



## CONSEJO DE ESTADO

### SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL

Consejero Ponente: Álvaro Namén Vargas

---

Bogotá D.C., siete (7) de diciembre de dos mil quince (2015)

**Radicación interna: 2235 y 2235 Adición**

**Número Único: 11001-03-06-000-2014-00258-00**

**Referencia:** El procedimiento administrativo especial de reintegro de recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud apropiados o reconocidos sin justa causa en el proceso de giro y compensación

El Ministro de Salud y Protección Social consulta algunos aspectos legales relacionados con el procedimiento administrativo especial de reintegro de los recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud (en adelante SGSSS), apropiados o reconocidos sin justa causa en el proceso de giro y compensación por concepto de unidades de pago por capitación (en adelante UPC), con base en los siguientes:

#### I. ANTECEDENTES

1. Señaló que la Ley 100 de 1993 estableció como característica del Sistema General de Seguridad Social en Salud la existencia de un Fondo de Solidaridad y Garantía (en adelante Fosyga).
2. Indicó que conforme al Decreto 1283 de 1996, los recursos de las subcuentas que conforman el Fosyga deben manejarse de manera independiente dentro de cada subcuenta y destinarse exclusivamente a las finalidades que consagra la ley.
3. Manifestó que el Fosyga se creó en el artículo 218 de la Ley 100 de 1993, como una cuenta adscrita al Ministerio de Salud y Protección Social, sin personería jurídica ni planta de personal propia, y que de acuerdo con dicho artículo y con el Decreto Ley 4107 de 2011, se encuentra conformado por cinco subcuentas independientes, a saber: a) de compensación interna del régimen contributivo; b) de solidaridad del régimen de subsidios en salud; c) de promoción de la salud d) del seguro de riesgos catastróficos y accidentes de tránsito y; e) de garantías para la salud.

4. Agregó que el artículo 35 del Decreto 4107 de 2011, preceptuó que la Dirección de Administración de Fondos de la Protección Social, es una dependencia del Ministerio de Salud y Protección Social, con autonomía administrativa y financiera, que se encarga de la administración de los fondos, cuentas y recursos de administración especial de protección social a cargo del Ministerio de Salud y Protección Social, y cuenta con una planta de personal independiente a la de dicha cartera.

5. De igual forma, indicó que el Fosyga en desarrollo de su objeto y de sus funciones efectúa un sin número de operaciones y reconocimientos económicos en los cuales intervienen múltiples actores; citó, entre otros, a las Empresas Promotoras de Salud, a las Instituciones Prestadoras de Salud, a los Operadores PILA, a las entidades financieras, a los usuarios del Sistema General de Seguridad Social en Salud, a la Registraduría Nacional del Estado Civil, al Administrador Fiduciario de los Recursos del Fosyga, y al Auditor de salud, jurídico y financiero de dicho fondo. Concluyó que, en consecuencia, el Fosyga utiliza gran cantidad de información, de diferente calidad y con origen en distintas fuentes.

6. Señaló que ante la complejidad de los procesos que ejecuta el Fosyga y la multiplicidad de actores que en estos intervienen, se creó a través del Decreto Ley 1281 de 2002, un procedimiento administrativo especial para el reintegro de los recursos del Fosyga que se reconocieran o apropiaran sin justa causa.

7. Resaltó el contenido del artículo 3º del Decreto Ley 1281 de 2002, en relación con la capacidad para adelantar el trámite de restitución de los recursos del sector salud apropiados o reconocidos sin justa causa, que está en cabeza del administrador fiduciario o de cualquier entidad o autoridad pública que, en ejercicio de sus competencias o actividades como participante o actor en el flujo de caja, detecte que se presentó apropiación de los mencionados recursos en forma indebida. También destacó que la competencia para llevar a cabo el procedimiento administrativo de reintegro, se condicionó a la oportunidad en el conocimiento o la identificación de los hechos constitutivos de la apropiación sin justa causa.

8. Informó que en desarrollo del artículo 3º del Decreto Ley 1281 de 2002, el Ministerio de Salud y la Protección Social expidió la Resolución No 460 de 2011, con el fin de establecer los parámetros a los que deberá sujetarse el administrador fiduciario de los recursos del Fosyga, o cualquier entidad o autoridad pública que en el marco de sus competencias o actividades como participe o actor en el flujo de caja, determine la apropiación o el reconocimiento sin justa causa de recursos del SGSSS, con miras a lograr su reintegro.

9. Añadió que la Resolución 460 de 2011 fue derogada por la Resolución 3361 de 2013, con el fin de precisar el procedimiento de reintegro de recursos del SGSSS apropiados o reconocidos sin justa causa y ajustarlo a los principios rectores del ejercicio de la función administrativa, de conformidad con lo previsto en la Ley 1437 de 2011.

10. Advirtió que, aun cuando el Decreto Ley 1281 de 2002 no contempla un término para adelantar el procedimiento administrativo especial para el reintegro de los recursos del SGSSS apropiados o reconocidos sin justa causa, la obligación de reintegrarlos debe tener un límite temporal para su exigibilidad, con el fin de no afectar el principio de seguridad o estabilidad jurídica.

11. Manifestó que el Decreto 4023 de 2011, definió el proceso integral de compensación y giro de recursos a las Empresas Promotoras de Salud (en adelante EPS) y demás Entidades Obligadas a Compensar (en adelante EOC), y dispuso que para llevar a cabo dicho proceso se debe elaborar y presentar una declaración de giro y compensación.

12. Expuso también que antes de la vigencia del Decreto 4023 de 2011, el proceso integral de giro y compensación de los recursos por concepto de UPC a las EPS o EOC se reguló en el Decreto 2280 de 2004, cuyo artículo 9º disponía que, una vez surtido el proceso, la respectiva declaración de giro y compensación se entendería aprobada y quedaría en firme dos (2) años después de la fecha límite para la presentación de la declaración de renta en la vigencia fiscal correspondiente, y que las EPS o EOC en ningún caso podrían apropiarse de recursos de la UPC sin el cumplimiento del procedimiento allí establecido.

13. Infirió que las disposiciones del artículo 9º del Decreto 2280 de 2004 no son contradictorias con las que contiene el Decreto 4023 de 2011, sino por el contrario, son complementarias, en la medida en que este último nada dispuso sobre la firmeza de las declaraciones de giro y compensación y sus efectos.

14. Coligió que, una vez en firme las declaraciones de giro y compensación de la UPC en los términos previstos en el artículo 9º del Decreto 2280 de 2004, no es viable cuestionar los valores reconocidos a las EPS y EOC en virtud de dichas declaraciones, por cuanto se entiende que aquellas se han apropiado de los respectivos recursos de conformidad con la normativa vigente y aplicable para darles la destinación que el ordenamiento jurídico prevé. Por lo mismo, en el evento de haberse efectuado reconocimientos sin justa causa en el proceso, el Ministerio de Salud y Protección Social perdería competencia para adelantar el proceso de reintegro de dichos recursos.

Con base en lo anterior **PREGUNTA:**

1. *“De conformidad con lo previsto en el último inciso y en el párrafo del artículo 9º del Decreto 2280 de 2004, ¿se debe entender que una vez en firme las declaraciones de giro y compensación de recursos por concepto de UPC, la administración no puede cuestionar los conceptos y montos incluidos en dichas declaraciones, o cuáles son las consecuencias que de dicha firmeza se derivan?”*

2. *“De conformidad con lo previsto en el último inciso y en el párrafo del artículo 9º del Decreto 2280 de 2004, ¿se debe entender que una vez en firme las declaraciones de giro y compensación de recursos por concepto de UPC, se extingue la facultad de la administración para adelantar el procedimiento administrativo especial de reintegro de recursos del SGSSS apropiados o reconocidos sin justa causa de que trata el artículo 3º del Decreto Ley 1281 de 2002, que se hubiere podido presentar en el mismo período objeto de dichas declaraciones?”*

3. *“En el evento de no considerarse aplicables las previsiones contenidas en el último inciso y en el párrafo del artículo 9º del Decreto 2280 de 2004, como límite temporal para que la administración adelante el procedimiento administrativo especial de reintegro de recursos del SGSSS apropiados o reconocidos sin justa causa en el proceso integral de giro y compensación de UPC de conformidad con lo dispuesto en el artículo 3º del Decreto 1281 de 2002, ¿cuál sería el término con el que cuenta la administración para adelantar dicho procedimiento y cuál su sustento normativo?”*

14. Dando alcance a esta consulta, el Ministro de Salud y Protección Social presentó un escrito de ampliación en el que solicitó a la Sala pronunciarse sobre el alcance de la expresión *“apropiados o reconocidos sin justa causa”* dentro del marco del procedimiento de reintegro de los recursos contemplado en el artículo 3º del Decreto Ley 1281 de 2002 y la Resolución 3361 de 2013.

15. Señaló que las circunstancias por las cuales se puede generar la obligación de reintegro de recursos al Fosyga son: *i)* el trámite para la aprobación y pago de recobros presentados por concepto de servicios de salud no incluidos en el Plan Obligatorio de Salud, autorizados por el Comité Técnico Científico u ordenados por fallos de tutela, *ii)* el trámite para reconocimiento y pago de las reclamaciones presentadas con cargo a la Subcuenta de Eventos Catastróficos y Accidentes de Tránsito (ECAT) del Fosyga, *iii)* el proceso de compensación del Régimen contributivo, y *iv)* el proceso de Liquidación Mensual de Afiliados (LMA) en el régimen subsidiado.

16. Explicó que dada la complejidad de cada una de las operaciones del sistema en el flujo de los recursos, se hacen verificaciones posteriores que buscan establecer situaciones de reconocimientos sin justa causa. Que en

relación con los procesos de compensación, los administradores fiduciarios de los recursos del Fosyga adelantan un conjunto de auditorías que luego informan a las EPS para que estas hagan el proceso de aclaración o de restitución de los recursos en atención al procedimiento establecido en la Resolución 3361 de 2013. Apuntó que esas auditorías permitieron al Fosyga depurar y actualizar la base de Datos Única de Afiliados - BDUA y de pagos del Histórico de Afiliados Compensados (HAC).

17. Al efecto detalló las auditorías que se han implementado para los procesos de compensación así: *i)* de afiliados fallecidos y cédulas canceladas actualizadas por la Registraduría Nacional del Estado Civil, *ii)* de registros con UPC reconocidas por más de treinta días, *iii)* de beneficiarios entre 18 y 25 años no identificados con condición de escolaridad o discapacidad, *iv)* a seriales de BDUA, en el evento en que la EPS no reporta novedades sobre registros inconsistentes que generan conflicto con afiliaciones correctas, *v)* fechas de nacimiento posiblemente erradas, en registros cuyas fechas son menores o iguales al año 1900, *vi)* beneficiarios con reconocimientos de número de días mayor al del cotizante, *vii)* beneficiarios sin cotizante, *viii)* cotizantes con más de un cónyuge simultáneo, activo para un mismo período, *ix)* prestaciones económicas no viables que corresponden a licencias de maternidad, paternidad y parto teniendo en cuenta días fuera de rango, períodos cerrados, fallecidos para la licencia, *x)* cruce de información con regímenes especiales y de excepción – BDEX, auditoría que se practica conforme a la Resolución 5512 de 2013, y *xi)* presuntos repetidos, depuración que se realiza conforme a la Resolución 2199 de 2013.

18. Informó que las primeras auditorías se realizaron en el período comprendido entre febrero de 2005 y el 30 de mayo de 2013, de cuya práctica surgió una amplia casuística para la cual considera que se debe contar con criterios jurídicos claros acerca de las situaciones en las que debe entenderse que existen apropiaciones indebidas o reconocimientos sin justa causa que hagan procedente la aplicación por parte de los intervinientes en el flujo de los recursos del SGSSS del reintegro de recursos contemplado en el artículo 3º del Decreto Ley 1281 de 2002, reglamentado en la Resolución 3361 de 2013.

19. Asimismo afirmó que es necesario determinar los casos en los cuales debe hacerse el reintegro de recursos con intereses liquidados a la tasa moratoria que se establece para los impuestos administrados por la DIAN, y cuándo procede con la actualización del IPC.

Con base en lo anterior **PREGUNTA:**

*"1. ¿Con arreglo a las situaciones planteadas en cada uno de los procedimientos administrativos en virtud de los cuales se genera flujo de*

*recursos del SGSSS, entre el FOSYGA y los diferentes actores que intervienen en el mismo, cuáles son los aspectos fáctico-jurídicos a tener en cuenta para determinar que se ha presentado una apropiación indebida de recursos o un reconocimiento sin justa causa de los mismos?"*

*"2. ¿Cuáles son los aspectos fáctico-jurídicos a tener en cuenta para determinar los casos en los cuáles procede el reintegro de recursos con intereses liquidados a la tasa moratoria establecida para los impuestos administrados por la DIAN, y cuándo procede el reintegro sólo con la actualización del IPC"*

## II. CONSIDERACIONES

### A. PROBLEMAS JURÍDICOS

La consulta plantea varios problemas jurídicos, uno de ellos consiste en determinar cuál es el término con el que cuenta la administración para iniciar el procedimiento administrativo especial de reintegro de los recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud, apropiados o reconocidos sin justa causa en el proceso de giro y compensación por concepto de unidades de pago por capitación- UPC, conforme al artículo 3º del Decreto Ley 1281 de 2002<sup>1</sup> y a la Resolución 3361 de 2013<sup>2</sup>.

También debe la Sala establecer si la eventual ausencia de una norma que señale el plazo de prescripción de las obligaciones que surgen de un pago sin justa causa a las EPS y demás EOC en los procesos de giro y compensación de recursos de la salud, permite recurrir a lo dispuesto en el inciso último y en el párrafo del artículo 9º del Decreto Reglamentario 2280 de 2004<sup>3</sup> que al parecer indica un límite temporal para que las declaraciones de giro y compensación queden en firme.

Además se debe determinar el alcance de la expresión "*sin justa causa*" que contiene el procedimiento de reintegro de los recursos que contempla el artículo 3º del Decreto Ley 1281 de 2002 y la Resolución 3361 de 2013, a fin de distinguir cuándo surge una apropiación o reconocimiento indebido de recursos de la salud que tenga ese carácter.

---

<sup>1</sup> Decreto Ley 1281 de 2002 "*por el cual se expiden las normas que regulan los flujos de caja y la utilización oportuna y eficiente de los recursos del sector salud y su utilización en la prestación*".

<sup>2</sup> Resolución 3361 de 2013, "*por la cual se fijó el procedimiento para el reintegro de los recursos del Fondo de Solidaridad y Garantía (Fosyga) apropiados o reconocidos sin justa causa*".

<sup>3</sup> Decreto Reglamentario 2280 de 2004 "*por el cual se reglamenta el proceso de compensación y el funcionamiento de la Subcuenta de compensación interna del régimen contributivo del Fondo de Solidaridad y Garantía, Fosyga*".

Finalmente se debe establecer en qué oportunidades debe hacerse el reintegro de los recursos de la salud que por cualquier causa se reconozcan o apropien sin causa legal junto con los intereses liquidados a la tasa moratoria establecida para los impuestos que administra la DIAN, y cuándo procede con la actualización del índice de precios al consumidor (IPC).

## **B. ANÁLISIS DE LA SALA**

En la medida en que el procedimiento administrativo especial de reintegro de los recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud, que han sido apropiados o reconocidos sin justa causa comporta la protección de una especie particular de recursos públicos, es preciso partir de las normas constitucionales y legales que señalan las características de esta clase de caudales, las cuales como se verá, permiten deducir algunos principios generales que serán importantes para el adecuado entendimiento y la solución de este asunto.

Adicionalmente, como uno de los problemas jurídicos propuestos se restringe a los términos aplicables a la facultad de la administración para iniciar y adelantar el procedimiento administrativo especial de reintegro de los recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud, apropiados o reconocidos sin justa causa, en lo que respecta al proceso de giro y compensación por concepto de unidades de pago por capitación- UPC y a la posibilidad de aplicar lo dispuesto en el último inciso del artículo 9º del Decreto Reglamentario 2280 de 2004, que al parecer indica un límite temporal para que las declaraciones de giro y compensación queden en firme, es necesario determinar el alcance de esta disposición y puntualizar las características del proceso integral de giro y compensación de los recursos de la salud.

Del mismo modo resulta forzoso para resolver la cuestión, comprender que las características y los plazos del procedimiento de giro y compensación de los recursos de la salud, son diferenciables y separables del procedimiento de reintegro por tales sumas de dinero cuando han sido objeto de pago o reconocimiento sin causa, y del procedimiento de recaudo que pueda desprenderse del acto administrativo que ordene la restitución de dichos recursos.

Por lo tanto, con la finalidad de impedir obstáculos de índole procesal, que repercuten tanto en la seguridad jurídica de los partícipes en el flujo de caja de los recursos del sector salud como en la eficacia y prontitud de los reintegros, la Sala considera que se deben distinguir y definir en este asunto los plazos de caducidad y prescripción que se presentan en la aplicación de los distintos

procedimientos que demanda la restitución de las cantidades que deban invertirse en el sistema de seguridad social en salud.

Ahora bien, teniendo en cuenta las preguntas elevadas a la Sala sobre el alcance de la expresión "*sin justa causa*" y sobre la forma de hacer el reintegro de los recursos de la salud, esto es, con intereses moratorios o con la actualización por el índice de precios al consumidor (IPC), se analizarán las posibilidades que se desprenden del artículo 3º del Decreto Ley 1281 de 2002 que establece el procedimiento de reintegro de dichos recursos.

En síntesis, para responder a los interrogantes planteados, la Sala analizará los siguientes aspectos: 1) El manejo de los recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud (SGSSS), su carácter parafiscal y su finalidad exclusiva; 2) el ámbito de aplicación, características y plazos de los procedimientos que conducen al reintegro de los recursos del SGSSS, apropiados o reconocidos sin justa causa en el proceso de giro y compensación; 3) el alcance de la expresión "*apropiados o reconocidos sin justa causa*" en el procedimiento de reintegro, y 4) los factores que determinan el reintegro de los recursos de la salud con intereses de mora o con actualización por el IPC, conforme al Decreto Ley 1281 de 2002.

