



**CONSEJO DE ESTADO  
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO  
SECCIÓN QUINTA**

**Magistrada Ponente (E): NUBIA MARGOTH PEÑA GARZÓN**

Bogotá D.C., dieciocho (18) de julio de dos mil diecinueve (2019)

**Radicación número:** 25000-23-41-000-2019-00246-01

**Demandante:** AIDA HELENA VERGARA VERGARA

**Demandado:** ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL  
SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL – ADRES

**Temas:** Confirma improcedencia por subsidiariedad.

**SENTENCIA SEGUNDA INSTANCIA**

Procede la Sala a resolver las impugnaciones interpuestas por la demandante y su coadyuvante contra la sentencia dictada el 8 de mayo de 2019, por la Subsección “B” de la Sección Primera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en la cual se declaró improcedente el medio de control de cumplimiento.

**1. ANTECEDENTES**

**1.1. La solicitud**

A través de escrito presentado el 19 de marzo de 2019<sup>1</sup>, ante la Secretaría de la Sección Primera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, la señora Aida Helena Vergara Vergara demandó de la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud, en adelante ADRES, el cumplimiento de los artículos: i) 59 de la Resolución 3951 de

---

<sup>1</sup> Ver folios 1 a 17.

2016<sup>2</sup> y ii) 62 de la Resolución 1885 de 2018<sup>3</sup>, ambas, expedidas por el Ministerio de Salud y Protección Social.

Lo anterior con el fin de que la ADRES realice la preauditoría, auditoría y pago de las solicitudes de recobro que realizan las IPS, EPS y EOC, con cargo a la subcuenta ECAT del FOSYGA.

## **1.2. Hechos**

En resumen, el fundamento fáctico de la demanda es el siguiente:

**1.2.1.** El Estado diseñó el trámite administrativo de recobro con la finalidad de garantizar el pago de todas aquellas tecnologías en salud que no se encuentran incluidas en los planes de beneficios previstos para las diferentes vigencias, las cuales son costeadas y asumidas en principio por las EPS en virtud de la autorización de los Comités Técnico Científicos, plataforma MIPRES y los fallos proferidos por los jueces con ocasión de decisiones en acciones de tutela.

**1.2.2.** Con el ánimo de que el flujo de los recursos sea oportuno para el correcto funcionamiento de las tecnologías NO PBS<sup>4</sup> y las normas que rigen el trámite de los recobros tales como los artículos 59 de la Resolución No. 3951 de 2016 y 62 de la Resolución No. 1885 de 2018, disponen el término de dos (2) meses como plazo límite para que la ADRES realice la auditoría de las cuentas radicadas como recobros, así como el giro o pago correspondiente de todas las que son aprobadas, en los casos que sea necesario.

**1.2.3.** Las EPS y EOC han manifestado con preocupación que la ADRES no ha realizado la auditoría a las cuentas, ni el giro de los recursos aprobados al día de la presentación de la demanda sobre los paquetes de recobros radicados, afectando seriamente el equilibrio financiero del sistema por el incumplimiento de dichos términos.

**1.2.4.** Fenalco ha solicitado el cumplimiento a la Alta Consejera Presidencial, al Ministro de Comercio, Industria y Turismo, al Presidente de la Sala Especial de Seguimiento a la sentencia T-760 de 2008, al Ministro de Salud y Protección Social, etc., sin obtener solución.

**1.2.5.** aludió que en respuesta a *“la solicitud elevada por Fenalco ante el Presidente de la Sala Especial de Seguimiento a la sentencia T-760 de 2008, la Corte Constitucional se pronunció, mediante auto de 26 de febrero de 2019”*, en el

---

<sup>2</sup> *“Por la cual se establece el procedimiento de acceso, reporte de prescripción, suministro, verificación, control, pago y análisis de la información de servicios y tecnologías en salud no cubiertas por el Plan de Beneficios en Salud con cargo a la UPC y se dictan otras disposiciones”.*

<sup>3</sup> *“Por la cual se establece el procedimiento de acceso, reporte de prescripción, suministro, verificación, control, pago y análisis de la información de tecnologías en salud no financiadas con recursos de la UPC, de servicios complementarios y se dictan otras disposiciones.”*

<sup>4</sup> Tecnologías no cubiertas por el plan básico de servicios con cargo a la UPC.

que indicó que lo relacionado con las órdenes 25 y 26<sup>5</sup> no pueden ser objeto de estudio, sin embargo planteó que las órdenes 24 y 27<sup>6</sup> que están relacionadas con el flujo de recursos será objeto de práctica de pruebas con el fin de determinar la apertura de incidente de desacato.

