno principal.

Radicación: 11001-3334 -003-2017-00029-00
Demandante: MALLAMAS EPS-I
Demandada: Superintendencia Nacional de Salud
Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Asunto: Sentencia de primera instancia

liquídense las costas a que haya lugar, de conformidad con la parte motiva de esta providencia.

Así mismo, fijar la suma de \$1.723.637, equivalente al 5% de la cuantía de la demanda y de la pretensión económica, por concepto de agencias en derecho a favor de la parte demandada, de conformidad con lo establecido en el artículo 5 del Acuerdo PSSAA16 – 10554 proferido por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura.

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

QUINTO. Reconocer al abogado Paul Giovanni Gómez Díaz, como apoderado judicial de la Superintendencia Nacional de Salud, y en consecuencia, se tener por revocado el poder al abogado Ernesto Hurtado Montilla, según lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,


EDNA PAOLA RODRÍGUEZ RIBERO
Jueza

D.C.R.P.