## **1. EL MANEJO DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD (SGSSS), SU CARÁCTER PARAFISCAL Y SU FINALIDAD EXCLUSIVA**

La Constitución Política de 1991 estableció el derecho de todos los colombianos a la atención en salud como un servicio público cuya prestación se realiza bajo la organización, dirección y regulación estatal, y en el que se permite la participación de agentes privados sobre los cuales el Estado ejerce vigilancia y control<sup>4</sup>. Asimismo el manejo adecuado y específico en la administración de los

---

<sup>4</sup> Cfr. Constitución Política, artículo 49, modificado por el Acto Legislativo 2 de 2009. La Corte Constitucional en la Sentencia T-760 de 2008, enlistó las siguientes funciones del Estado en la prestación del servicio de salud: "(...) *para que efectivamente toda persona pueda acceder a los servicios de salud, al Estado le corresponde, por mandato constitucional (art. 49, CP), cumplir las siguientes obligaciones: (i) organizar, (ii) dirigir y (iii) regular la prestación de los servicios de salud; (iv) establecer las políticas para la prestación de los servicios por parte de entidades privadas, y ejercer (v) su vigilancia y (vi) control; (viii) establecer las competencias de la Nación, las entidades territoriales y los particulares, y (ix) determinar los aportes a su cargo en los términos y condiciones señalados en la ley. Así pues, es obligación del Estado establecer el Sistema; definir qué entidades y personas lo pueden integrar, y qué labores puede desempeñar cada uno; cómo pueden los particulares participar en la prestación de los servicios y en qué términos; así como también, establecer quiénes aportan al Sistema y en qué cantidades, esto es, definir el flujo de recursos del Sistema.*" En la Sentencia C-252 de 2010, la Corte resaltó que

recursos de la seguridad social, tuvo especial consideración en el artículo 48 de la Carta, conforme al cual no se podrán destinar ni utilizar para fines diferentes a ella<sup>5</sup>.

Dichos parámetros constitucionales sirvieron de base para la construcción del Sistema General de Seguridad Social en Salud (SGSSS) que se instituyó en la Ley 100 de 1993<sup>6</sup>, en el que confluyen elementos público-privados y de mercado-regulación, cuya principal fuente de financiamiento son las cotizaciones, que financian el régimen contributivo<sup>7</sup>, y los recursos fiscales que se obtienen por medio de impuestos generales de la nación, que financian el régimen subsidiado<sup>8</sup>. De igual manera, en esta ley se dispuso la intervención del Estado en procura, entre otros objetivos, de evitar que los recursos que se destinen al servicio público de seguridad social en salud se utilicen en fines diferentes<sup>9</sup>, reforzándose así el mandato constitucional del artículo 48.

El manejo de los recursos que integran los dos regímenes del Sistema General de Seguridad Social en Salud<sup>10</sup>, está en gran medida a cargo del Fosyga, el cual se creó como una cuenta adscrita al Ministerio de Salud y opera por encargo fiduciario, sin personería jurídica ni planta de personal propia.<sup>11</sup> De este hacen parte cinco subcuentas independientes, a saber: a) de

---

estas funciones son desarrollo de la intervención reforzada del Estado que la Constitución exige en materia de salud.

<sup>5</sup> Cfr. Constitución Política, artículo 48, inciso 5.

<sup>6</sup> De igual manera, el artículo 9° de la Ley 100 de 1993, al referirse al sistema de seguridad social integral, dispone que "no se podrán destinar ni utilizar los recursos de las instituciones de la seguridad social para fines diferentes a ella".

<sup>7</sup> El régimen contributivo "es un conjunto de normas que rigen la vinculación de los individuos y las familias al sistema general de seguridad social en salud, cuando tal vinculación se hace a través del pago de una cotización, individual y familiar, o un aporte económico previo financiado directamente por el afiliado o en concurrencia entre éste y su empleador" (Cfr. artículo 202 de la Ley 100 de 1993).

<sup>8</sup> El régimen subsidiado "es un conjunto de normas que rigen la vinculación de los individuos al sistema general de seguridad social en salud, cuando tal vinculación se hace a través del pago de una cotización subsidiada, total o parcialmente, con recursos fiscales o de solidaridad de que trata la presente ley" (Cfr. artículo 211 de la Ley 100 de 1993).

<sup>9</sup> Ley 100 de 1993. "Artículo 154. Intervención del Estado. El Estado intervendrá en el servicio público de Seguridad Social en Salud, conforme a las reglas de competencia de que trata esta Ley, en el marco de lo dispuesto en los artículos 48, 49, 334 y 365 a 370 366, 367, 368, 369 de la Constitución Política. Dicha intervención buscará principalmente el logro de los siguientes fines://(...)// g) Evitar que los recursos destinados a la seguridad social en salud se destinen a fines diferentes".

<sup>10</sup> *Ibidem*. "Artículo 201.- Conformación del sistema general de seguridad social en salud. En el sistema de seguridad social en salud coexisten articuladamente, para su financiamiento y administración, un régimen contributivo de salud y un régimen de subsidios en salud, con vinculaciones mediante el fondo de solidaridad y garantías".

<sup>11</sup> *Ibidem*, Cfr. artículo 218.

compensación interna del régimen contributivo<sup>12</sup>; b) de solidaridad del régimen de subsidios en salud<sup>13</sup>; c) de promoción de la salud<sup>14</sup>, d) del seguro de riesgos catastróficos y accidentes de tránsito<sup>15</sup>, y e) de garantías para la Salud<sup>16</sup>. En consonancia con el artículo 48 de la Constitución Política, se previó que los recursos del Fosyga se manejen de manera independiente dentro de cada subcuenta y se destinen exclusivamente a las finalidades que se consagran para estas en la ley<sup>17</sup>.

Recientemente, la Ley 1753 del 2015, por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018, con el fin de garantizar el adecuado flujo y los respectivos controles de los recursos de la salud, creó una nueva entidad para el sector, denominada Entidad Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud. La entidad hará parte del SGSSS y estará adscrita al Ministerio de Salud y Protección Social, con personería jurídica, autonomía administrativa y financiera y patrimonio independiente. Esta entidad será quien administre los recursos del Fosyga y el Fonsaet<sup>18</sup>, los recursos que financien el aseguramiento en salud, los copagos por concepto de prestaciones no incluidas en el plan de beneficios del régimen contributivo y los

---

<sup>12</sup> Decreto 1283 de 1996 "Por el cual se reglamenta el funcionamiento del Fondo de Solidaridad y Garantía del Sistema General de Seguridad Social en Salud": "Artículo 8. Objeto. Esta subcuenta tiene por objeto permitir la operación de la compensación en el régimen contributivo del Sistema General de Seguridad Social en Salud. Se entiende por operación de compensación el procedimiento mediante el cual se descuenta de las cotizaciones recaudadas, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 204 de la Ley 100 de 1993, los recursos que el sistema reconoce a las entidades promotoras de salud para garantizar la prestación de 106 servicios de salud a sus afiliados y demás beneficios del sistema".

<sup>13</sup> *Ibidem*: "Artículo 21. Objeto. Los recursos de esta subcuenta tienen por objeto permitir la afiliación de la población pobre y vulnerable al régimen subsidiado del sistema de seguridad social en salud, a través de la cofinanciación de los subsidios correspondientes".

<sup>14</sup> *Ibidem*: "Artículo 25. Objeto. La subcuenta de promoción tiene por objeto financiar las actividades de educación, información y fomento de la salud y de prevención secundaria y terciaria de la enfermedad, de acuerdo con las prioridades que al efecto defina el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud".

<sup>15</sup> *Ibidem*: "Artículo 30. Objeto. La subcuenta de seguro de riesgos catastróficos y accidentes de tránsito tiene como objeto garantizar la atención integral a la víctimas que han sufrido daño en su integridad física como consecuencia directa de accidentes de tránsito, eventos terroristas y catastróficos". (Derogado por el art. 19, Decreto Nacional 3990 de 2007).

<sup>16</sup> Cfr. Decreto Ley 4107 de 2011, artículo 41.

<sup>17</sup> Decreto 1283 de 1996: "Artículo 3º. Independencia de los recursos de las subcuentas del Fosyga. Los recursos del Fosyga se manejarán de manera independiente dentro de cada subcuenta y se destinarán exclusivamente a las finalidades consagradas para éstas en la ley, de conformidad con lo establecido en el artículo 48 de la Constitución Política. Los intereses y rendimientos financieros que produzca cada una de ellas se incorporarán a la respectiva subcuenta, previo el cumplimiento de las normas presupuestales que sean aplicables a cada una de ellas".

<sup>18</sup> En el Decreto 4690 de 2011 se determinan los términos y condiciones para la administración del Fondo de Salvamento y Garantías para el Sector Salud – FONSAET.

recursos que se recauden como consecuencia de las gestiones de la UGPP. La presupuestación y contabilización de los recursos administrados no se hará por subcuentas. Cuando entre en funcionamiento la Entidad Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud, se suprimirá el Fosyga<sup>19</sup>.

Como se observa, es de la esencia del sistema de seguridad social en salud procurar que los recursos del sistema se asignen de forma exclusiva a los fines para los cuales se reservaron, máxime cuando conforme a la jurisprudencia y la doctrina, se reconoce de manera uniforme y pacífica que los recursos que ingresan al Sistema de Seguridad Social, tanto en salud como en pensiones, con independencia de la denominación que de estos se haga (cotizaciones, aportes, cuotas moderadoras, copagos, tarifas, deducibles, bonificaciones, etc.) tienen naturaleza parafiscal<sup>20</sup>.

De igual forma, el Legislador quiso enfatizar la destinación exclusiva de esta clase de recursos cuando expresamente previó que los mismos no pertenecen a la Nación, ni a los aportantes (empleadores y trabajadores) ni a las entidades administradoras de los diferentes sistemas. La Ley 100 de 1993 señaló que le pertenecen al Sistema General de Seguridad Social en Salud (artículo 182)<sup>21</sup>.

Asimismo, la Ley Estatutaria 1751 de 2015, por medio de la cual se reguló el derecho fundamental a la salud y se dictaron otras disposiciones, robusteció este principio y prescribió que *“los recursos públicos que financian la salud son*

---

<sup>19</sup> Ley 1753 del 9 de junio de 2015. *“Por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018” “Todos por un nuevo país”*. Cfr. artículo 66.

<sup>20</sup> La Corte Constitucional en la Sentencia C-155 de 2004 señaló al respecto: *“Esta Corporación de manera reiterada ha precisado en efecto que los recursos que ingresan al Sistema de Seguridad Social, tanto en Salud (C-577/97, C-542/98, T-569/99, C-1707/00) como en pensiones (C-179/97), llámense cotizaciones, aportes, cuotas moderadoras, pagos compartidos, copagos, tarifas, deducibles o bonificaciones, son en realidad contribuciones parafiscales de destinación específica, en cuanto constituyen un gravamen, fruto de la soberanía fiscal del Estado, que se cobra obligatoriamente a determinadas personas para satisfacer sus necesidades de salud y pensiones y que, al no comportar una contraprestación equivalente al monto de la tarifa fijada, se destinan también a la financiación global bien del Sistema General de Seguridad Social en Salud, bien del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones (C-086/02, C-789/02)”* v. et. Corte Constitucional, Sentencias C-308 de 1994, SU-480 de 1997, C-577 de 1997, T-569 de 1999, C-821 de 2001, C-867 de 2001, C-791 de 2002, C-1040 de 2003, C-655 de 2003, C-155 de 2004, C-721 de 2004, C-824 de 2004 y C-1002 de 2004, C-895 de 2009, entre otras. v. et. Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto No. 923 de 27 de noviembre de 1996, Concepto No. 1480 de 8 de mayo de 2003 y el Concepto No. 1901 de 17 de julio de 2008.

<sup>21</sup> La norma de la Ley 100 de 1993 que establece la “pertenencia” de los mencionados recursos parafiscales al Sistema en Salud, es del siguiente tenor: *“Artículo 182.- De los ingresos de las Entidades Promotoras de Salud.- Las cotizaciones que recauden las Entidades Promotoras de Salud pertenecen al Sistema General de Seguridad Social en Salud (...)”*.

*inembargables, tienen destinación específica y no podrán ser dirigidos a fines diferentes a los previstos constitucional y legalmente*<sup>22</sup>.

Así las cosas, los dineros de la salud no son utilizables para fines distintos a los señalados en la ley, pues constituyen recursos públicos que integran el sistema de seguridad social en salud y se hallan sujetos a una normatividad precisa, que establece funciones y responsabilidades entre los diferentes órganos y entidades, para que la administración y ejecución de los recursos se haga adecuadamente, en la cantidad, calidad y oportunidad debidas.

Por tal razón, cualquier erogación que se efectúe, debe tener una justificación legal, clara y suficiente y si eventualmente, ante la cantidad de actores intervinientes y la complejidad que caracteriza el flujo de recursos financieros en dicho sistema, se llegaran a efectuar pagos o reconocimientos indebidos y sin justa causa, deberán utilizarse los mecanismos y procedimientos que han sido creados para corregir esta situación.

## **2. ÁMBITO DE APLICACIÓN, CARACTERÍSTICAS Y PLAZOS DE LOS PROCEDIMIENTOS QUE CONDUCEN AL REINTEGRO DE LOS RECURSOS DEL SGSSS, APROPIADOS O RECONOCIDOS SIN JUSTA CAUSA EN EL PROCESO DE GIRO Y COMPENSACIÓN**

Se interroga a la Sala por aspectos relacionados con el procedimiento administrativo de reintegro de recursos apropiados o reconocidos sin justa causa en el proceso de giro y compensación por concepto de UPC, principalmente en lo que tiene que ver con los límites temporales de la administración para iniciar y adelantar el procedimiento.

Por tal razón, es necesario delimitar el ámbito de aplicación, características y términos establecidos, tanto del procedimiento que para este caso origina el desplazamiento indebido de los recursos, Decreto 4023 de 2011<sup>23</sup>; como de los procedimientos que conducen a su recuperación establecidos en el Decreto Ley 1281 de 2002<sup>24</sup>, y en la Resolución 3361 de 2013<sup>25</sup> que reglamentó el Decreto Ley; así como el procedimiento a través del cual la administración efectúa el

---

<sup>22</sup> Cfr. Artículo 25 de la Ley 1751 de 2015.

<sup>23</sup> "Por el cual se reglamenta el proceso de compensación y el funcionamiento de la Subcuenta de Compensación Interna del Régimen Contributivo Fosyga".

<sup>24</sup> "Por el cual se expiden las normas que regulan los flujos de caja y la utilización oportuna y eficiente de los recursos del sector salud, en particular el artículo 3º que reguló el reintegro de recursos apropiados o reconocidos sin justa causa".

<sup>25</sup> "Por la cual fijó el procedimiento para el reintegro de esos recursos".

cobro coactivo de los recursos que se ordena reintegrar reglamentado en la Resolución 3407 de 2012<sup>26</sup>.

**a. Proceso de compensación de recursos conforme al Decreto 4023 de 2011<sup>27</sup>. Alcance de la firmeza de las declaraciones de giro y compensación prevista por el Decreto Reglamentario 2280 de 2004<sup>28</sup>**

**1) Antecedentes**

Conforme a la Ley 100 de 1993, corresponde a las EPS recaudar las cotizaciones de sus afiliados en el régimen contributivo por delegación del Fosyga<sup>29</sup>, y con cargo a las cotizaciones recaudadas el SGSSS reconoce a las EPS un valor per cápita denominado Unidad de Pago por Capitación (UPC)<sup>30</sup> por cada uno de los afiliados<sup>31</sup>. En este punto resalta la Sala que la Corte Constitucional en distintos pronunciamientos ha dejado claro que la UPC tiene como finalidad financiar el cumplimiento de las funciones de las EPS dentro de un contexto de equilibrio y que las EPS pueden aspirar a obtener una legítima ganancia por los servicios que prestan, sin que pueda considerarse que las UPC sean una renta propia de la cual puedan disponer libremente<sup>32</sup>.

---

<sup>26</sup> "Por la cual se establece el reglamento interno de recaudo de cartera de los fondos a cargo de la Dirección de Administración de Fondos de la Protección Social".

<sup>27</sup> Decreto 4023 de 2011. "Por el cual se reglamenta el proceso de compensación y el funcionamiento de la Subcuenta de Compensación Interna del Régimen Contributivo del Fondo de Solidaridad y Garantía – Fosyga, se fijan reglas para el control del recaudo de cotizaciones al Régimen Contributivo del Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones"

<sup>28</sup> Decreto 2280 de 2004. "Por el cual se reglamenta el proceso de compensación y el funcionamiento de la Subcuenta de compensación interna del régimen contributivo del Fondo de Solidaridad y Garantía, Fosyga".

<sup>29</sup> Cfr. Artículo 177 de la Ley 100 de 1993.

<sup>30</sup> La UPC constituye el valor reconocido a las EPS por los costos en que éstas incurren con ocasión del cubrimiento del Plan Obligatorio de Salud POS de todos sus afiliados, el cual se ha de establecer con el propósito central de garantizar un equilibrio financiero que permita la prestación continua y eficiente del servicio. Ese valor es definido actualmente por la Comisión de Regulación en Salud-CRES conforme al numeral 3 del artículo 7° de la Ley 1122 de 2007.

<sup>31</sup> Cfr. Artículo 182 de la Ley 100 de 1993.