#### **1.2.6. Fenalco intentó la apertura de un incidente de desacato y seguimiento**

---

<sup>5</sup> **“Vigésimo quinto.- Ordenar** al administrador fiduciario del Fosyga que, a partir de la notificación de la presente sentencia, cuando se trate de servicios de salud cuya práctica se autorizó en cumplimiento de una acción de tutela: (i) la entidad promotora de salud podrá iniciar el proceso de recobro una vez la orden se encuentre en firme, bien sea porque la sentencia de instancia no fue impugnada, bien sea porque se trata de la sentencia de segunda instancia, sin que el procedimiento de autorización del servicio de salud o de recobro pueda ser obstaculizado con base en el pretexto del eventual proceso de revisión que se puede surtir ante la Corte Constitucional; (ii) no se podrá establecer como condición para reconocer el derecho al recobro de los costos que la entidad no estaba legal ni reglamentariamente obligada a asumir que en la parte resolutive del fallo de tutela se autorice el recobro ante el Fosyga, o la correspondiente entidad territorial. Bastará con que en efecto se constate que la EPS no se encuentra legal ni reglamentariamente obligada a asumirlo de acuerdo con el ámbito del correspondiente plan de beneficios financiado por la UPC. Y (iii) en el reembolso se tendrá en cuenta la diferencia entre medicamentos de denominación genérica y medicamentos de denominación de marca, sin que pueda negarse el reembolso con base en la glosa ‘Principio activo en POS’ cuando el medicamento de marca sea formulado bajo las condiciones señaladas en el apartado (6.2.1.) de esta providencia.

El Ministerio de Protección Social y el administrador fiduciario del Fosyga deberán presentar un informe sobre el cumplimiento de esta orden antes del 15 de noviembre de 2008 ante la Corte Constitucional.

**Vigésimo sexto.- Ordenar** al Ministerio de la Protección Social y al Administrador fiduciario del Fosyga que, si aún no lo han hecho, diseñen un plan de contingencia para (1) adelantar el trámite de las solicitudes de recobro que están atrasadas y (2) agilizar los pagos de las solicitudes de recobro en las que se verificó el cumplimiento de los requisitos de las resoluciones vigentes, pero que aún no han sido pagadas, de acuerdo con lo señalado en esta providencia. Este plan deberá contener al menos: (i) metas específicas para el cumplimiento de la presente orden, (ii) un cronograma para el cumplimiento de las metas y (iii) las acciones que se llevarán a cabo para el cumplimiento de las metas, especificando en cada caso el funcionario responsable de su cumplimiento.

El Plan deberá ser presentado, antes del 15 de noviembre de 2008 ante el Comité de Verificación creado por el Consejo de Estado y ante la Corte Constitucional y deberá ser ejecutado en su totalidad antes de marzo 15 de 2009. En caso de que en esta fecha (15 de marzo de 2009) no se haya efectuado el reembolso de al menos el 50% de las solicitudes de recobro que están atrasadas en el trámite a 31 de septiembre de 2008, independiente de las glosas que tengan, operará un mecanismo de compensación general para dicho 50%. El 50% restante deberá haber sido cancelado en su totalidad antes del primero (1°) de julio de 2009. En caso de que posteriormente se verifique que el Fosyga no estaba obligado a realizar determinados reembolsos, deberá adoptar las medidas para compensar esos recursos, con la correspondiente EPS.

El Ministerio de Protección Social y el administrador del Fosyga, presentarán un informe sobre la ejecución del Plan de Contingencia cada dos meses al Comité de Verificación.

<sup>6</sup> **Vigésimo cuarto.- Ordenar** al Ministerio de la Protección Social y al administrador fiduciario del Fosyga que adopten medidas para garantizar que el procedimiento de recobro por parte de las Entidades Promotoras de Salud ante el Fosyga, así como ante las entidades territoriales respectivas, sea ágil y asegure el flujo oportuno y suficiente de recursos al sistema de salud para financiar los servicios de salud, tanto en el evento de que la solicitud se origine en una tutela como cuando se origine en una autorización del Comité Técnico Científico.

Para dar cumplimiento a esta orden, se adoptarán por lo menos las medidas contenidas en los numerales vigésimo quinto a vigésimo séptimo de esta parte resolutive.

(...)

**Vigésimo séptimo.– Ordenar** al Ministerio de Protección Social que tome las medidas necesarias para que el sistema de verificación, control y pago de las solicitudes de recobro funcione de manera eficiente, y que el Fosyga desembolse prontamente los dineros concernientes a las solicitudes de recobro. El Ministerio de Protección Social podrá definir el tipo de medidas necesarias. El Ministerio de Protección Social también podrá rediseñar el sistema de recobro de la manera que considere más adecuada, teniendo en cuenta: (i) la garantía del flujo oportuno y efectivo de recursos para financiar los servicios de salud, (ii) la definición de un trámite ágil y claro para auditar las solicitudes de recobro sin que el tiempo que dure el auditaje obstaculice el flujo de los recursos (iii) la transparencia en la asignación de los recursos del Fosyga y (iv) la asignación de los recursos para la atención eficiente de las necesidades y prioridades de la salud.”

de órdenes al fallo de tutela T-760 de 2008, mediante el cual se declaró el estado de cosas inconstitucional pero, ante tal requerimiento la Corte denegó la procedencia de la solicitud al indicar que el ámbito de aplicación de estos pedimentos se relaciona directamente con la necesidad de que la ADRES ejecute acciones tendientes a materializar sus obligaciones con las entidades recobrantes lo cual se asimila y corresponde necesariamente a la naturaleza de la acción de cumplimiento.

La parte actora, finalmente aludió que el presente medio de control no implica el cumplimiento de normas que establecen gastos comoquiera que, si bien la consecuencia lógica del acatamiento de las disposiciones invocadas implicaría el flujo de recursos parafiscales correspondientes al pago de tecnologías en salud no cubiertas por el plan de beneficios con cargo a la UPC, tal hecho no es el establecimiento de gastos ni corresponde a la ejecución de una ley orgánica del presupuesto ni de actos administrativos con contenido financiero o efectos fiscales.

### **1.3. Pretensiones**

*“(…) lo pretendido con la interposición de esta demanda, es que ante la omisión notoria y debidamente probada de la parte accionada frente a los enunciados normativos referenciados anteriormente, se ORDENE a dicha autoridad DÉ CUMPLIMIENTO a lo dispuesto en el artículo 59 de la resolución 3951 del 31 de agosto de 2016, para los recobros sometidos a dicha vigencia presentados por las diferentes EPS y EOC, así como el artículo 62 de la Resolución 1885 del 10 de mayo de 2018, en lo que corresponda a las cuentas radicadas por las diferentes entidades recobrantes bajo esta vigencia; en el entendido de que la demandada deberá tramitar la auditoría integral de los recobros represados y los que sigan presentando para dicho proceso, dentro de los 2 meses siguientes al vencimiento del periodo de radicación en el cual fueron presentados por parte de cualquier EPS y EOC, y en el mismo sentido y término, que proceda a efectuar el reconocimiento y pago de aquellas cuentas que resulten aprobadas, iniciando con todas aquellas que se encuentran pendientes de resultado de auditoría”.*

### **1.4. Actuaciones procesales en primera instancia**

#### **1.4.1. Admisión de la demanda**

A través de providencia de 1º de abril de 2019, (folios 79 y 80 del expediente) se admitió la demanda de la referencia la cual fue notificada al Director General de la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud (ADRES).

Mediante auto de 8 de abril de 2019, se decidió y decretaron sobre las pruebas solicitadas por las partes (folios 113 y 114 del expediente), se ofició a los actores del sistema de salud (EPS del Régimen contributivo y subsidiado) para que certificaran la cartera corriente vencida que, estando radicada a la ADRES se encuentra por fuera de reconocimiento y pago.