<sup>32</sup> La Corte Constitucional en la Sentencia SU- 480 del 25 de septiembre de 1997 señaló: "Hay que admitir que al delegarse la prestación del servicio público de salud a una entidad particular, ésta ocupa el lugar del Estado para algo muy importante cual es la prestación de un servicio público; pero eso no excluye que la entidad aspire obtener una legítima ganancia. Así está diseñado el sistema. Pero, lo principal es que se tenga conciencia de que lo que se recauda no pertenece a las EPS, ni mucho menos entra al presupuesto nacional ni a los presupuestos de las entidades territoriales, sino que pertenece al sistema general de seguridad social en salud, es, pues, una contribución parafiscal".

Además, ha dejado claro esa Corporación que la relación entre la EPS y los afiliados, aun cuando se ajusta a la idea del contrato de aseguramiento, no es la de un contrato de seguros tradicional dado que financieramente el manejo de la prestación de los servicios es igual para los afiliados de ambos regímenes, los recursos no le pertenecen a las EPS sino al sistema de salud, y las cotizaciones que hacen los afiliados no se manejan como cuentas individuales sino como una relación conmutativa entre lo que se paga y lo que se recibe<sup>33</sup>.

En el artículo 205 de la Ley 100 de 1993 se indicó que del recaudo de las cotizaciones las EPS deberán descontar el valor de las UPC fijadas para el plan de salud obligatorio y trasladar la diferencia al Fosyga, *"a más tardar el primer día hábil siguiente a la fecha límite establecida para el pago de las cotizaciones. En caso de ser la suma de las unidades de pago por capitación mayor que los ingresos por cotización, el fondo de solidaridad y garantía deberá cancelar la diferencia el mismo día a la entidad promotora de salud que así lo reporte"*.

El procedimiento operativo para realizar el proceso de compensación descrito en el artículo 205 de la Ley 100 de 1993, quedó soportado básicamente en el Decreto 4023 de 2011 del Ministerio de la Protección Social<sup>34</sup>, en el que se define como un proceso mediante el cual se descuentan de las cotizaciones recaudadas e identificadas íntegramente por las Entidades Promotoras de Salud (EPS) y demás Entidades Obligadas a Compensar (EOC), para cada período al que pertenece el pago de la cotización; los recursos destinados a financiar la subcuenta de Promoción de la Salud del Fosyga, los de solidaridad del Régimen de Subsidios en Salud que financian la Subcuenta de Solidaridad del Fosyga y los recursos que el Sistema reconoce a las EPS y a las EOC por

<sup>33</sup> La Corte Constitucional en la Sentencia C-828 de 2001 sostuvo: *"La fórmula elegida por el legislador para diseñar el Sistema de Seguridad Social en Salud es la de privilegiar el subsidio de la demanda y prever la existencia de entidades administradoras que juegan el papel de intermediarias entre los recursos financieros y las instituciones que prestan el servicio de salud y los usuarios. El papel que desempeñan las Entidades Prestadoras de Salud (EPS) se ajusta a la idea del contrato de aseguramiento, en el que el prestador asume el riesgo y la administración de los recursos. Sin embargo, no se trata de un contrato de seguros clásico porque en primer lugar, construye un manejo financiero de prestación media para todos por igual, tanto para el régimen contributivo, como para el régimen subsidiado, y en segundo lugar, los recursos, una vez son captados por el Sistema de Salud, no le pertenecen a quien los cancela, sino al sistema en general. Las cotizaciones que hacen los afiliados al sistema de salud no se manejan como cuentas individuales en donde existe una relación conmutativa entre lo que se paga y lo que se recibe. Estos aspectos, de la relación entre afiliados y asegurador distinguen de fondo el contrato de aseguramiento en salud del contrato de seguros tradicional"*.

<sup>34</sup> Decreto 4023 de 2011. *"Artículo 1°. Objeto. El objeto del presente decreto es establecer el funcionamiento de la Subcuenta de Compensación, el mecanismo de control y seguimiento al recaudo de aportes del Régimen Contributivo del Sistema General de Seguridad Social en Salud (SGSSS) y el procedimiento operativo para realizar el proceso de compensación, de acuerdo con lo definido en el artículo 205 de la Ley 100 de 1993 y en las demás normas que lo modifiquen, adicionen o sustituyan"*.

concepto de Unidades de Pago por Capitalización (UPC), y como resultado los recursos provenientes del superávit de las cotizaciones recaudadas se giran o trasladan por las EPS y EOC a las respectivas Subcuentas del Fosyga y este, a su vez, gira o traslada a las cuentas de las EPS y EOC las sumas que resulten a su favor<sup>35</sup>.

## 2) Características del procedimiento de compensación de recursos

Dentro del proceso de compensación que, como se indicó regula el Decreto 4023 de 2011, se estableció la elaboración de las denominadas “*declaraciones de giro y compensación*,” cuya preparación está a cargo del Fosyga y para las cuales utiliza la información de los afiliados que registran las EPS o las EOC en la base de datos de afiliados, la información adicional que le remiten estas entidades y la información de reconocimientos de licencias de maternidad y paternidad a cargo del Fosyga. Al efecto, consagró el artículo 14 del Decreto 4023 de 2011 lo siguiente:

*“Artículo 14. Declaración de giro y compensación. El Fosyga elaborará a partir del mes séptimo siguiente a la vigencia del presente decreto, la declaración de giro y compensación de cada EPS y EOC, la cual estará constituida por la información de los afiliados que registran las EPS y las EOC en la base de datos de afiliados, la información adicional que remitan estas entidades al Fosyga para surtir el proceso de compensación y la información de pago de aportes de cada EPS y EOC. De igual manera, hará parte de la declaración de giro y compensación, la información remitida al Fosyga para el reconocimiento de las licencias de maternidad y/o paternidad a cargo del Fosyga”. (Resalta la Sala).*

De igual forma, la ejecución del proceso de compensación está en cabeza del Fosyga quien deberá entregar la información resultado del proceso a las EPS y a las EOC el día hábil siguiente a que se ejecuta. El artículo 16 del Decreto 4023 de 2011 explicó el trámite en la forma que sigue:

*“Artículo 16. Ejecución del proceso de giro y compensación y entrega de resultados. El proceso de compensación se ejecutará por el Fosyga el segundo día hábil de cada semana, con la información del recaudo no compensado existente a esa fecha, independientemente del período al que correspondan los aportes.*

*La información resultado del proceso de compensación se entregará a las EPS y a las EOC el día hábil siguiente al que se ejecuta el proceso en horas hábiles y se podrá hacer por medios electrónicos. Esta información contendrá el consolidado del resultado del proceso con el número de registros aprobados por*

---

<sup>35</sup> Cfr. Decreto 4023 de 2011, artículo 11.

*período compensado, los valores a reconocer a las EPS y a las EOC, los valores a trasladar de las cuentas maestras de recaudo de aportes, a cada subcuenta del Fosyga, entre otros. De igual manera, contendrá el detalle de los recursos reconocidos por afiliado y el de los valores deducidos o descontados.*

***El representante legal de las Entidades Promotoras de Salud (EPS) y demás Entidades Obligadas a Compensar (EOC) podrá aceptar o no el proceso. En caso de aceptar el resultado del proceso informado por el Fosyga, suscribirá el formato dispuesto para este fin, dentro de los ocho (8) horas siguientes a la entrega del resultado por parte del Fosyga; esta aceptación podrá hacerse por medios electrónicos. En el evento en que el Fosyga no reciba la aceptación del proceso dentro del término señalado en este artículo, se entenderá que la EPS o la EOC no aceptó el proceso y en consecuencia, no podrá apropiarse de recurso alguno de los aportes.***

***Aceptado el resultado del proceso de compensación por la respectiva Entidad Promotora de Salud (EPS) o Entidad Obligada a Compensar (EOC), el Fosyga autorizará la apropiación de los recursos a que tengan derecho y les girará los recursos que procedan dentro de las ocho (8) horas siguientes al recibo de la aceptación. (...)***. (Resalta la Sala).

Adicionalmente, en el trámite mencionado también se previó una serie de validaciones de la información<sup>36</sup>, y en los eventos en que los cruces de información y las validaciones arrojen inconsistencias, el artículo 23 del Decreto 4023 de 2011, modificado por el artículo 3° del Decreto 674 de 2014, señaló que el Fosyga deberá adelantar el procedimiento establecido en el Decreto Ley 1281 de 2002, así:

*“Artículo 3. Modifícase el artículo 23 del Decreto 4023 de 2011, el cual quedará así:*

***Control de pagos sin justa causa. El Fosyga realizará los cruces y validaciones para evitar pagos sin justa causa en el proceso de compensación o de los demás recursos reconocidos a las EPS y a las EOC con cargo al Fosyga y en todo caso, realizará la verificación de la inexistencia de pagos dobles.***

*En caso de evidenciarse pagos de UPC u otros conceptos sin justa causa, sin importar el proceso de compensación al que corresponda, el Fosyga adelantará las gestiones correspondientes ante las EPS y las EOC, requiriéndoles la devolución de los recursos, de acuerdo con lo establecido en el artículo 3° del Decreto-Ley 1281 de 2002. En caso de no efectuarse el reintegro de dichos recursos, dentro de los veinte (20) días hábiles siguientes, se dará traslado de los hechos y soportes documentales a la*

<sup>36</sup> Cfr. Decreto 4023 de 2011, artículo 17.

*Superintendencia Nacional de Salud, quien ordenará el reintegro inmediato de los recursos.*

*En el evento en que no se efectúe el reintegro ordenado, la Superintendencia Nacional de Salud informará de tal situación al Fosyga, quien podrá descontar los valores involucrados de futuros reconocimientos de UPC o prestaciones económicas según corresponda". (Resalta la Sala).*

Ahora bien, antes de la expedición del Decreto 4023 de 2011, el proceso de giro y compensación estuvo regulado por el Decreto 2280 de 2004, cuya lógica del proceso difiere a la del actual Decreto 4023 de 2011 en varios aspectos.

En primer lugar, el proceso de compensación mediante la presentación de la declaración de giro y compensación en el Decreto 2280 de 2004, estaba en cabeza de las EPS y de las EOC. El artículo 6º del Decreto 2280 de 2004 refería al respecto:

***"Artículo 6º. Proceso de compensación. Las Entidades Promotoras de Salud, EPS, y demás Entidades Obligadas a Compensar, EOC, realizarán el proceso de compensación mediante la presentación de la declaración de giro y compensación, que involucre la totalidad de los recaudos por cotizaciones obligatorias de los aportantes y pagos de cotizantes adicionales, así: (...)" (Resalta la Sala).***

Igualmente, el Decreto 2280 de 2004 indicaba la forma en que las Entidades Promotoras de Salud, EPS, y demás Entidades Obligadas a Compensar, EOC debían presentar la declaración de giro y compensación. Al efecto el artículo 8º del Decreto 2280 de 2004 indicaba:

***Artículo 8º. Presentación del proceso de giro y compensación. Las Entidades Promotoras de Salud, EPS, y demás Entidades Obligadas a Compensar, EOC, presentarán dos (2) procesos de compensación; el primer proceso, el día 11 hábil del mes y el segundo proceso el día 18 hábil del mismo mes, hasta las 3:00 p.m.***

*En cada proceso deberá incluirse el recaudo efectivo de cotizaciones en el mes, independientemente del período al que correspondan y los recaudos ya identificados que no fueron incluidos en las declaraciones de giro y compensación anteriores y que de acuerdo con las normas del presente decreto no hubiesen sido compensados.*

*En cada proceso se presentará una declaración de giro y compensación en medio magnético con la información sobre todos los afiliados a compensar, período a compensar e información de los recursos cuando se trate de compensación de recursos que ya han sido girados previamente al Fosyga, independientemente del período al cual correspondan las cotizaciones y en el formato que establezca el Ministerio de la Protección Social, se presentará un*

*resumen del contenido del medio magnético con la información sobre las sumas a consignar resultantes del proceso de compensación. No se podrá compensar sobre afiliados que no se encuentren registrados en la base única de afiliados.” (Resalta la Sala).*

Asimismo, el artículo 9º del Decreto 2280 de 2004 señaló que las EPS y las EOC debían presentar la declaración de giro y compensación, y que el Fosyga debía realizar una labor de verificación y validación del proceso, luego de la cual, si las Entidades Promotoras de Salud, EPS, y demás Entidades Obligadas a Compensar, EOC estaban de acuerdo con el resultado del proceso adelantado por el Fosyga, enviaban una comunicación de aceptación y con esta podían disponer de los recursos a los que tuvieran derecho, en la forma que sigue:

*“Artículo 9º. Giro de los recursos a favor del Fosyga y reconocimiento de recursos resultantes del proceso de compensación. **El Fosyga, a través de su administrador fiduciario, verificará y validará el proceso de compensación presentado** y comunicará el resultado de los registros aprobados a las EPS y EOC, dentro de las veinticuatro (24) horas siguientes a la **presentación de la declaración de giro y compensación por parte de las EPS y EOC.**”*

*Además de las validaciones que se establezcan por parte del Ministerio de la Protección Social, la información sobre los afiliados presentados en cada proceso de giro y compensación se validará por el administrador fiduciario de los recursos del Fosyga contra la Base de Datos Única de Afiliados generada a partir de las Resoluciones 890 y 1375 de 2002 o las normas que las modifiquen o adicionen.*

*La comunicación escrita que contenga el resultado del proceso de compensación deberá indicar el número de registros aprobados por período compensado, los valores a reconocer a la EPS y aquellos que deben girar a cada subcuenta del Fosyga por los registros aprobados; adicionalmente, la comunicación debe indicar los registros glosados. A esta comunicación se anexará un medio magnético que contenga el detalle de los registros glosados, indicando las causas de glosa. El formato de la comunicación será definido por el Ministerio de la Protección Social.*

***El representante legal de las Entidades Promotoras de Salud, EPS, y demás EOC, en caso de aceptar el resultado del proceso informado por el Fosyga, suscribirá la comunicación y la presentará al Administrador Fiduciario del Fosyga dentro de las 24 horas siguientes, anexando copia de las consignaciones realizadas a las diferentes subcuentas del Fosyga. Una vez presentada la comunicación de aceptación, las Entidades Promotoras de Salud, EPS, y demás Entidades Obligadas a Compensar, EOC, podrán disponer de los recursos a que tengan derecho.***

*Los recursos a favor de las Entidades Promotoras de Salud, EPS, y demás Entidades Obligadas a Compensar, EOC, resultantes del proceso de compensación que deba reconocer el Fosyga, se girarán a través de su Administrador Fiduciario, el mismo día en que reciba la aceptación por parte de la EPS o EOC del resultado del proceso de compensación y previo el giro a las diferentes subcuentas del Fosyga de la totalidad de los recursos resultantes del proceso, incluyendo los correspondientes a los registros glosados". (Resalta la Sala).*

A renglón seguido contenía el citado artículo 9º una disposición relacionada con el término de firmeza de las declaraciones de giro y compensación, así:

*"Una vez aceptado el resultado del proceso de compensación por parte de las EPS y EOC y surtido el proceso previsto en el presente decreto, se considerará aprobada la Declaración de Giro y Compensación. El conjunto de las declaraciones de giro y compensación presentadas durante una vigencia fiscal, quedarán en firme dos (2) años después de la fecha límite para presentar la declaración de renta del respectivo período fiscal.*

*Parágrafo. Las EPS o EOC en ningún caso podrán apropiarse de recursos de la Unidad de Pago por Capitación sin el cumplimiento del procedimiento establecido en el presente artículo". (Resalta la Sala).*

Como se observa, la presentación de la declaración de giro y compensación y entrega de resultados del proceso al administrador fiduciario del Fosyga en las normas del Decreto 2280 de 2004 surgían de las Entidades Promotoras de Salud, EPS, y demás Entidades Obligadas a Compensar, EOC; lo cual difiere sustancialmente de lo dispuesto en el Decreto 4023 de 2011, que atribuyó al Fosyga tanto la elaboración de la declaración de giro y compensación como la ejecución del proceso; y relegó la labor de las EPS y de las demás EOC a aceptar o no los resultados dentro de los límites de tiempo establecidos.

Ahora bien, en relación con el término de dos (2) años para que las declaraciones de giro y compensación que presentaban las Entidades Promotoras de Salud, EPS, y demás Entidades Obligadas a Compensar- EOC, quedaran en firme (último inciso del artículo 9º del Decreto 2280 de 2004), el Decreto 4023 de 2011 no contiene ninguna regla equivalente, con respecto a la elaboración, presentación y ejecución del proceso de compensación que le corresponde hacer al Fosyga.

Así las cosas, descritos y comparados los procesos de giro y compensación previsto en el Decreto 4023 de 2011 y en el Decreto 2280 de 2004, puede advertirse que la materia objeto de regulación de los dos es la misma. En efecto, el Decreto 4023 de 2011 reguló el proceso de giro y compensación, así como el funcionamiento de la Subcuenta de Compensación Interna del

Régimen Contributivo del Fondo de Solidaridad y Garantía – Fosyga, asuntos que habían sido regulados anteriormente por el Decreto 2280 de 2004. Por consiguiente, estima la Sala que el último de los decretos reglamentarios citados debe entenderse derogado en forma orgánica o sistemática por el Decreto 4023 de 2011, incluyendo desde luego, lo que el Decreto 2280 de 2004 disponía sobre la firmeza de la declaración de giro y compensación.

La Ley 153 de 1887 establece en su artículo 3° la derogación orgánica, en los siguientes términos:

*“Artículo 3°. Estímase insubsistente una disposición legal por declaración expresa del legislador, o por incompatibilidad con disposiciones especiales posteriores, o por existir una ley nueva que regule íntegramente la materia a que la anterior disposición se refería”.*

Al respecto la Corte Suprema de Justicia señaló en sentencia de marzo 28 de 1984:

*“La derogación orgánica, que para no pocos autores no pasa de ser una faz de la derogatoria tácita, sólo se da en verdad cuando la nueva ley “regule íntegramente la materia” que la anterior normación positiva regulaba. Empero, determinar si una materia está o no enteramente regulada por la ley posterior, depende de la intención revelada por el legislador de abarcar con la nueva disposición o disposiciones toda una materia, aunque en realidad no haya incompatibilidad alguna entre éstas y las de la ley anterior.”*

Conviene recordar que el fenómeno jurídico de la derogación orgánica no implica necesariamente la incompatibilidad irreconciliable de la nueva legislación con las normas que le antecieron, pues basta tan solo con que se regule integralmente la misma materia para que la derogación ocurra.

Pero además, y en gracia de discusión, en el evento analizado debe señalarse que el trámite y las características establecidas para la elaboración, presentación y ejecución del proceso de declaración de giro y compensación de los recursos de la salud, en una y otra normatividad difieren sustancialmente, situación que, en concepto de esta Sala, impiden conciliar o complementar fragmentos del Decreto 2280 de 2004, con las disposiciones del Decreto 4023 de 2011.

En síntesis, las reglas del último inciso del artículo 9° del Decreto 2280 de 2004, que indicaban un límite temporal para que las declaraciones de giro y compensación por concepto de UPC quedaran en firme, no son aplicables en relación con el término que tiene la administración para iniciar el procedimiento administrativo especial de reintegro de los recursos del Sistema General de

Seguridad Social en Salud, apropiados o reconocidos sin justa causa conforme al artículo 3° del Decreto Ley 1281 de 2002, pues aquella disposición debe considerarse derogada.

### **3) Término de firmeza de las declaraciones de giro y compensación a partir de la entrada en vigencia de la Ley 1753 de 2015**

Observa la Sala que la Ley 1753 de 2015 por la cual se expidió el Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018, determinó en el último inciso de su artículo 73 que los procesos de reconocimiento y giro de los recursos del aseguramiento de Seguridad Social en Salud que se surten ante el Fosyga, quedarán en firme transcurrido un plazo de dos (2) años después de su realización, cumplido el cual no procederá reclamación alguna.

***“Artículo 73. Procesos de recobros, reclamaciones y reconocimiento y giro de recursos del aseguramiento en salud. Los procesos de recobros, reclamaciones y reconocimiento y giro de recursos del aseguramiento en Salud que se surten ante el Fosyga o la entidad que asuma sus funciones se regirán por las siguientes reglas:***

*Tratándose de recobros y reclamaciones:*

*a) El término para efectuar reclamaciones o recobros que deban atenderse con cargo a los recursos de las diferentes subcuentas del Fosyga será de tres (3) años a partir de la fecha de la prestación del servicio, de la entrega de la tecnología en salud o del egreso del paciente. Finalizado dicho plazo, sin haberse presentado la reclamación o recobro, prescribirá el derecho a recibir el pago y se extingue la obligación para el Fosyga.*

*b) El término para la caducidad de la acción legal que corresponda, se contará a partir de la fecha de la última comunicación de glosa impuesta en los procesos ordinarios de radicación, por parte del Ministerio de Salud y Protección Social (MSPS) o quien este designe.*

*c) En el caso de los recobros y reclamaciones que hayan sido glosados por el Fosyga y sobre los cuales no haya operado el término de caducidad de la acción legal que corresponda, sólo se exigirá para su reconocimiento y pago los requisitos esenciales que demuestren la existencia de la respectiva obligación, los cuales serán determinados por el MSPS. Para tales efectos, las entidades recobrantes deberán autorizar el giro directo del valor total que se llegue a aprobar a favor de las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud (IPS) habilitadas. El pago de las solicitudes aprobadas estará sujeto a la disponibilidad presupuestal de recursos para cada vigencia, sin que haya lugar al reconocimiento de intereses moratorios por las solicitudes que se presenten bajo este mecanismo.*

***Los procesos de reconocimiento y giro de los recursos del aseguramiento de Seguridad Social en Salud quedarán en firme transcurridos dos (2) años después de su realización. Cumplido dicho plazo, no procederá reclamación alguna***". (Resalta la Sala)

Tal como puede apreciarse, la norma transcrita regula dos grandes temas: El inciso segundo y los literales a), b) y c) se refieren a los recobros y reclamaciones que las EPS deben hacer al Fosyga por concepto de tratamientos, medicamentos y tecnologías de la salud que, de acuerdo con la ley y la jurisprudencia constitucional, deba ser financiado con los recursos de dicho fondo (por no estar cubierto con las UPC). Por su parte, el inciso final de la misma disposición alude al proceso de giro y compensación de los recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud.

En relación con el primer aspecto, la norma referida señala un término de prescripción de tres (3) años a partir de la fecha de prestación del servicio, de la entrega de tecnología o del egreso del paciente. Con respecto al segundo punto (proceso de giro y compensación), la norma legal señala un plazo de dos (2) años después de realizado el proceso, para formular cualquier reclamación surgida del mismo.

Nótese que, en este último caso, el precepto comentado no señala los motivos por los cuales pueden presentarse los reclamos, ni la parte que esté facultada para formularlos, lo cual le permite a la Sala concluir que tanto las EPS como las EOC, como el Fosyga, el Ministerio de Salud y Protección Social y otras entidades públicas, disponen del mismo término para presentar sus reclamaciones, y que estas pueden referirse entre otras circunstancias, a pagos o reconocimientos indebidos (o sin justa causa) efectuados a favor de cualquiera de dichas partes dentro del procesos de giro y compensación.

Entonces desde el 9 de junio de 2015, fecha en que entró en vigencia la Ley 1753<sup>37</sup>, la administración cuenta con el plazo de dos (2) años para iniciar el procedimiento especial de reintegro de recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud apropiados o reconocidos sin justa causa, de conformidad con las reglas previstas en el artículo 3º del Decreto Ley 1281 de 2002 y en la Resolución 3361 de 2003, el cual se explicará a continuación.

Ahora bien, teniendo en cuenta que la regla del artículo 73 de la Ley 1753 de 2015 solo es aplicable desde el 9 de junio del año 2015, y que el Decreto Ley 1281 de 2001 no contempló expresamente un término de caducidad para el ejercicio de la facultad que tenía la administración para iniciar el reintegro de los

---

<sup>37</sup> Cfr. artículo 267 de la Ley 1753 de 2015, por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018 "Todos por un nuevo país". Diario oficial número 49538 de junio 9 de 2015.

recursos apropiados o reconocidos sin justa causa, habrá la Sala de analizar cuál es la norma aplicable antes de la vigencia de la mencionada Ley del Plan en relación con el término que tenía la administración para iniciar el mencionado procedimiento.

**b. Del procedimiento administrativo especial de reintegro de los recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud, apropiados o reconocidos sin justa causa. Decreto Ley 1281 de 2002 y Resolución 3361 de 2003**

**1) Antecedentes**

Los recursos del sistema de seguridad social tienen naturaleza parafiscal con destinación específica, razón por la cual requieren de la especial protección del Estado. En consideración a la naturaleza especial de tales recursos, el Presidente de la República, en ejercicio de las facultades que le otorgó el artículo 111.4 de la Ley 715 de 2001<sup>38</sup>, “[p]or la cual se dictan normas orgánicas en materia de recursos y competencias de conformidad con los artículos 151, 288, 356 y 357 (Acto Legislativo 01 de 2001) de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones para organizar la prestación de los servicios de educación y salud, entre otros”, expidió el Decreto Ley 1281 de 2002, “[p]or el cual se expiden las normas que regulan los flujos de caja y la utilización oportuna y eficiente de los recursos del sector salud y su utilización en la prestación”.

La Corte Constitucional al resolver una demanda en la que se acusó el artículo 111.4 de la Ley 715 de 2001, por no cumplir con el requisito de precisión que exige el artículo 150-10 de la Constitución<sup>39</sup>, estableció el alcance de los objetivos que debían desarrollarse en el ejercicio de las facultades extraordinarias. En este sentido, señaló:

---

<sup>38</sup> Ley 715 de 2001 “Artículo 111. Facultades extraordinarias (...) //111.4. Otórgase precisas facultades extraordinarias al Gobierno Nacional para que en el término de seis meses contados desde la vigencia de la presente ley expida normas que regulen los flujos de caja y la utilización oportuna y eficiente de los recursos del sector salud y su utilización en la prestación de los servicios de salud a la población del país”. (Resalta la Sala).

<sup>39</sup> Constitución Política. “Artículo 150 (...) 10. Revestir, hasta por seis meses, al Presidente de la República de precisas facultades extraordinarias, para expedir normas con fuerza de ley cuando la necesidad lo exija o la conveniencia pública lo aconseje. Tales facultades deberán ser solicitadas expresamente por el Gobierno y su aprobación requerirá la mayoría absoluta de los miembros de una y otra Cámara.// El Congreso podrá, en todo tiempo y por iniciativa propia, modificar los decretos leyes dictados por el Gobierno en uso de facultades extraordinarias.// Estas facultades no se podrán conferir para expedir códigos, leyes estatutarias, orgánicas, ni las previstas en el numeral 20 del presente artículo, ni para decretar impuestos”.

*“En la norma bajo revisión observa la Corte que el legislador en forma amplia delimita el objeto de la delegación, que es revestir al Presidente para que regule mediante normas con rango de ley lo atinente a los flujos de caja, amplitud que de ninguna manera acarrea la imprecisión u oscuridad en el señalamiento de la materia que es objeto de delegación legislativa (...).*

*En efecto, conforme a lo dispuesto en el artículo 42.7 de la Ley 715 de 2001, **corresponde a la Nación la vigilancia y control del manejo y la destinación de los recursos del Sistema General de Participaciones en Salud y del Sistema General de Seguridad Social en Salud, sin perjuicio de las competencias de las entidades territoriales en la materia, recursos que son transferidos y girados en los términos de los artículos 53 y 64 del citado ordenamiento legal. Además, conforme a lo dispuesto en el artículo 107 ibidem, el Gobierno Nacional debía adoptar en los seis meses siguientes a la vigencia de la ley los mecanismos jurídicos y técnicos conducentes a la “optimización del flujo financiero de los recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud que prevengan o impidan su desviación, indebida apropiación o retención por parte de cualquiera de los actores partícipes o intermediarios del sistema”.***

*Además, según los antecedentes legislativos el otorgamiento de facultades extraordinarias para la regulación de los flujos de caja en el sector de la salud, fue solicitado por el Ministro del ramo en atención a que “los recursos se diluyen en el tiempo y llegan a las entidades receptoras en un término superior a un año”. De modo, que la regulación del flujo de caja a que alude el numeral 111.4 del artículo 111 que se examina apunta a la implementación por parte del Gobierno de un procedimiento que garantice financieramente la viabilidad del sistema de seguridad social en salud, y por ende, la prestación efectiva de los servicios correspondientes, precaviendo la apropiación o retención indebidas de los recursos destinados a este fin<sup>40</sup>. (Resalta la Sala).*

Así las cosas, la regulación del flujo de caja a que alude el numeral 111.4 del artículo 111 de la Ley 715 de 2001, sirvió de fundamento para la expedición del Decreto Ley 1281 de 2002 que apunta a la implementación por parte del Gobierno de un procedimiento que garantice financieramente la viabilidad del sistema de seguridad social en salud y por ende, la prestación efectiva de los servicios correspondientes. En este decreto, se previó la posibilidad de que ocurra una apropiación o reconocimiento indebido de los recursos destinados al sector de la Salud y se estableció el mecanismo para corregir dicha eventualidad.

---

<sup>40</sup> Corte Constitucional, sentencia C-1028 de 27 de noviembre de 2002, expediente D-4087.

**2) Características generales del procedimiento administrativo especial de reintegro consagrado en el artículo 3° del Decreto Ley 1281 de 2002 y en la Resolución 3361 de 2003**

El artículo 3 del Decreto Ley 1281 de 2002, regula el reintegro de recursos apropiados o reconocidos sin justa causa:

Señala el primer inciso de este artículo 3°:

*“Artículo 3°. Reintegro de recursos apropiados o reconocidos sin justa causa. Cuando el administrador fiduciario del Fosyga o cualquier entidad o autoridad pública, en el ejercicio de sus competencias o actividades como participante o actor en el flujo de caja, detecte que se presentó apropiación sin justa causa de recursos del sector salud, en los eventos que señale el reglamento, solicitará en forma inmediata las aclaraciones respectivas o su reintegro, el cual procederá a más tardar dentro de los veinte días hábiles siguientes a la comunicación del hecho (...).”*

Se desprende de la norma transcrita que en una primera fase para lograr el reintegro de los recursos apropiados o reconocidos sin justa causa, se surte apenas una etapa que se podría denominar de “requerimiento” a cargo del administrador fiduciario del Fosyga o cualquier entidad o autoridad pública que en ejercicio de sus competencias o actividades participe como actor en el flujo de caja. En esta etapa es preciso:

i) Detectar si existió un posible reconocimiento o apropiación sin justa causa de los recursos del sector salud y comunicar el hecho a la correspondiente persona natural o jurídica que presuntamente se apropió de los recursos.

ii) En la comunicación que se envíe a la persona natural o jurídica se podrá requerir de inmediato las aclaraciones respectivas sobre los recursos que supuestamente fueron reconocidos y apropiados sin justa causa o solicitar su reintegro.

iii) La persona requerida cuenta con un término de veinte (20) días hábiles siguientes a la comunicación del hecho, dentro de los cuales podrá presentar aclaraciones, justificaciones y soportes, o hacer de inmediato el respectivo reintegro de los recursos apropiados sin justa causa.

Ahora bien, si se hacen las aclaraciones y se presentan los soportes que justifiquen el giro de los recursos, y las explicaciones son aceptadas de forma satisfactoria por el competente; o si la requerida reintegra de forma inmediata los recursos indebidamente apropiados, el trámite iniciado tendría que concluir en este punto.

Pero si, por el contrario, dentro del plazo de los veinte (20) días mencionados no se hacen las aclaraciones respectivas o no se reintegran los recursos indebidamente apropiados, se pasa a una segunda etapa del procedimiento en la que está prevista la intervención de la Superintendencia Nacional de Salud. Dispuso el inciso segundo del artículo 3º del Decreto Ley 1281 de 2002, lo siguiente:

*“Cuando la situación no sea subsanada o aclarada en el plazo señalado se informará de manera inmediata y con las pruebas correspondientes a la Superintendencia Nacional de Salud quien ordenará el reintegro inmediato de los recursos y adelantará las acciones que considere pertinentes.  
(...)”*

Es decir, vencido el plazo de los veinte (20) días desde la comunicación en que el administrador fiduciario del Fosyga o cualquier entidad o autoridad pública que en ejercicio de sus competencias o actividades como participe del flujo de caja, haya informado a la respectiva persona natural o jurídica sobre la detección de la presunta indebida apropiación de recursos sin que estas hubiesen aclarado la situación satisfactoriamente o hecho el reintegro de los recursos, el asunto deberá trasladarse a la Superintendencia Nacional de Salud, autoridad que teniendo en cuenta las pruebas recaudadas en cada caso, determinará mediante acto administrativo la existencia o no de la obligación que da lugar a la restitución, y de encontrar probado que efectivamente existió una apropiación indebida, ordenará reintegrar de inmediato los recursos de la salud.

Valga señalar que el acto administrativo de la Superintendencia Nacional de Salud se producirá luego de agotar el procedimiento que respete las garantías del debido proceso, no sólo porque la Administración debe seguir un cauce formal en sus actuaciones, sino porque el procedimiento ha de servir para valorar las razones de oportunidad o de legalidad que justifican la orden de reintegro y, asimismo, para comprobar si efectivamente el reconocimiento o la apropiación de los recursos del sistema fue contrario al ordenamiento jurídico, al no tener origen en una justa causa.

Por otra parte, el procedimiento que contempló el artículo 3º del Decreto Ley 1281 de 2002, fue objeto de demanda de inconstitucionalidad en la que se argumentó que la competencia asignada a la Superintendencia Nacional de Salud *“para ordenar el reintegro inmediato de los recursos de la salud apropiados o reconocidos sin justa causa vulnera el debido proceso, ya que el legislador no estableció el procedimiento administrativo respectivo que debe seguirse en este caso”*<sup>41</sup>.

---

<sup>41</sup> Corte Constitucional, Sentencia C- 607 del 1 de agosto de 2012. Expediente D-8857.

La Corte Constitucional declaró la exequibilidad del artículo 3° del Decreto Ley 1281 de 2002 y sobre los vacíos que observó el demandante sostuvo que la consagración normativa de un procedimiento específico no resultaba necesaria, pues en un ordenamiento jurídico sistemático, el alcance de una disposición legal debe ser interpretada en su contexto normativo. Al respecto transcribió al artículo 2 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, y resaltó:

*“Observa la Sala que no asiste razón al demandante por cuanto la consagración normativa de un procedimiento específico no resultaba necesaria. En efecto, en el contexto de un ordenamiento jurídico sistemático, el alcance de una disposición legal no se define de manera exclusiva a partir del texto específico de la misma sino, adicionalmente, debe ser interpretada en su contexto normativo.*

*En este orden de ideas, tal y como lo señalaron la mayoría de los intervinientes y la Vista Fiscal, aún si se acepta que el actor tiene razón que no se regula en su integridad el procedimiento a seguir, se equivoca al considerar que dicho procedimiento sólo puede estar contenido en la norma demandada, o aún más yerra al afirmar que no existe procedimiento aplicable.*

*Por el contrario: (i) la misma norma señala que para que proceda el reintegro de los recursos, el administrador fiduciario del Fosyga o cualquier entidad o autoridad pública, debe conceder a la parte requerida el término de 20 días para que rinda las explicaciones del caso y aporte las pruebas que pretenda hacer valer y (ii) el artículo 2 de la Ley 1437 de 2011 (nuevo Código Contencioso Administrativo) señala: (...) “las autoridades sujetarán sus actuaciones a los procedimientos que se establecen en este Código, sin perjuicio de los procedimientos regulados en leyes especiales. En lo no previsto en los mismos se aplicarán las disposiciones de este Código”<sup>42</sup>.*

Citó la Corte, como ejemplo para reforzar el argumento de la aplicación del procedimiento general contenido en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, el artículo 40 de la Ley 1122 de 2007,<sup>43</sup> que señaló algunas funciones de la Superintendencia Nacional de Salud dentro del Sistema de Inspección, Vigilancia y Control, y que para efectos de la regulación de los procedimientos sancionatorios, remite a las normas contenidas en el Código Contencioso Administrativo, Decreto 01 de 1984<sup>44</sup>, hoy Ley 1437 de 2011. Al respecto manifestó:

---

<sup>42</sup> *Ibidem*.