Finalmente, en proveído de 29 de abril de 2019 (folios 235 a 238 del expediente) se aceptó la solicitud de coadyuvancia a la parte actora elevada por la señora Diana Paola Cotes Sánchez y se decidió negar sobre las pruebas por ella solicitadas.

#### **1.4.2. Contestación de la demanda**

Por conducto del jefe de la oficina de asesoría jurídica, la **Administradora de los Recursos del Sistema de Seguridad Social en Salud** pidió declarar improcedente la acción o, en subsidio, negar las pretensiones de la demanda.

Explicó que en virtud de los artículos 66 de la Ley 1753 de 2015 y 21 del Decreto 1429 de 2016, ADRES entró en operación el 1º de agosto de 2017 como entidad adscrita al Ministerio de Salud y Protección Social y se encarga de administrar los recursos del FOSYGA y del Fondo de Salvamento y Garantías para el Sector Salud (FONSAET).

Precisó que *“[...] a partir de la entrada en operación de la ADRES [...] debe entenderse suprimido el Fondo de Solidaridad y Garantía FOSYGA [...]”*.

Describió las etapas que surten las reclamaciones presentadas a cargo de la subcuenta ECAT del FOSYGA, hoy ADRES, como la pre-radicación, la radicación, la auditoría integral, la comunicación del resultado de auditoría, la respuesta al mismo y el pago.

Indicó que el diez (10) de diciembre de 2013 fue suscrito contrato de consultoría con la Unión Temporal FOSYGA 2014, el cual estuvo vigente hasta febrero de 2018 y el contratista debía *“[...] entregar los resultados de todo aquello que se radique [...] hasta diciembre de 2017”*.

Agregó que como consecuencia, ADRES suscribió el contrato de Consultoría 080 de 2017 con la Unión Temporal Auditores de Salud, que *“[...] se encuentra durante el periodo de transición, es decir, tres (3) meses a la suscripción del acta de inicio”*, y señaló que la terminación de la anterior consultoría y la suscripción del nuevo contrato debe tenerse en cuenta como *“mora administrativa justificada”*.

Consideró que la demanda es improcedente debido a que el cumplimiento del término de dos (2) meses para entrega de resultados de auditoría establece un gasto: la financiación del contrato de una firma auditora.

Explicó que tratándose de los recobros presentados por las EPS o EOC ante la ADRES por la prestación de servicios prescritos por el profesional en salud u ordenados mediante fallo de tutela es necesario remitirse al artículo 73 de la Ley 1753 de 2015 en donde se indican los términos para la presentación de tales solicitudes, trámite que se encuentra regulado para el régimen contributivo de salud en la Resolución No. 1885 de 2018.

Aludió que el reconocimiento y pago de los recobros presentados por las EPS o EOC ante la ADRES está sujeto a determinar: i) si versan sobre la prestación de servicios o tecnologías en salud no incluidas en el Plan de Beneficios en Salud con cargo a la Unidad Por Capitación, actualmente definido en la Resolución No. 5857 de 2018 y, ii) que las solicitudes de recobro cumplan con los requisitos generales específicos y esenciales establecidos para su reconocimiento determinados en la Resolución No. 1885 de 2018.

Señaló que la verificación de cumplimiento de los requisitos de las solicitudes de recobro es adelantada por la firma contratada para realizar la auditoría integral de las mismas con base en la normatividad vigente y considerado tres (3) aspectos: i) técnico - médico, ii) jurídico y iii) financiero, los cuales se analizan de manera conjunta y completa con el fin de obtener el resultado que da lugar al reconocimiento y pago total o parcial de los servicios y tecnologías en salud no incluidas en el Plan de Beneficios, precisó que el incumplimiento de alguno de los requisitos da como resultado la aplicación de una glosa la cual puede ser objeto de objeción o subsanación por parte de la entidad reclamante.

Alegó que ante la imposibilidad manifiesta de cumplir con el término de dos (2) meses no es dable para la administración reconocer y, en consecuencia, pagar los servicios y tecnologías complementarias no financiados por el Plan de Beneficios en Salud mientras tales condiciones se mantengan, estos es no contar con los recursos e infraestructura para adelantar la auditoría de forma directa o no contar con una firma contratada para el efecto que adelante la tarea.

De acuerdo con lo anterior, apeló a que nos encontramos enmarcados en el concepto del principio general del derecho según el cual "*nadie está obligado a lo imposible*", en el sentido de que materialmente ante la existencia de un contratista designado para adelantar la tarea que es objeto de la presente demanda no puede contratar con otra con el mismo objeto y tampoco puede asumir tal tarea en tanto aquella requiere el personal calificado e infraestructura con la que no cuenta la ADRES.

Esgrimió que la ADRES ha adelantado todas las medidas a su alcance para garantizar el adecuado flujo de recursos y el cumplimiento de normas que regulan lo referente al proceso de auditoría por lo que no es caprichosa ni negligente su actuación.

Reiteró que la existencia de problemas estructurales relativos a fallas en la regulación que afectan el flujo de los recursos del sistema de salud fue descrita por la Corte Constitucional en la sentencia T-760 de 2008, providencia judicial en la que dicho órgano de cierre de la jurisdicción constitucional formuló un conjunto de órdenes enmarcadas en un plan de acción encaminado a la superación de los problemas estructurales.

Explicó que la sentencia T-760 de 2008 establece pautas concretas para la articulación de las competencias ejercidas por los jueces constitucionales y la Sala de Revisión de la Corte *“de acuerdo con las cuales la emisión y el control sobre las órdenes estructurales corresponde de forma privativa al órgano de cierre de la Jurisdicción Constitucional, en tanto que la emisión y el control de las órdenes complejas puede ser ejercido eventualmente por los jueces constitucionales dentro de los límites y parámetros descritos por la Corte”* (folio 92).

En relación con el argumento de la parte actora en el sentido que las EPS y EGC han indicado que la ADRES no ha realizado auditoría a las cuentas ni giro alguno, advirtió que el sistema de salud, desde el año 2011, determinó el mecanismo de giro previo al proceso de auditoría integral previsto en el artículo 85 de la Resolución No. 1885 de 2018, el cual consiste en que antes de dar inicio al trámite de auditoría un porcentaje del valor recobrado le es girado directamente a la EPS o al prestador del servicio, por lo que a través de dicho mecanismo la entidad ha efectuado giros en atención a la disponibilidad presupuestal en favor de las EPS recobrantes o de los proveedores.

Indicó que para el año 2018, la radicación tuvo un incremento considerable pasando de 5.610.252 recobros que contienen 11.446.639 ítems en el año 2017 a 7.081.240 con 14.100.7222 ítems, es decir que se presentó un incremento de 26% en los recobros y 23% en los ítems.

Expuso que el 1º de noviembre de 2018, el nuevo contratista inició las labores de auditoría de los recobros, tarea que se viene desarrollando de la siguiente manera: i) recobros con anterioridad al inicio del contrato y entre la suscripción de este y el vencimiento del período de transición, esto es, a partir de abril de 2018 hasta octubre de ese mismo año, ii) recobros radicados a partir del inicio del contrato, esto es a partir del 1º de noviembre de 2018.

Expresó que para los recobros radicados en los meses de abril a octubre de 2018, se realizó una estratificación por mes y por el valor conformándose paquetes que agrupan hasta el 70% del valor recobrado en ese período y hasta la fecha la firma auditora se encuentra realizando el trámite del paquete de recobros presentados en el período citado.

De acuerdo con lo anterior, indicó que está fehacientemente comprobado que en el presente caso la entidad se encuentra frente a una mora administrativa justificada pues, a pesar de que la ADRES ha actuado con diligencia y celeridad se enfrentó a situaciones imprevisibles e ineludibles como la imposibilidad de obtener nuevos recursos pero en todo caso ha garantizado el flujo de recursos del sistema a través del giro previo, por lo que el 79% del giro se efectuó a favor de los prestadores y proveedores de las tecnologías no financiadas con los recursos del UPC.