<sup>43</sup> Ley 1122 de 2007. “Por la cual se hacen algunas modificaciones en el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones”.

<sup>44</sup> Teniendo en cuenta que el Decreto 01 de 1984, Código Contencioso Administrativo no contenía regulación especial para el procedimiento administrativo sancionatorio, como si lo hace la Ley 1437 de 2011, la referencia que hizo la Corte Constitucional en la sentencia C-607

*"De igual manera, el artículo 40 de la Ley 1122 de 2007 remite al Código Contencioso Administrativo, para regular los procedimientos sancionatorios adelantados por la Superintendencia Nacional de Salud. La disposición señala:*

**Artículo 40.** *Funciones y facultades de la Superintendencia Nacional de Salud. La Superintendencia Nacional de Salud, además de las funciones y facultades ya establecidas en otras disposiciones, cumplirá dentro del Sistema de Inspección, Vigilancia y Control, las siguientes:*

**a) Adelantar funciones de inspección, vigilancia y control al Fondo de Solidaridad y Garantía, Fosyga, y demás actores del sistema, incluidos los regímenes especiales y exceptuados contemplados en la Ley 100 de 1993;**

**b) Inspeccionar, vigilar y controlar que las Direcciones Territoriales de Salud cumplan a cabalidad con las funciones señaladas por ley, conforme a los principios que rigen a las actuaciones de los funcionarios del Estado, e imponer las sanciones a que haya lugar. En virtud de la misma potestad mediante decisión motivada, de oficio o a petición de parte podrá avocar el conocimiento de aquellos asuntos que se tramitan en las entidades territoriales de salud, cuando se evidencia la vulneración de dichos principios;**

**c) Con sujeción a las normas contenidas en el Código Contencioso Administrativo, señalará los procedimientos aplicables a los vigilados de la Superintendencia Nacional de Salud respecto de las investigaciones administrativas sancionatorias que deba surtir, respetando los derechos del debido proceso, defensa, o contradicción y doble instancia; (...)"<sup>45</sup>. (Resaltado del texto original).**

De los apartes transcritos de la sentencia C- 607 de 2012, se colige que la Corte Constitucional, para efectos de señalar el procedimiento aplicable para el reintegro de los recursos de la salud apropiados sin justa causa, consideró que deben emplearse las normas del procedimiento administrativo general contenido actualmente en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, Ley 1437 de 2011.

Bajo ese mismo entendimiento, el Ministerio de Salud y Protección Social reglamentó las pautas generales que estableció el Decreto Ley 1281 de 2002 y expidió la Resolución 3361 de 2013, acto en el cual se indicó que para ese evento debían aplicarse de manera subsidiaria las normas sobre procedimiento administrativo de la primera parte del Código Contencioso Administrativo (actualmente Ley 1437 de 2011) en tanto no fueran incompatibles. Dentro de

---

de 2012 al artículo 40 de la Ley 1122 de 2007, debe entenderse hecha al procedimiento administrativo general previsto en el entonces Código Contencioso Administrativo.

<sup>45</sup> Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-607 del 1 de agosto de 2012. Expediente D-8857.

las consideraciones que el Ministerio tuvo en cuenta para la expedición de la norma reglamentaria se destacan:

*“Que el artículo 3o del Decreto-ley número 1281 de 2002, establece que cuando el administrador fiduciario del Fosyga o cualquier entidad o autoridad pública, en el ejercicio de sus competencias o actividades como participante o actor en el flujo de caja, detecte que se presentó apropiación sin justa causa de recursos del sector salud, en los eventos que señale el reglamento, solicitará en forma inmediata las aclaraciones respectivas o su reintegro, el cual procederá a más tardar dentro de los veinte días hábiles siguientes a la comunicación del hecho.*

*Que así mismo, la norma en comento señala que cuando la situación no sea subsanada o aclarada en el plazo establecido se informará de manera inmediata y con las pruebas correspondientes a la Superintendencia Nacional de Salud, quien ordenará su reintegro y adelantará las acciones que considere pertinentes.  
(...)*

***Que la honorable Corte Constitucional en Sentencia C- 607 de 2012, señaló que al trámite de restitución de recursos apropiados o reconocidos sin justa causa de que trata el artículo 3o del Decreto-ley número 1281 de 2002, deben aplicarse de manera subsidiaria las normas sobre procedimiento administrativo de la primera parte del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en tanto no sean incompatibles.***

*Que la Ley 1066 de 2006 por la cual se dictan normas para la normalización de la cartera pública y se dictan otras disposiciones, previó en su artículo 5o que las entidades públicas que ejerzan funciones administrativas de manera permanente y que en tal virtud deban recaudar rentas o caudales públicos, aplicarán para el efecto el procedimiento descrito en el Estatuto Tributario.  
(...)*

*Que en aras de proteger los recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud y propender por su flujo adecuado sin afectar la prestación de los servicios de salud, se hace necesario establecer el procedimiento administrativo para el reintegro de recursos del Fondo de Solidaridad y Garantía (Fosyga), apropiados sin justa causa o reconocidos indebidamente”. (Resalta la Sala).*

Asimismo, la Resolución 3361 de 2013, siguiendo los parámetros que trazó el Decreto Ley 1281 de 2002, distinguió en la reglamentación dos etapas para el reintegro de los recursos. Una primera en la que los destinatarios del procedimiento (administrador fiduciario de los recursos del Fosyga, o cualquier entidad o autoridad que en el ejercicio de sus competencias, obligaciones contractuales o actividades participe en el flujo de caja de los recursos del

sector salud) deben hacer la solicitud de aclaración<sup>46</sup>. La primera fase conforme a la Resolución 3361 se cumple así:

## **"CAPÍTULO I.**

### **ASPECTOS GENERALES.**

(...)

**ARTÍCULO 3o. INICIACIÓN DEL PROCEDIMIENTO.** Los destinatarios de la presente resolución, que detecten apropiación o reconocimiento sin justa causa de recursos del sector salud, iniciarán en forma inmediata el procedimiento para determinar la procedencia del reintegro de los recursos y procurarán por la restitución de los mismos cuando a ello hubiere lugar.

## **CAPÍTULO II.**

### **PROCEDIMIENTO PARA DETERMINAR LA APROPIACIÓN O EL RECONOCIMIENTO SIN JUSTA CAUSA DE LOS RECURSOS DEL FONDO DE SOLIDARIDAD Y GARANTÍA (FOSYGA).**

**ARTÍCULO 4o. SOLICITUD DE ACLARACIÓN.** El administrador fiduciario de los recursos del Fondo de Solidaridad y Garantía (Fosyga), o cualquier entidad o autoridad que en el ejercicio de sus competencias, obligaciones contractuales o actividades, participe en el flujo de caja de los recursos del sector salud y establezca la posible apropiación o el reconocimiento sin justa causa de los mismos, dentro de los treinta (30) días siguientes a la identificación del hecho, deberá:

1. Recopilar la información que soporte el hallazgo (...)
2. Remitir comunicación, en medio físico y magnético (...) la cual deberá contener:  
(...)

**ARTÍCULO 5o. RESPUESTA A LA COMUNICACIÓN.** La persona natural o jurídica requerida, dará respuesta a la solicitud de aclaración dentro del plazo que se le haya otorgado, adjuntando los soportes que considere pertinentes.  
(...)

**ARTÍCULO 6o. ANÁLISIS DE LA RESPUESTA.** Una vez recibida la respuesta a la comunicación por parte de la persona natural o jurídica requerida y dentro de los dos (2) meses siguientes a la fecha de recepción, quien esté adelantando el proceso de aclaración, determinará si hubo o no apropiación o reconocimiento sin justa causa de los recursos. En todo caso se procederá así:  
(...)

---

<sup>46</sup> Resolución 3361 de 2013. Capítulo I. Aspectos generales (artículos 1-3); Capítulo II. Procedimiento para determinar la apropiación o el reconocimiento sin justa causa de los recursos del fondo de solidaridad y garantía (Fosyga) (artículos 4-8) y; Capítulo III. Procedimiento para el reintegro de los recursos apropiados o reconocidos sin justa causa, al Fondo de Solidaridad y Garantía (Fosyga) (artículos 9-14).

### **CAPÍTULO III.**

#### **PROCEDIMIENTO PARA EL REINTEGRO DE LOS RECURSOS APROPIADOS O RECONOCIDOS SIN JUSTA CAUSA, AL FONDO DE SOLIDARIDAD Y GARANTÍA (FOSYGA).**

**ARTÍCULO 9o. REINTEGRO DE LOS RECURSOS APROPIADOS O RECONOCIDOS SIN JUSTA CAUSA AL FONDO DE SOLIDARIDAD Y GARANTÍA (FOSYGA).** *La persona natural o jurídica requerida que acepte reintegrar los recursos del sector salud apropiados o reconocidos sin justa causa, dentro de los veinte (20) días hábiles siguientes al recibo de la comunicación de que trata el artículo 7o de la presente resolución, deberá adoptar alguna de las siguientes opciones:*

1. *Consignar (...)*
2. *Autorizar el descuento de las sumas a reintegrar (...)*

Y una segunda etapa en la que interviene la Superintendencia Nacional de Salud en el evento en que no se hagan las aclaraciones del caso o estas no sean satisfactorias, o no se reintegren los recursos del sector<sup>47</sup>, para lo cual la Resolución 3361 de 2013 previó:

*“(...)*  
**CAPITULO IV.**

#### **PROCEDIMIENTO EN CASO DE NO CUMPLIR CON LOS TÉRMINOS Y CONDICIONES PARA LAS ACLARACIONES Y PARA EL REINTEGRO DE RECURSOS.**

**ARTÍCULO 15. CONSECUENCIAS DEL INCUMPLIMIENTO DE PLAZOS.** *Si vencidos los plazos otorgados para atender el requerimiento sobre recursos apropiados o reconocidos sin justa causa la persona natural o jurídica requerida no presenta las aclaraciones solicitadas las mismas no resultan satisfactorias total o parcialmente o no existe aceptación expresa de alguna de las posibilidades de reintegro previstas en el artículo 9o de la presente resolución, quien haya iniciado el proceso de aclaración, remitirá a documentación que soporta el hallazgo a la Superintendencia Nacional de Salud, a fin de que ésta adelante las actuaciones a que haya lugar en el marco de sus competencias, orientadas al reintegro de los recursos del Fondo de Solidaridad y Garantía (Fosyga).*  
*(...).*

**ARTÍCULO 16. DOCUMENTACIÓN REMITIDA A LA SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD.** *La documentación remitida a la Superintendencia Nacional de Salud, deberá contener como mínimo la siguiente información:*

---

<sup>47</sup> Capítulo IV. Procedimiento en caso de no cumplir con los términos y condiciones para las aclaraciones y para el reintegro de recursos (artículos 15-18).

1. El soporte de los hallazgos que configuran la apropiación o el reconocimiento sin justa causa de los recursos del sector salud.
2. El monto de los recursos involucrados incluyendo los intereses de mora calculados con base en la tasa de interés moratorio establecida para los impuestos administrados por la DIAN, o actualizado mediante la aplicación del Índice de Precios al Consumidor (IPC), según corresponda, a la fecha de envío.
3. Relación de las Subcuentas del Fondo de Solidaridad y Garantía (Fosyga) y los conceptos que se presumen resultaron afectados por la apropiación o el reconocimiento sin justa causa de los recursos.
4. Copia de la solicitud de aclaración enviada al actor del Sistema General de Seguridad Social en Salud (SGSSS) requerido, así como la constancia del envío y del recibido por parte de este.
5. Copia de las respuestas y documentación que el requerido haya enviado al administrador fiduciario de los recursos del Fondo de Solidaridad y Garantía (Fosyga), o cualquier entidad o autoridad que en el ejercicio de sus competencias, obligaciones contractuales o actividades participe en el flujo de caja de los recursos del sector salud generadas dentro del proceso de qué trata la presente resolución.

**ARTÍCULO 17. TRANSITORIO. (...)**

**ARTÍCULO 18. VIGENCIA Y DEROGATORIAS.** *La presente resolución rige a partir de su publicación, se aplica a los procesos de reintegro de recursos que se encuentren en curso y deroga la Resolución número 460 de 2011 y las demás disposiciones que le sean contrarias”.*

Con todo, se observa que el Decreto Ley 1281 de 2001 reglamentado por la Resolución 3361 de 2013, no contempló expresamente un término para el ejercicio de la facultad que tiene la administración para iniciar el procedimiento de reintegro de los recursos apropiados o reconocidos sin justa causa, razón por la cual la Sala habrá de analizar si es posible deducir dicho plazo, a partir de los principios y normas generales, entre ellos los contenidos en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

**3) Término que tenía la administración para iniciar el procedimiento de reintegro antes del 9 de junio de 2015 fecha de entrada en vigencia de la Ley 1753 de 2015**

Como se señaló en el capítulo precedente, el Decreto Ley 1281 de 2001 no contempló expresamente una regla acerca del término dentro del cual el administrador fiduciario del Fosyga o cualquier entidad o autoridad pública que en ejercicio de sus competencias o actividades participe como actor en el flujo de caja, puede iniciar el procedimiento administrativo de reintegro de los recursos de la salud apropiados sin justa causa.

No obstante, la Corte Constitucional en la sentencia C- 607 de 2012, al declarar la constitucionalidad del artículo 3 del Decreto Ley 1281 de 2001, remitió al Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo en relación con el procedimiento administrativo general como el procedimiento aplicable al proceso de reintegro de recursos de la Salud apropiados o reconocidos sin justa causa, entendimiento que reprodujo en sus consideraciones la Resolución 3361 de 2013.

Al respecto, precisa la Sala en primer lugar, que el término que se busca establecer no es el mismo que tiene la Superintendencia Nacional de Salud en su función de adelantar procesos sancionatorios<sup>48</sup>, en la medida en que, la finalidad, el contenido y el alcance del procedimiento establecido en el artículo 3 del Decreto Ley 1281 de 2001, que inicia administrador fiduciario del Fosyga o cualquier entidad o autoridad pública y continúa la Superintendencia, difiere de las características de un procedimiento de carácter sancionatorio<sup>49</sup>.

---

<sup>48</sup> Resolución 3140 de 4 noviembre de 2011 "por medio de la cual se desarrolla el procedimiento administrativo sancionatorio previsto en el artículo 128 de la Ley 1438 de 2011, aplicable por la Superintendencia Nacional de Salud a sus vigilados" (...) "Artículo 73. Caducidad respecto de las sanciones. De conformidad con el artículo 38 del Código Contencioso Administrativo, la facultad sancionatoria que tiene la Superintendencia Nacional de Salud caduca a los tres (3) años de ocurrido el hecho, la conducta u omisión que pudiere ocasionarlas (...)" // "Artículo 77. Disposición transitoria. (...) **A partir del 2 de julio de 2012, fecha en la cual entra a regir la Ley 1437 de 2011, esto es, el nuevo Código Contencioso Administrativo, las disposiciones que modifican, adicionan, sustituyan los artículos del actual Código Contencioso Administrativo, Decreto 01 de 1984, citados en esta resolución, deberán ser aplicados en las investigaciones administrativas sancionatorias que adelante la Superintendencia Nacional de Salud**". Por su parte la Ley 1437 de 2011 estableció: "Artículo 52. Caducidad de la facultad sancionatoria. Salvo lo dispuesto en leyes especiales, la facultad que tienen las autoridades para imponer sanciones caduca a los tres (3) años de ocurrido el hecho, la conducta u omisión que pudiere ocasionarlas, término dentro del cual el acto administrativo que impone la sanción debe haber sido expedido y notificado. (...)". (Resalta la Sala).

<sup>49</sup> La Corte Constitucional en la sentencia C- 818 de 2005 puntualizó sobre la finalidad de la potestad sancionadora de la administración lo siguiente: "En la actualidad, es innegable que a través del derecho administrativo sancionador se pretende garantizar la preservación y restauración del ordenamiento jurídico, mediante la imposición de una sanción que no sólo repruebe sino que también prevenga la realización de todas aquellas conductas contrarias al mismo. Se trata, en esencia, de un poder de sanción ejercido por las autoridades administrativas que opera ante el incumplimiento de los distintos mandatos que las normas jurídicas imponen a los administrados y aún a las mismas autoridades públicas (...). // En consecuencia, **a juicio de esta Corporación, la potestad sancionadora de la Administración permite asegurar la realización de los fines del Estado, al otorgarle a las autoridades administrativas la facultad de imponer una sanción o castigo ante el incumplimiento de las normas jurídicas que exigen un determinado comportamiento a los particulares o a los servidores públicos, a fin de preservar el mantenimiento del orden jurídico como principio fundante de la organización estatal (C.P. arts. 1°, 2°, 4° y 16).**(...)" (Resalta la Sala).

En efecto, la función que el legislador asignó a la Superintendencia Nacional de Salud en el artículo 3° del Decreto Ley 1281 de 2001, se limita a la posibilidad de que la entidad dé las órdenes para obtener el reintegro del monto de los recursos involucrados, incluyendo los intereses de mora calculados con base en la tasa de interés moratorio establecida para los impuestos administrados por la DIAN, o actualizado mediante la aplicación del Índice de Precios al Consumidor (IPC), según corresponda, sin que esta actividad implique, en principio, establecer responsabilidades respecto de la conducta de los sujetos llamados a reintegrar los recursos, ni se imponga en la resolución del asunto sanciones de algún tipo.