#### **1.4.3. Coadyuvancias a la parte actora**

**1.4.3.1.** La señora **Diana Pacía Cotes Sánchez**, manifestó coadyuvar a la parte accionante y aludió que: i) no solo las EPS sino los llamados gestores farmacéuticos (Colsubsidio, Cafam, Cruz Verde, etc.) tienen una cartera gigantesca que Fenalco como gremio que las agrupa ha estimado en más de \$1,4 billones de pesos, colocando en grave riesgo la entrega oportuna de medicamentos a los usuarios y ii) el Ministerio de Salud y Protección Social puso a disposición para comentarios un proyecto de resolución en donde solicita extender el plazo de la auditoría y pago de 2 a 6 meses de forma permanente lo cual claramente es resultado del pánico que les genera la demanda de la referencia y, es el mejor mecanismo para evitar la veeduría pública en contravía de lo determinado por la Corte Constitucional en sentencia T-760 de 2008 en donde varias órdenes compelen a dar agilidad al flujo de recursos.

**1.4.3.2.** La señora **María Fernanda Botero López** manifestó coadyuvar a la parte actora en similares términos en los que se sustentó la demanda de cumplimiento.

#### **1.4.4. Fallo impugnado**

En sentencia del 8 de mayo de 2019, la Subsección “B” de la Sección Primera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca declaró improcedente la acción de cumplimiento por cuanto la accionante contaba con el incidente de desacato dentro del trámite de la acción de tutela T-760 de 2008, en la cual la Corte Constitucional declaró el estado de cosas inconstitucional ante la falta de respuesta a las solicitudes de recobro, y en donde se ordenó el especial seguimiento a las órdenes impartidas en dicha providencia.

Una vez transcritas las órdenes dictadas por la Corte Constitucional, el Tribunal *a quo* concluyó que *“la solicitud de apertura de incidente de desacato elevado por Fenalco fue negada pero, los argumentos esgrimidos por esa corporación para adoptar tal decisión no consistieron en que dicha actuación fuese improcedente sino que, determinó que una vez se practiquen las correspondientes pruebas, se realicen las sesiones técnicas y se recaude la información necesaria, determinará si es procedente iniciar el trámite de incumplimiento o desacato, sin que en ninguno de los apartes se hace mención a que el mecanismo que se debe utilizar para satisfacer tal solicitud sea el medio de control jurisdiccional de cumplimiento de normas con fuerza material de ley o de actos administrativos.*

*En este orden ideas la Sala de Decisión concluye que actualmente existe otro mecanismo judicial efectivo idóneo y eficaz para ventilar las pretensiones de la demanda de la referencia, como quiera que lo pretendido por la parte actora en el presente asunto es que se garantice el flujo de recursos en el sistema general de seguridad social en salud como consecuencia de los cobros de los gastos en que han incurrido las EPS y demás actores del sistema por los tratamientos que no están incluidos en el plan de beneficios en salud y con ello evitar que los servicios de salud de la comunidad en general se vean afectados por la falta de recursos económicos, circunstancia esta, como ya se precisó, es objeto de seguimiento de la Sala Especial de Seguimiento a la sentencia T-760 de 2008 de la Corte Constitucional.”*

### 1.4.5. Impugnaciones

**La accionante y una de sus coadyuvantes, la señora Diana Pacía Cotes Sánchez**, impugnaron la decisión de primera instancia, reiteraron los argumentos de la demanda y aludieron que el Tribunal Administrativo de Cundinamarca incurrió en error al declarar la improcedencia de la acción de cumplimiento, al considerar que se cuenta con el incidente de desacato dentro del trámite de la sentencia de tutela T-760 de 2008, toda vez que la pretensiones de la demanda no buscan el cumplimiento de dicha decisión judicial sino del término previsto en los artículos: **i)** 59 de la Resolución 3951 de 2016<sup>7</sup> y **ii)** 62 de la Resolución 1885 de 2018, que son posteriores al referido pronunciamiento de la Corte Constitucional.

### 1.5. Actuaciones procesales en segunda instancia.

#### 1.5.1. Auto que puso en conocimiento nulidad saneable por falta de vinculación

Por medio de auto de 21 de junio de 2019, el Despacho Ponente, puso en conocimiento de la Unión Temporal FOSYGA 2014 y de la Unión Temporal Auditores de Salud, la nulidad saneable que se presenta en el proceso de la referencia, para que dentro de los tres (3) días siguientes a su notificación: **(i)** aleguen la nulidad si a bien lo tienen; **(ii)** se pronuncien sobre la solicitud de cumplimiento sin alegar la nulidad; o, **(iii)** guarden silencio. En estos dos últimos eventos, aquélla se entenderá saneada.