Se tiene entonces, que la orden de reintegro de los recursos constituye el efecto propio que tiene lugar a propósito de la ausencia de una causa legal que justifique el reconocimiento o apropiación de dichos recursos. La decisión proferida por la Superintendencia Nacional de Salud y vertida en un acto administrativo, es esencialmente una orden de restitución de carácter patrimonial.

Esto sin perjuicio de que, si la Superintendencia Nacional de Salud durante el procedimiento de reintegro identifica actuaciones dolosas o de mala fe perpetradas por sus vigilados, que vulneren el deber jurídico de preservar los recursos de la salud, pueda ejercer adicionalmente sus funciones investigativas y sancionatorias<sup>50</sup> que en relación con los mismos hechos estime pertinente adelantar, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 40 de la Ley 1122 de

---

<sup>50</sup>Sobre las funciones de inspección, vigilancia y control, la Ley 1122 de 2007 tiene las siguientes definiciones: "Artículo 35. //A. Inspección: La inspección, es el conjunto de actividades y acciones encaminadas al seguimiento, monitoreo y evaluación del Sistema General de Seguridad Social en Salud y que sirven para solicitar, confirmar y analizar de manera puntual la información que se requiera sobre la situación de los servicios de salud y sus recursos, sobre la situación jurídica, financiera, técnica-científica, administrativa y económica de las entidades sometidas a vigilancia de la Superintendencia Nacional de Salud dentro del ámbito de su competencia.// Son funciones de inspección entre otras las visitas, la revisión de documentos, el seguimiento de peticiones de interés general o particular y la práctica de investigaciones administrativas.//B. Vigilancia: La vigilancia, consiste en la atribución de la Superintendencia Nacional de Salud para advertir, prevenir, orientar, asistir y propender porque las entidades encargadas del financiamiento, aseguramiento, prestación del servicio de salud, atención al usuario, participación social y demás sujetos de vigilancia de la Superintendencia Nacional de Salud, cumplan con las normas que regulan el Sistema General de Seguridad Social en Salud para el desarrollo de este.// C. Control: El control consiste en la atribución de la Superintendencia Nacional de Salud para ordenar los correctivos tendientes a la superación de la situación crítica o irregular (jurídica, financiera, económica, técnica, científico-administrativa) de cualquiera de sus vigilados y sancionar las actuaciones que se aparten del ordenamiento legal bien sea por acción o por omisión".

2007<sup>51</sup>, evento en el cual aplicará las reglas sobre la caducidad de la facultad sancionatoria que contempla la Resolución 3140 de 2011, “por medio de la cual se desarrolla el procedimiento administrativo sancionatorio previsto en el artículo 128 de la Ley 1438 de 2011, aplicable por la Superintendencia Nacional de Salud a sus vigilados”, en concordancia con el artículo 52 del Código de Procedimiento Administrativo y Contencioso Administrativo.

Adicionalmente, deberá la Superintendencia Nacional de Salud oficiar a las demás entidades que considere pertinentes para que, de ser el caso, inicien las investigaciones que en relación con los mismos hechos puedan ser objeto de procesos de responsabilidad fiscal, penal, o disciplinaria.

Debe tenerse en cuenta que una apropiación o reconocimiento de recursos efectuado de forma indebida, no siempre ni necesariamente da lugar a iniciar acciones de tipo sancionatorio, pues dicha situación puede presentarse por una indebida interpretación de la información, por fallas en los equipos o en el software, o por un simple error humano de cualquiera de los agentes involucrados en el flujo de caja de los recursos del SGSSS, error que es justamente lo que constituye lo que el Código Civil define como pago de lo no debido, que hoy en día forma parte del concepto de enriquecimiento sin causa y que da derecho para repetir lo pagado<sup>52</sup>.

A partir de estas premisas y teniendo presente el principio según el cual “no hay derecho sin acción, ni acción sin prescripción o caducidad”<sup>53</sup>, razones de orden público y de seguridad jurídica exigen entonces la determinación de un plazo extintivo o liberatorio, en relación con el poder que tenía la administración para ejercer el procedimiento de reintegro de los recursos de la salud, antes de que entrara en vigencia la Ley 1753 de 2015.

Por tanto, ante el silencio del legislador sobre el término de caducidad,<sup>54</sup> antes de la expedición de la Ley 1753 de 2015, en relación con el procedimiento

---

<sup>51</sup> *Ibidem*. “Artículo 40 (...) a) Adelantar funciones de inspección, vigilancia y control al Fondo de Solidaridad y Garantía, Fosyga, y demás actores del sistema, incluidos los regímenes especiales y exceptuados contemplados en la Ley 100 de 1993”.

<sup>52</sup> El artículo 2313 al indicar que “[s]i el que por error ha hecho un pago, prueba que no lo debía, tiene derecho para repetir lo pagado”.

<sup>53</sup> Sobre este principio se puede ver: Corte Constitucional, sentencias C-835 de 2003, C-624 de 2003, C-1232 de 2005 y C-735 de 2007, C-895 de 2009.

<sup>54</sup> “Por caducidad se entiende la desaparición de un derecho o una prerrogativa por su no ejercicio adecuado dentro de un término perentorio. La figura de la caducidad, próxima a la de la prescripción extintiva en lo que atañe a sus efectos no puede decirse que sea reciente, pues si se observan algunas de sus hipótesis sobresalientes, hay que reconocer que tiene mucha antigüedad; lo que sucede es que, a mas de ser marginal su ocurrencia en el derecho privado, se le asimilaba a la prescripción, o cuanto menos, se resaltaban sus puntos de coincidencia y se opacaban los de su autonomía, actitud favorecida inclusive por las connotaciones procesales

especial regulado por el Decreto Ley 1281 de 2001, la Sala considera que es posible suplirlo con base en las disposiciones que rigen el trámite común a los juicios contencioso administrativos, en cuanto sean aplicables<sup>55</sup>.

Precedentemente se indicó que el procedimiento establecido en el artículo 3 del Decreto Ley 1281 de 2001, que culmina con un acto administrativo proferido por la Superintendencia Nacional de Salud, es esencialmente una orden de restitución de carácter patrimonial cuyo origen está dado por un traslado o giro de los recursos del sector sin una causa legal que lo justifique, al patrimonio, en este caso, de una EPS o de una EOC.

En consecuencia, es posible afirmar que la obligación legal de reintegrar los recursos de la salud apropiados "*sin justa causa*", además de las previsiones legales que lo consagran, tienen soporte en el principio general del derecho que consiste en que nadie puede enriquecerse injustamente a costa de otro<sup>56</sup>.

En tal virtud, la Sala estima procedente aplicar el término de dos (2) años que señala el literal *i*) del numeral 2 del artículo 164 del de la Ley 1437 de 2011, Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, que señala el término de caducidad de la acción de reparación directa<sup>57</sup>, teniendo en cuenta que este es el aplicable a la *actio in rem verso*, y a su vez, constituye el límite máximo de tiempo en que la administración y los particulares puedan solicitar la restitución de los recursos por la vía judicial o mediante una conciliación extrajudicial.

---

*de una y otra institución*". Cfr. HINESTROSA FERNANDO. (2000) "La prescripción extintiva" Universidad Externado de Colombia, pág. 245.

<sup>55</sup> La Corte Constitucional sobre el término de caducidad del proceso fiscal cuando la ley reguladora de dicho proceso no establecía uno (Ley 42 de 1993), en relación con la importancia de determinar el límite temporal de la acción, sostuvo que "*constituye una garantía para la efectividad de los principios constitucionales de la seguridad jurídica y de la prevalencia del interés general*", idea esta que justificó la aplicación por analogía de lo preceptuado en el Código Contencioso Administrativo. Cfr. Corte Constitucional sentencia T-973 de 1999 v.et. Sentencia C-836 de 2013.

<sup>56</sup> El principio general del enriquecimiento sin justa causa tiene aplicación en todos los campos de la legislación en virtud de lo ordenado por el artículo 8º de la Ley 153 de 1887; el Código Civil, en su Libro IV, Título 33, Capítulo 2º reguló el denominado "*cuasicontrato del pago de lo no debido*", y el artículo 831 del Código de Comercio preceptuó que "*[n]adie podrá enriquecerse sin justa causa a expensas de otro*".

<sup>57</sup> Ley 1437 de 2011. "*Artículo 164. Oportunidad para presentar la demanda. La demanda deberá ser presentada: //i) Cuando se pretenda la reparación directa, la demanda deberá presentarse dentro del término de dos (2) años, contados a partir del día siguiente al de la ocurrencia de la acción u omisión causante del daño, o de cuando el demandante tuvo o debió tener conocimiento del mismo si fue en fecha posterior y siempre que pruebe la imposibilidad de haberlo conocido en la fecha de su ocurrencia. (...)*"

En efecto, en la jurisdicción contenciosa administrativa se ha entendido que la *actio in rem verso* es la figura procesal a través de la cual se puede pedir la reparación del equilibrio patrimonial roto por la presencia de un enriquecimiento sin justa causa, solo cuando se carezca de otra acción para reclamar la reparación patrimonial deprecada. A esta pretensión le corresponde la vía procesal o medio de control denominado acción de reparación directa, y le aplica en consecuencia todo lo atinente a la competencia y a los términos de caducidad de dicha acción<sup>58</sup>.

En conclusión, si el término de caducidad de dos (2) años lo establece la ley para la acción de reparación directa (literal *i* del numeral 2 del artículo 164 del C.P.A.C.A.) término que incluye la pretensión de enriquecimiento sin justa causa (*actio in rem verso*), ese límite temporal debe predicarse *mutatis mutandis* para el ejercicio de la facultad que tienen el administrador fiduciario del Fosyga o cualquier entidad o autoridad pública que en ejercicio de sus competencias o actividades participe como actor en el flujo de caja, para iniciar el procedimiento administrativo especial de reintegro de los recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud, apropiados o reconocidos sin justa causa conforme al artículo 3º del Decreto Ley 1281 de 2002 y a la Resolución 3361 de 2013 que lo reglamenta.

En este punto, además de establecer el término que tiene la administración para ejercer su facultad e iniciar la actuación administrativa y expedir el acto administrativo que ordena el reintegro de los recursos, resulta importante precisar que el momento a partir del cual debe contarse dicho plazo es desde la producción del supuesto de hecho, esto es, desde la realización del giro o compensación de los recursos sin justa causa o desde el momento en que la administración tuvo o debió tener conocimiento del mismo, si fue en fecha posterior, y siempre y cuando esté demostrada la imposibilidad de haberlo conocido en la fecha de ocurrencia.

#### **c. El procedimiento de recaudo a través del cobro coactivo de la administración.**

Una vez se ha cumplido el procedimiento de reintegro de recursos apropiados o reconocidos sin justa causa dispuesto en el artículo 3º del Decreto Ley 1281 de 2002, en el cual se deberá atender las garantías del debido proceso que cobra vigencia en cualquier actuación iniciada por la administración, este finalizará con una resolución administrativa expedida por la Superintendencia Nacional de

---

<sup>58</sup> Cfr. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sala Plena, Sección Tercera, sentencia de unificación jurisprudencial del 19 de noviembre de 2012. Radicación número: 73001-23-31-000-2000-03075-01(24897).

Salud que podrá declarar la existencia de la apropiación o reconocimiento indebido de los recursos de la salud y en consecuencia ordenará su reintegro a favor del Fosyga. Este acto administrativo, en el que consta una obligación pecuniaria expresa, clara y exigible a favor del Fosyga, constituye el título ejecutivo que sirve de soporte al Ministerio de Salud y Protección Social para iniciar el procedimiento de recaudo de dichos recursos.

### 1) Antecedentes

En virtud de lo dispuesto en el artículo 112 de la Ley 6 de 1992, "por la cual se expiden normas en materia tributaria, se otorgan facultades para emitir títulos de deuda pública interna", las entidades de derecho público del orden nacional gozan de facultades legales para hacer efectivos los créditos exigibles a su favor, así:

*"Artículo 112. Facultad de cobro coactivo para las entidades nacionales. De conformidad con los artículos 68 y 79 del Código Contencioso Administrativo, las entidades públicas del orden nacional tales como ministerios, departamentos administrativos, organismos adscritos y vinculados, la Contraloría General de la República, la Procuraduría General de la Nación y la Registraduría Nacional del Estado Civil, tienen jurisdicción coactiva para hacer efectivos los créditos exigibles a favor de las mencionadas entidades y de la Nación. (...)."*

De conformidad con esta norma, la jurisdicción coactiva se estableció para hacer efectivos los créditos exigibles a favor de las mencionadas entidades y de la Nación, enmarcada en los artículos 68 y 79 del Código Contencioso Administrativo.

Posteriormente, la Ley 1066 de 2006, "por la cual se dictan normas para la normalización de la cartera pública y otras disposiciones"<sup>59</sup>, en el artículo 5º, unificó el procedimiento de cobro que debe adelantarse para ejercer la jurisdicción coactiva, remitiéndolas a lo establecido en el Estatuto Tributario. Prevé el artículo 5º de la ley:

*"Artículo 5o. Facultad de cobro coactivo y procedimiento para las entidades públicas. Las entidades públicas que de manera permanente tengan a su cargo el ejercicio de las actividades y funciones administrativas o la prestación de*

---

<sup>59</sup> La Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado se ha pronunciado sobre el alcance de la Ley 1066 de 2006, en los Conceptos 1835 de 9 de agosto de 2007, 1882 del 5 de marzo de 2008, 1882 Ampliación del 15 de diciembre de 2009, 1904 de 19 de junio de 2008 y 2164 de 5 de junio de 2014, entre otros. V.et. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, Sentencia de 12 de mayo de 2010. Radicación número: 25000-23-27-000-2007-00193-01 (17461).

*servicios del Estado colombiano y que en virtud de éstas tengan que recaudar rentas o caudales públicos, del nivel nacional, territorial, incluidos los órganos autónomos y entidades con régimen especial otorgado por la Constitución Política, tienen jurisdicción coactiva para hacer efectivas las obligaciones exigibles a su favor y, para estos efectos, deberán seguir el procedimiento descrito en el Estatuto Tributario.*

(...)

*Parágrafo 3o. Las Administradoras de Régimen de Prima Media con Prestación Definida seguirán ejerciendo la facultad de cobro coactivo que les fue otorgada por la Ley 100 de 1993 y normas reglamentarias”.*

La Ley 1066 de 2006 unificó las formas de cobro coactivo en orden a garantizar para todas las entidades públicas el ejercicio de esa función *“en forma ágil, eficiente, oportuna y a través de un mismo procedimiento”*.<sup>60</sup> Asimismo fue expresa la intención del legislador, en cuanto a que la función de jurisdicción coactiva se ejerciera con aplicación de unas mismas normas de procedimiento que fueran más flexibles y eficientes para el Estado, como lo son las del Estatuto Tributario<sup>61</sup>.

De los antecedentes del artículo 5º de la Ley 1066 del 2006 se infiere que el procedimiento que señala el Estatuto Tributario se extendió para todas las entidades públicas del Estado que tengan jurisdicción coactiva y, por tanto, les resulta forzosa la aplicación de la totalidad de las disposiciones que conforman

---

<sup>60</sup>Los antecedentes de la ley son claros en este propósito. En efecto, en el debate del proyecto en la plenaria de la Cámara del proyecto de ley, se señalaron dos objetivos del artículo 5 de la Ley 1066 de 2006: (i) dotar de jurisdicción coactiva a todas las entidades del Estado; y (ii) unificar el procedimiento de cobro coactivo para todas utilizando los procedimientos previstos en el Estatuto Tributario. Cfr. Ponencia para Segundo Debate en la Cámara de Representantes. Gaceta del Congreso 256 del 13 de mayo de 2005. En el mismo sentido, en la ponencia para primer debate en el Senado se volvió a señalar: *“Al efecto unifica el procedimiento de cobro para todas las entidades a fin de que apliquen el establecido en el E. T. Se introducen modificaciones al Estatuto para la mejor fiscalización y cobro de obligaciones tributarias. Se facilita el pago sin incurrir en amnistías y saneamientos que hoy, al tenor de las sentencias de la Corte Constitucional, están cuasiprohibidos, dados los condicionamientos de los proveídos”* Cfr. Gaceta del Congreso 709 de 2005. En el mismo sentido puede verse la ponencia para segundo debate en la Plenaria del Senado, Cfr. Gaceta del Congreso 883 de 2005. V.et. Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto 1835 del 9 de agosto de 2007.

<sup>61</sup> *“(…) El punto de partida, indiscutiblemente, es la falta de normatividad de carácter legal que regule la materia de recaudo de cartera de forma uniforme, hay algunos apartes desconectados que sirven de soporte, muchas veces en gracia de interpretaciones o de analogías para las actuaciones de los servidores públicos. No hay un marco regulatorio que dé reglas claras para el ejercicio de la función recaudadora a favor del tesoro público.”* Ibidem.

el Título VII del Libro Quinto que regulan el procedimiento administrativo coactivo, entre ellas las normas referentes a la prescripción<sup>62</sup>.

Adicionalmente, la Ley 1066 de 2006 se reglamentó en el Decreto 4473 del mismo año, reiterándose que el procedimiento a seguir por parte de las entidades a las que se refiere dicha ley para ejercer la facultad de cobro coactivo, es el señalado en el Estatuto Tributario:

*"Artículo 5°. Procedimiento aplicable. Las entidades objeto de la Ley 1066 de 2006 aplicarán en su integridad, para ejercer el cobro coactivo, el procedimiento establecido por el Estatuto Tributario Nacional o el de las normas a que este Estatuto remita".*

En concordancia con esta disposición el numeral 2° del artículo 100 de la Ley 1437 de 2011, en relación con las reglas de procedimiento de cobro coactivo señala que en el cobro de obligaciones a favor de las entidades públicas si no hay reglas especiales se regirán por lo dispuesto en dicha ley y en el Estatuto Tributario.

## **2) Cobro coactivo de obligaciones pendientes de pago a favor del Fosyga. Término para adelantar el procedimiento de cobro coactivo. Resolución 3407 de 2012**

El Ministerio de Salud y Protección Social tomó en consideración lo que dictaminó el numeral 1° del artículo 2 de la Ley 1066<sup>63</sup> y conforme a lo dispuesto en el numeral 6° del artículo 38 del Decreto 4107 de 2011<sup>64</sup>, en el que se señaló que es función de la Subdirección de Asuntos Jurídicos de los Fondos y Cuentas llevar a cabo las actuaciones encaminadas a lograr el cobro efectivo de las sumas que se adeuden a los fondos, por todo concepto, desarrollando las labores de cobro persuasivo, y adelantando los procesos ejecutivos por jurisdicción coactiva, expidió la Resolución 3407 de 2012.

<sup>62</sup>Cfr. Artículos 98 a 101 de la Ley 1437 de 2011, por la cual se adopta el Código de Procedimiento Administrativo y Contencioso Administrativo, en relación con el procedimiento administrativo de cobro coactivo.

<sup>63</sup> Ley 1066 de 2006. "Artículo 2°. Obligaciones de las entidades públicas que tengan cartera a su favor. Cada una de las entidades públicas que de manera permanente tengan a su cargo el ejercicio de las actividades y funciones administrativas o la prestación de servicios del Estado y que dentro de estas tengan que recaudar rentas o caudales públicos del nivel nacional o territorial deberán:// 1. Establecer mediante normatividad de carácter general, por parte de la máxima autoridad o representante legal de la entidad pública, el Reglamento Interno del Recaudo de Cartera, con sujeción a lo dispuesto en la presente ley, el cual deberá incluir las condiciones relativas a la celebración de acuerdos de pago".

<sup>64</sup> Decreto 4107 de 2011. "Por el cual se determinaron los objetivos y la estructura del Ministerio de Salud y Protección Social y se integró el Sector Administrativo de Salud y Protección Social".

Dentro de las previsiones que hizo la Resolución 3407 de 2012, señaló las etapas del proceso de cobro de las obligaciones pendientes de pago a favor del Fosyga, y para efectos de la depuración de cartera pendiente de cobro, fijó los criterios que deben tenerse en cuenta para garantizar la oportunidad en el proceso. Al respecto dispuso:

*"Artículo 9o. Clasificación y depuración de la cartera. La clasificación y depuración de la cartera se realizará con el objeto de garantizar la oportunidad en el proceso de cobro. La Dirección de Administración de Fondos de la Protección Social o, en su defecto, la Subdirección de Asuntos Jurídicos de los Fondos y Cuentas o quien se delegue para el efecto, clasificará y depurará la cartera pendiente de cobro, teniendo en cuenta los siguientes criterios:*

*(...)*

*3. Incobrables. Este grupo se conformará por todas las obligaciones que sean susceptibles de prescripción y/o remisión tributaria, que deberá ser decretada por el Director de Administración de Fondos de la Protección Social, de conformidad con los artículos 817 y 820 del Estatuto Tributario Nacional.*

*3.1. Prescripción. A las acciones de cobro cuya exigibilidad fuere de cinco (5) años o más, excluyendo el tiempo de suspensión, sin que se haya interrumpido el término, se les aplicará la figura jurídica de la prescripción conforme lo establecen los artículos 817 y 818 del Estatuto Tributario Nacional.*

*Igualmente se aplicará sobre las que, interrumpido el término de prescripción en la forma prevista en el inciso 1o del artículo 818 del Estatuto Tributario Nacional, hayan vuelto a transcurrir cinco (5) años o más.*

*Cumplidos los anteriores presupuestos, la Subdirección de Asuntos Jurídicos de los Fondos y Cuentas o quien esta delegue para el efecto, proyectará para la firma de la Dirección de Administración de Fondos de la Protección Social, resoluciones múltiples o individuales, declarando prescrita la acción de cobro. La resolución ordenará, además, la terminación del proceso, si lo hubiere y el archivo del expediente." (Resalta la Sala).*

Las normas del Estatuto Tributario relacionadas con el fenómeno de la prescripción a las que recurre la Resolución 3407 de 2012 son del siguiente tenor:

*"Artículo 817. Término de prescripción de la acción de cobro. (Artículo modificado por el artículo 53 de la Ley 1739 de 2014). La acción de cobro de las obligaciones fiscales, prescribe en el término de cinco (5) años, contados a partir de:*

1. La fecha de vencimiento del término para declarar, fijado por el Gobierno Nacional, para las declaraciones presentadas oportunamente.
2. La fecha de presentación de la declaración, en el caso de las presentadas en forma extemporánea.
3. La fecha de presentación de la declaración de corrección, en relación con los mayores valores.
4. La fecha de ejecutoria del respectivo acto administrativo de determinación o discusión.

La competencia para decretar la prescripción de la acción de cobro será de los Administradores de Impuestos o de Impuestos y Aduanas Nacionales respectivos, o de los servidores públicos de la respectiva administración en quien estos deleguen dicha facultad y será decretada de oficio o a petición de parte”

**“Artículo 818. Interrupción y suspensión del término de prescripción.** (Artículo modificado por el artículo 81 de la Ley 6 de 1992). El término de la prescripción de la acción de cobro se interrumpe por la notificación del mandamiento de pago, por el otorgamiento de facilidades para el pago, por la admisión de la solicitud del concordato y por la declaratoria oficial de la liquidación forzosa administrativa.

Interrumpida la prescripción en la forma aquí prevista, el término empezará a correr de nuevo desde el día siguiente a la notificación del mandamiento de pago, desde la terminación del concordato o desde la terminación de la liquidación forzosa administrativa.

El término de prescripción de la acción de cobro se suspende desde que se dicte el auto de suspensión de la diligencia del remate y hasta:

- La ejecutoria de la providencia que decide la revocatoria,
- La ejecutoria de la providencia que resuelve la situación contemplada en el artículo 567 del Estatuto Tributario.
- El pronunciamiento definitivo de la Jurisdicción Contencioso Administrativa en el caso contemplado en el artículo 835 del Estatuto Tributario”.

**“Artículo 819. El pago de la obligación prescrita, no se puede compensar, ni devolver.** Fuente original compilada: L. 52/77 Art. 10. Lo pagado para satisfacer una obligación prescrita no puede ser materia de repetición, aunque el pago se hubiere efectuado sin conocimiento de la prescripción”.<sup>65</sup> (Resalta la Sala).

Vale la pena comentar que este término de cinco (5) años para la prescripción de las obligaciones fiscales y las demás a las que se les aplica el Estatuto Tributario, coincide con el término de prescripción de la acción ejecutiva que

---

<sup>65</sup> Estos artículos se encuentran dentro del Capítulo II “Formas de extinguir la obligación tributaria”, el cual hace parte del Título VII “Extinción de la obligación tributaria”, que a su vez pertenece al Libro Quinto “Procedimiento tributario, sanciones y estructura de la Dirección de Impuestos Nacionales”.

establece actualmente el Código Civil en el artículo 2536, tal como fue modificado por el artículo 8° de la Ley 791 de 2002<sup>66</sup>.

En consecuencia, teniendo en cuenta que la acción de cobro prescribe a los cinco (5) años contados a partir de la fecha de ejecutoria del respectivo acto administrativo, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 817 del Estatuto Tributario antes transcrito, este es el término con que cuenta el Ministerio de Salud y Protección Social a través de la Dirección de Administración de Fondos de la Protección Social para adelantar el procedimiento administrativo de cobro coactivo reglamentado en la Resolución 3407 de 2012.

#### **d. Estado de la cuestión**

A manera de síntesis se puede señalar que existen tres procedimientos que coinciden en la consecución del reintegro de los recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud, apropiados o reconocidos sin justa causa, en lo que respecta al proceso de giro y compensación, los cuales tienen naturaleza jurídica distinta, características y plazos absolutamente diferenciables y separables entre sí:

- 1) El primer procedimiento que debe tenerse en cuenta es el de giro y compensación, a partir del cual puede surgir una apropiación o reconocimiento sin causa.
- 2) Si bien la exigencia de reintegrar los recursos indebidamente reconocidos o apropiados puede tener origen en el procedimiento de giro y compensación, el procedimiento especial de reintegro es un procedimiento administrativo especial y diferenciado, que puede terminar con una resolución expedida por la Superintendencia Nacional de Salud que declare la existencia de la obligación y ordene en consecuencia el reintegro inmediato de los recursos.
- 3) Finalmente, teniendo en cuenta que la resolución administrativa expedida por la Superintendencia Nacional de Salud al terminar el procedimiento especial de reintegro constituye un título ejecutivo, la forma de hacerlo efectivo es a través de un procedimiento de cobro coactivo.

---

<sup>66</sup> Ley 791 de 2002. *"Por medio de la cual se reducen los términos de prescripción en materia civil" (...) Artículo 8°. El artículo 2536 del Código Civil quedará así: "El artículo 2536. La acción ejecutiva se prescribe por cinco (5) años, y la ordinaria por diez (10).// La acción ejecutiva se convierte en ordinaria por el lapso de cinco (5) años, y convertida en ordinaria durará solamente otros cinco (5).// Una vez interrumpida o renunciada una prescripción, comenzará a contarse nuevamente el respectivo término"*

### 3. EL ALCANCE DE LA EXPRESIÓN “SIN JUSTA CAUSA” EN EL PROCEDIMIENTO DE REINTEGRO

#### a. Fundamento jurídico de la obligación legal de reintegrar los recursos de la salud apropiados indebidamente o reconocidos sin justa causa

Para la Sala, la obligación legal de reintegrar los recursos apropiados “*sin justa causa*” tiene soporte en principios generales del derecho, como aquel que consiste en que nadie puede enriquecerse injustamente a costa de otro. Este principio general del enriquecimiento sin justa causa, tiene aplicación en todos los campos de la legislación, en virtud de lo ordenado por el artículo 8° de la Ley 153 de 1887. En desarrollo de este principio el Código Civil, en su Libro IV, Título 33, Capítulo 2° regula el denominado “*cuasicontrato del pago de lo no debido*”, y el artículo 831 del Código de Comercio preceptúa que “[n]adie podrá enriquecerse sin justa causa a expensas de otro”.

El Código Civil define el concepto del pago de lo no debido en el artículo 2313, al indicar que “[s]i el que **por error ha hecho un pago, prueba que no lo debía, tiene derecho para repetir lo pagado**”. Coincide la doctrina en señalar que la configuración del pago de lo no debido exige, primero, que el pago se haya verificado por el deudor, creyendo deber; segundo, que la obligación que se pretendió cumplir no tenía existencia en el momento de realizar el pago; y tercero, que el deudor haya cometido un error, es decir, que haya pagado en la creencia de estar obligado<sup>67</sup>.

El fundamento que permite el pago de lo no debido es, por tanto, el error. Como se observa, en el derecho civil, el pago indebido es aquel realizado a quien no tenía derecho a recibirlo, pues lo pagado no se debía, exigiéndose el error del que paga y siendo indiferente el error de quien cobra. Estas definiciones del derecho privado son en principio válidas para efectos de la norma de reintegro de los recursos de la salud.

El tenor del artículo 3 del Decreto Ley 1281 de 2002 “[c]uando el administrador fiduciario del Fosyga o cualquier entidad o autoridad pública, en el ejercicio de sus competencias o actividades como participante o actor en el flujo de caja, **detecte que se presentó apropiación sin justa causa de recursos del sector salud, en los eventos que señale el reglamento, solicitará en forma inmediata las aclaraciones respectivas o su reintegro, el cual procederá a más tardar dentro de los veinte días hábiles siguientes a la comunicación del hecho (...)**”.

---

<sup>67</sup> Cfr. VALENCIA ZEA, Arturo. Derecho Civil, tomo III, Obligaciones. Ed. Temis, Bogotá, 1982. p. 361. Entre otros.

Se desprende entonces que la apropiación o reconocimiento de los recursos de la salud, tiene la calidad de no debida, siempre y cuando se haya realizado sin que exista causa legal para hacer exigible su cumplimiento<sup>68</sup>. Esto implica que el derecho a exigir la devolución de los recursos de la salud, nace en la apropiación o reconocimiento indebidos que consagra el Decreto Ley 1281 de 2002.

Por tanto, la obligación de reintegro de los recursos de la salud tiene naturaleza *ex lege*, esto es, encuentra su fuente en la ley y en la Constitución Política<sup>69</sup>: el giro de los recursos a los operadores del sistema no se hace por voluntad o un acto de liberalidad del Fosyga, sino porque existen una serie de disposiciones que le ordenan bajo ciertas condiciones, claramente preestablecidas, hacer la entrega de los dineros<sup>70</sup>. Por lo tanto, la entrega indebida de los recursos constituye un incumplimiento de la ley o, de lo cual surge para las EPS y demás EOC la obligación jurídica de devolver lo reconocido o apropiado indebidamente.

#### **b. Aspectos que determinan la ausencia de causa legal en el procedimiento de reintegro de los recursos de la salud**

Por otra parte, la consulta indaga por los aspectos fácticos y jurídicos que deben considerarse para determinar cuándo se ha presentado una apropiación o reconocimiento de recursos del sistema de salud *sin justificación*, cuestión que advierte la Sala señaló el artículo 3º del Decreto Ley 1281 de 2002 se haría conforme “a los eventos que señale el reglamento”.

Ahora bien, dada la complejidad de cada una de las operaciones del sistema de salud en el flujo de los recursos, ha sido necesario que la administración, a través de reglamentos, regule algunas de las condiciones por las cuales se puede generar la obligación de reintegro de los recursos del sector. Las circunstancias que en cada uno de estos reglamentos se describen, constituyen en la práctica esas diversas causas no justificadas que dan lugar al reintegro de los recursos.

Por ejemplo, en el trámite para la aprobación y pago de recobros presentados por concepto de servicios de salud no incluidos en el Plan Obligatorio de Salud, que han sido autorizados por el Comité Técnico Científico u ordenados por

<sup>68</sup> El artículo 1524 del Código Civil señala que no puede haber obligación sin una causa real y lícita. Se entiende por causa el motivo que induce al acto o contrato; así, la promesa de dar algo a cambio de una deuda que no existe, carece de causa.

<sup>69</sup> Cfr. Constitución Política, artículo 48 inciso 5º.

<sup>70</sup> Cfr. Decreto 1283 de 1996 “Por el cual se reglamenta el funcionamiento del Fondo de Solidaridad y Garantía del Sistema General de Seguridad Social en Salud”.

fallos de tutela, el Ministerio de Salud y Protección Social, en la Resolución 458 de 2013, determinó las condiciones para la aprobación y pago de los recobros, sometiendo los pagos a un proceso de auditoría integral, y en caso de que no se cumplan los requerimientos de esta normativa para hacer el pago, este no tendrá justificación legal<sup>71</sup>.

Asimismo, en el trámite para el reconocimiento y pago de las reclamaciones presentadas con cargo a la Subcuenta de Eventos Catastróficos y Accidentes de Tránsito (ECAT) del Fosyga, el Decreto 56 de 2015 reglamentó las condiciones de cobertura, reconocimiento y pago, ejecución de recursos y funcionamiento de la Subcuenta ECAT, condiciones que, de no cumplirse, harían que la erogación de los recursos careciera de causa legal.<sup>72</sup>

Otro tanto ocurre con el proceso de compensación del régimen contributivo, regulado en el Decreto 4023 de 2011,<sup>73</sup> al cual ya se refirió la Sala en este

---

<sup>71</sup> Resolución 458 de 2013 (...) *"Artículo 24. Control y seguimiento. El Ministerio de Salud y Protección Social o la entidad que se defina para tal efecto, dará traslado a la Superintendencia Nacional de Salud para que adelante las investigaciones a que hubiere lugar de acuerdo con sus competencias, cuando el volumen y valor de las solicitudes superen el promedio mensual histórico de recobros de la entidad, cuando se presenten recobros por prestaciones que correspondan al Plan Obligatorio de Salud (POS), sin que medie causa justificada para el recobro, o cuando el veinte por ciento (20%) del acumulado anual de las solicitudes sean objeto de no aprobación.// Este Ministerio en la realización de los estudios del Plan Obligatorio de Salud (POS), y de la suficiencia de la Unidad de Pago por Capitación (UPC), considerará los medicamentos o procedimientos recobrados y trasladará a la Comisión Nacional de Precios de Medicamentos y Dispositivos Médicos el listado de precios de los medicamentos recobrados para la adopción de las medidas propias de su competencia.// Las entidades administradoras de planes de beneficios, en cumplimiento del Sistema Obligatorio de Garantía de Calidad, deberán diseñar un proceso permanente de auditoría y pertinencia médica que permita monitorear el cabal cumplimiento de la presente resolución, identificando las variaciones en el uso de los medicamentos No POS, por parte de cada uno de los prestadores de sus redes de servicios, que superen los parámetros señalados en el presente artículo.(...)"*

<sup>72</sup> Decreto 56 de 2015. (...) *"Artículo 1°. Objeto. El presente decreto tiene por objeto establecer las condiciones de cobertura, ejecución de recursos, funcionamiento y aspectos complementarios para el reconocimiento y pago de los servicios de salud, indemnizaciones y gastos derivados de accidentes de tránsito, eventos catastróficos de origen natural, eventos terroristas y demás eventos aprobados por el Ministerio de Salud y Protección Social en su calidad de Consejo de Administración del Fosyga, en que deben operar tanto la Subcuenta ECAT del Fosyga, como las entidades aseguradoras autorizadas para expedir el SOAT y demás entidades referidas en el ámbito de aplicación de este acto administrativo" (...).*

<sup>73</sup> El artículo 23 del Decreto 4023 de 2011, modificado por el artículo 3° del Decreto 674 de 2014, señaló que el Fosyga deberá adelantar el procedimiento establecido en el Decreto Ley 1281 de 2002, así: *"Artículo 3. Modifícase el artículo 23 del Decreto 4023 de 2011, el cual quedará así: Control de pagos sin justa causa. El Fosyga realizará los cruces y validaciones para evitar pagos sin justa causa en el proceso de compensación o de los demás recursos reconocidos a las EPS y a las EOC con cargo al Fosyga y en todo caso, realizará la verificación de la inexistencia de pagos dobles. //En caso de evidenciarse pagos de UPC u otros conceptos sin justa causa, sin importar el proceso de compensación al que*

concepto, y con el proceso de Liquidación Mensual de Afiliados (LMA) en el régimen subsidiado, en la Resolución 1344 de 2012,<sup>74</sup> que señaló los términos y condiciones que servirán de soporte para el giro de recursos en los Regímenes Contributivo y Subsidiado, con el fin de evitar pagos o apropiaciones no debidos de los recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud (SGSSS)<sup>75</sup>.

No obstante, advierte la Sala que la existencia de una *apropiación o reconocimiento sin justa causa* no puede reducirse a una casuística restringida y predefinida, pues dicha situación puede presentarse en cualquier evento en que la destinación de los recursos de la salud se haga sin un fundamento legal claro, incluso si dichas causas no están previstas expresamente en el reglamento.

En esa medida, la existencia de una apropiación o de un reconocimiento sin justa causa deberá determinarse en cada caso concreto a partir de criterios objetivos, como puede ser la confrontación de los requisitos legales exigidos para hacer los correspondientes giros de los recursos, la revisión de información administrativa y el control de la información contable de cada uno de los operadores del sistema receptores de los recursos de la salud.

La razón de ser de que cualquier apropiación o reconocimiento sin justa causa deban ser considerados como “indebidos” aunque los hechos que lo generen no estén previstos en el reglamento, está en la esencia misma del sistema de seguridad social en salud, en el que se procura que los recursos se asignen de forma exclusiva a los fines para los cuales se reservaron, pues constituyen recursos públicos sujetos a una normatividad precisa, que establece funciones y responsabilidades entre los diferentes órganos y entidades que los administran<sup>76</sup>.

Es entonces la naturaleza especial de los recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud, razón suficiente para que se haya previsto que

---

***corresponda, el Fosyga adelantará las gestiones correspondientes ante las EPS y las EOC, requiriéndoles la devolución de los recursos, de acuerdo con lo establecido en el artículo 3° del Decreto-Ley 1281 de 2002 (...).***

<sup>74</sup> La Resolución 1344 de 2012 fue modificada por la Resolución 5512 de 2013 respecto al reporte de información de afiliación de las entidades pertenecientes a los regímenes especial y de excepción.

<sup>75</sup> Resolución 1344 de 2012. (...) “Artículo 11. Soporte para el giro de recursos. El suministro de la información solicitada en los términos y condiciones previstas en el Anexo Técnico que hace parte integral de la presente resolución y que deberá ser registrada y actualizada en la Base de Datos Única de Afiliados, BDUA, constituirá el soporte para el giro de recursos en los Regímenes Contributivo y Subsidiado, con el fin de evitar pagos o apropiaciones no debidos de los recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud (SGSSS)”.

<sup>76</sup> Cfr. Artículo 48 de la Constitución Política.

cualquier erogación que se efectúe sin una justificación legal, clara y suficiente, sea objeto de reintegro. En esa medida, la causa eficiente para que los administradores del Fosyga puedan exigir la restitución de los recursos del sistema de seguridad social y para que los operadores del sistema tengan la obligación de reintegrarlos, es precisamente la ausencia de una “*justa causa*” que respalde el desplazamiento de los recursos de un patrimonio a otro.

#### **4. FACTORES QUE DETERMINAN EL REINTEGRO DE LOS RECURSOS DE LA SALUD CON INTERESES DE MORA O CON ACTUALIZACIÓN POR EL IPC, CONFORME AL DECRETO LEY 1281 DE 2002**

En la primera parte de este concepto se analizó el contenido del inciso primero del artículo 3° del Decreto Ley 1281 de 2002, por el cual se expiden las normas que regulan los flujos de caja y la utilización oportuna y eficiente de los recursos del sector salud y su utilización en la prestación, que indica:

*“Artículo 3°. Reintegro de recursos apropiados o reconocidos sin justa causa. Cuando el administrador fiduciario del Fosyga o cualquier entidad o autoridad pública, en el ejercicio de sus competencias o actividades como participante o actor en el flujo de caja, detecte que se presentó apropiación sin justa causa de recursos del sector salud, en los eventos que señale el reglamento, solicitará en forma inmediata las aclaraciones respectivas o su reintegro, el cual procederá a más tardar dentro de los veinte días hábiles siguientes a la comunicación del hecho (...)”*

A continuación el Decreto Ley 1281 de 2002 estableció que si el actor que maneja los recursos es el sujeto que evidencia la apropiación o reconocimiento indebido, deberá reintegrar los recursos al momento en que detecte el hecho. Las hipótesis que siguen en la disposición precisan cuándo los recursos deberán: *i)* devolverse, junto con los respectivos intereses o *ii)* reintegrarse actualizados con el índice de precios al consumidor.

El inciso segundo del Decreto Ley 1281 de 2002 refiere:

*“Cuando la apropiación o reconocimiento a que alude este artículo sea evidenciada por el actor que maneja los recursos, éste deberá reintegrarlos en el momento en que detecte el hecho”.*

*En el evento en que la apropiación o reconocimiento sin justa causa se haya producido a pesar de contarse con las herramientas, información o instrumentos para evitarlo, los recursos deberán reintegrarse junto con los respectivos intereses liquidados a la tasa de interés moratorio establecida para los impuestos administrados por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, DIAN. (...)”*

De la lectura de la norma se infiere que si la apropiación o reconocimiento indebido ocurrió por negligencia, imprudencia o impericia, ya que el actor contaba con herramientas, información o instrumentos para evitar la apropiación indebida de los recursos, y ante la falta de cuidado al no tomar las medidas necesarias para evitar que el hecho ocurriera, surge la obligación de reintegrar el capital, más el pago de los respectivos intereses liquidados a la tasa de interés moratorio establecida para los tributos administrados por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales<sup>77</sup>.

Enseguida el artículo 3º del Decreto Ley 1281 de 2002 preceptúa:

*“(...) Cuando la apropiación se presente pese a la diligencia del respectivo actor o por circunstancias que escaparon a su control, los recursos deberán reintegrarse debidamente actualizados por el Índice de Precios al Consumidor, IPC”.*

En el supuesto de esta hipótesis, el pago de los recursos debidamente actualizados por el índice de precios al consumidor (IPC)<sup>78</sup> se subordina a la conducta diligente que haya observado el actor del sistema, pues se parte del supuesto de que, aun cuando este haya utilizado las herramientas, la información y los instrumentos para evitar errores, y no pudo evitar el reconocimiento o la apropiación indebidos. Sin embargo, pese a que no se le reproche descuido o negligencia en la actuación, el legislador reconoció que era su obligación actualizar las sumas recibidas, pues en todo caso es necesario reintegrar al sistema los recursos por su valor real, es decir, descontando el efecto de la inflación<sup>79</sup>.

---

<sup>77</sup> El cálculo de los intereses moratorios introducido por el artículo 141 de la Ley 1607 de 2012, por la cual se expiden normas en materia tributaria y se dictan otras disposiciones, establece: *“Artículo 141. Modifíquese el artículo 635 del Estatuto Tributario, el cual quedará así: Artículo 635. Determinación de la tasa de interés moratorio. Para efectos de las obligaciones administradas por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, el interés moratorio se liquidará diariamente a la tasa de interés diario que sea equivalente a la tasa de usura vigente determinada por la Superintendencia Financiera de Colombia para las modalidades de crédito de consumo.// Las obligaciones insolutas a la fecha de entrada en vigencia de esta ley generarán intereses de mora a la tasa prevista en este artículo sobre los saldos de capital que no incorporen los intereses de mora generados antes de la entrada en vigencia de la presente ley.// (...)”*

<sup>78</sup> El índice de precios al consumidor (IPC) es un indicador que refleja los cambios y variaciones de los precios de un conjunto representativo de bienes y servicios que consume la mayoría de la población, y se constituye en el principal instrumento para medir la inflación, o el aumento del nivel general de precios y la desvalorización de la moneda.

<sup>79</sup> *“Las oscilaciones más frecuentes de la moneda se comprenden en las nociones de devaluación, desvalorización o depreciación y revalorización, atribuyéndose a priori un poder adquisitivo al dinero, menor o mayor al preexistente o coetáneo al origen de la obligación incidente al momento de su cumplimiento”* Cfr. NAMEN VARGAS William, *“Obligaciones*

Precisa la Sala que, la conducta negligente que ocasione el reintegro de los recursos con intereses moratorios, deberá acreditarse y probarse con arreglo al debido proceso, principio inherente de cualquier actuación administrativa.

Por último, la Sala observa que las previsiones del artículo 3º en relación con el pago de intereses y la actualización de los recursos por el Índice de Precios al Consumidor, IPC, recogen la filosofía general del Decreto Ley 1281 de 2002, cuyo propósito es que todas las entidades e instituciones del Sistema de Salud cumplan con unos principios de oportunidad y eficiencia en la utilización de los recursos financieros disponibles para garantizar los servicios del Sector Salud<sup>80</sup>.

En relación con el deber de pagar intereses moratorios, la norma cumple una finalidad disuasiva<sup>81</sup>, de manera que la conducta de los actores se ajuste a los deberes de cuidado necesarios en el manejo de los recursos públicos, so pena de hacerse exigible el pago de los intereses. En el caso de la actualización de los recursos conforme al IPC,<sup>82</sup> el propósito de la norma se ajusta a la necesidad de proteger efectivamente los recursos del sistema de salud, manteniendo su valor real o poder de compra. Estas medidas, a juicio de la Sala, crean un mecanismo para conservar la integridad del patrimonio administrado, preservar la destinación exclusiva de los recursos de la salud y tener el control del empleo eficiente de los recursos del sector.

Conforme a lo expuesto, la Sala **RESPONDE:**

1. *"De conformidad con lo previsto en el último inciso y en el parágrafo del artículo 9º del Decreto 2280 de 2004, ¿se debe entender que una vez en*

---

*pecuniarias y corrección monetaria". Revista de derecho privado No 3 enero/junio de 1998. Universidad Externado de Colombia.*

<sup>80</sup> Decreto Ley 1281 de 2002. "Artículo 1º. *Eficiencia y oportunidad en el manejo de los recursos. Para efectos del presente decreto, se entenderá por eficiencia, la mejor utilización social y económica de los recursos financieros disponibles para que los beneficios que se garantizan con los recursos del Sector Salud de que trata el presente decreto, se presten en forma adecuada y oportuna.// La oportunidad hace referencia a los términos dentro de los cuales cada una de las entidades, instituciones y personas, que intervienen en la generación, el recaudo, presupuestación, giro, administración, custodia o protección y aplicación de los recursos, deberán cumplir sus obligaciones, en forma tal que no se afecte el derecho de ninguno de los actores a recibir el pronto pago de los servicios a su cargo y fundamentalmente a que se garantice el acceso y la prestación efectiva de los servicios de salud a la población del país".*

<sup>81</sup> En el mismo sentido, Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto 2023 del 19 de agosto de 2010.

<sup>82</sup> La aplicación del IPC se erige en un mecanismo que ajusta la cantidad de moneda que ha de pagarse en virtud de una obligación dineraria, con el fin de preservar la equivalencia del valor de cambio de la suma original para la fecha en que la obligación se hizo exigible y se dispuso su pago efectivo, de esta forma permite el pago del valor real de dichas acreencias.

*firme las declaraciones de giro y compensación de recursos por concepto de UPC, la administración no puede cuestionar los conceptos y montos incluidos en dichas declaraciones, o cuáles son las consecuencias que de dicha firmeza se derivan?"*

2. *"De conformidad con lo previsto en el último inciso y en el párrafo del artículo 9º del Decreto 2280 de 2004, ¿se debe entender que una vez en firme las declaraciones de giro y compensación de recursos por concepto de UPC, se extingue la facultad de la administración para adelantar el procedimiento administrativo especial de reintegro de recursos del SGSSS apropiados o reconocidos sin justa causa de que trata el artículo 3º del Decreto Ley 1281 de 2002, que se hubiere podido presentar en el mismo período objeto de dichas declaraciones?"*

Las disposiciones del último inciso del artículo 9º del Decreto 2280 de 2004, que indicaban un límite temporal para que las declaraciones de giro y compensación por concepto de la UPC quedaran en firme, no son aplicables en relación con el término que tiene la administración para iniciar el procedimiento administrativo especial de reintegro de los recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud, apropiados o reconocidos sin justa causa conforme al artículo 3º del Decreto Ley 1281 de 2002, pues aquella disposición debe considerarse derogada.

3. *"En el evento de no considerarse aplicables las previsiones contenidas en el último inciso y en el párrafo del artículo 9º del Decreto 2280 de 2004, como límite temporal para que la administración adelante el procedimiento administrativo especial de reintegro de recursos del SGSSS apropiados o reconocidos sin justa causa en el proceso integral de giro y compensación de UPC de conformidad con lo dispuesto en el artículo 3º del Decreto 1281 de 2002, ¿cuál sería el término con el que cuenta la administración para adelantar dicho procedimiento y cuál su sustento normativo?"*

El término con el que cuenta la administración para iniciar el procedimiento de reintegro de recursos de la Salud apropiados o reconocidos sin justa causa como consecuencia del pago de lo no debido originado en el proceso de giro y compensación, a partir del 9 de junio del año 2015, es el establecido en el último inciso del artículo 73 de la Ley 1753 de 2015, conforme al cual los procesos de reconocimiento y giro de los recursos del aseguramiento de Seguridad Social en Salud que se surten ante el Fosyga, quedarán en firme transcurridos dos (2) años después de su realización.

Antes del 9 de junio del año 2015, fecha de entrada en vigencia de la Ley 1753, el término con el que contaba la administración para iniciar el procedimiento de reintegro de recursos de la Salud apropiados o reconocidos sin justa causa como consecuencia del pago de lo no debido originado en el proceso de giro y

compensación, es el término de caducidad de dos (2) años aplicable para la acción de reparación directa (literal *i* del numeral 2 del artículo 164 del C.P.A.C.A.), término que incluye la pretensión de enriquecimiento sin causa (*actio in rem verso*).

En los dos eventos, el momento a partir del cual debe contarse dicho plazo es desde la producción del supuesto de hecho, esto es, desde la realización del giro o compensación de los recursos sin justa causa o desde el momento en que la administración tuvo o debió tener conocimiento del mismo, si fue en fecha posterior, y siempre y cuando esté demostrada la imposibilidad de haberlo conocido en la fecha de ocurrencia.

4. *“¿Con arreglo a las situaciones planteadas en cada uno de los procedimientos administrativos en virtud de los cuales se genera flujo de recursos del SGSSS, entre el FOSYGA y los diferentes actores que intervienen en el mismo, cuáles son los aspectos fáctico-jurídicos a tener en cuenta para determinar que se ha presentado una apropiación indebida de recursos o un reconocimiento sin justa causa de los mismos?”*

Algunos aspectos que determinan la ausencia de causa legal en el procedimiento de reintegro de los recursos de la salud, conforme al artículo 3º del Decreto Ley 1281 de 2002, se han especificado en los distintos reglamentos que existen sobre la materia. Sin embargo, la existencia de una *apropiación o reconocimiento sin justa causa* no puede reducirse a una casuística restringida y predefinida, pues dicha situación puede presentarse en cualquier evento en que la destinación de los recursos de la salud se haga sin un fundamento legal claro, incluso si dichas causas no están previstas expresamente en el reglamento.

En esa medida, la existencia de una apropiación sin justa causa deberá determinarse en cada caso concreto a partir de criterios objetivos, como puede ser la confrontación de los requisitos legales para hacer los correspondientes giros de los recursos, la revisión de la información administrativa y el control de la información contable de cada uno de los operadores del sistema receptores de los recursos de la salud.

5. *“¿Cuáles son los aspectos fáctico-jurídicos a tener en cuenta para determinar los casos en los cuáles procede el reintegro de recursos con intereses liquidados a la tasa moratoria establecida para los impuestos administrados por la DIAN, y cuándo procede el reintegro sólo con la actualización del IPC”*

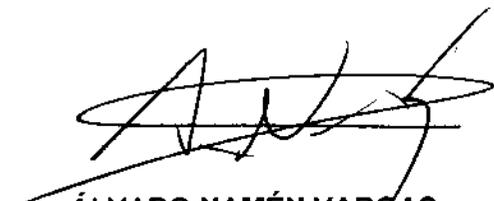
Conforme al artículo 3º del Decreto Ley 1281 de 2002, cuando la apropiación o reconocimiento indebido ocurra por negligencia, imprudencia o impericia del actor del sistema, surge la obligación de reintegrar los recursos junto con los respectivos intereses liquidados a la tasa de interés moratorio establecida para los tributos administrados por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales. Si la apropiación indebida se presentó pese a la diligencia del respectivo actor o por circunstancias que escaparon a su control, los recursos deberán reintegrarse debidamente actualizados por el Índice de Precios al Consumidor, IPC.

La conducta negligente que ocasione el reintegro de los recursos con intereses moratorios deberá estar debidamente acreditada y probada con arreglo al debido proceso, principio inherente de cualquier actuación administrativa.

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



**GERMÁN ALBERTO BULA ESCOBAR**  
Presidente de la Sala



**ÁLVARO NAMÉN VARGAS**  
Consejero de Estado



**WILLIAM ZAMBRANO CETINA**  
Consejero de Estado



**LUCÍA MAZUERA ROMERO**  
Secretaria de la Sala

[17 JUN. 2016

*Levantada la reserva legal mediante auto de fecha 17 de Junio de 2016.*