**1.5.2. La Unión Temporal FOSYGA 2014**, dentro de la oportunidad procesal concedida, manifestó no alegar la nulidad puesta en conocimiento y aludió que en atención a que su contrato ya terminó con la demandada no puede ser obligada al cumplimiento de las normas que se solicitan.

## 2. CONSIDERACIONES

### 2.1. Competencia

La Sección Quinta es competente para decidir las impugnaciones contra la sentencia dictada por la Subsección “B” de la Sección Primera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, según lo dispuesto en los artículos 150 y 152 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA) y en el acuerdo No. 015 de febrero veintidós (22) de 2011 expedido por la Sala Plena del Consejo de Estado<sup>8</sup>.

---

<sup>7</sup> “Por la cual se establece el procedimiento de acceso, reporte de prescripción, suministro, verificación, control, pago y análisis de la información de servicios y tecnologías en salud no cubiertas por el Plan de Beneficios en Salud con cargo a la UPC y se dictan otras disposiciones”.

<sup>8</sup> Dicho acuerdo estableció la competencia de la Sección Quinta para el conocimiento de las apelaciones contra las providencias susceptibles de ese recurso que sean dictadas por los tribunales administrativos, en primera instancia, en las acciones de cumplimiento.

## 2.2. Problema jurídico

Corresponde a la Sala resolver si confirma, revoca o modifica la decisión adoptada por la citada Corporación en la sentencia de 8 de mayo de 2019 que declaró improcedente el presente medio de control.

## 2.3. Generalidades de la acción de cumplimiento

La acción de cumplimiento busca la materialización de aquellos mandatos contenidos en las normas de rango legal y en los actos administrativos.

Con base en la regulación establecida en el artículo 87 de la Constitución y el desarrollo previsto en la Ley 393 de 1997, dicha posibilidad opera a partir de la orden que imparte el juez de lo contencioso administrativo a la autoridad renuente.

**Este mecanismo procesal tiene carácter subsidiario, puesto que no procede cuando el demandante tenga a su alcance otro instrumento judicial para lograr la efectividad de la norma legal o del acto que estima incumplidos.**

Tampoco procede cuando el ejercicio del medio de control pretenda el cumplimiento de normas legales y de actos administrativos que establezcan gastos.

De acuerdo con la reiterada jurisprudencia de esta Corporación, la prosperidad de esta acción está sujeta a la observancia de los siguientes presupuestos: **(i)** que el deber jurídico cuya observancia se exige esté consignado en normas con fuerza de ley o en actos administrativos; **(ii)** que el mandato, la orden, el deber, la obligatoriedad o la imposición esté contemplada en forma precisa, clara y actual; **(iii)** que la norma esté vigente; **(iv)** que el deber jurídico esté en cabeza del accionado; **(v)** que se acredite que la autoridad o el particular en ejercicio de funciones públicas fue constituido en renuencia frente al cumplimiento de la norma o acto administrativo cuyo acatamiento pretende la demanda y **(vi)** que tratándose de actos administrativos no haya otro instrumento judicial para lograr su efectivo cumplimiento, ni persiga el cumplimiento de normas que establezcan gastos.

## 2.4. La constitución de la renuencia

En el artículo 8º, la Ley 393 de 1997 señaló que *“Con el propósito de constituir la renuencia, la procedencia de la acción requerirá que el accionante previamente haya reclamado el cumplimiento del deber legal o administrativo y la autoridad se haya ratificado en su incumplimiento o no contestado dentro de los diez (10) días siguientes a la presentación de la solicitud [...]”*. (Negrillas fuera del texto).

Frente a los alcances de esta norma, la Sala mantiene un criterio reiterado según el cual “[...] el reclamo en tal sentido no es un simple derecho de petición sino una solicitud expresamente hecha con el propósito de cumplir el requisito de la renuencia para los fines de la acción de cumplimiento”<sup>9</sup>.

Esta Corporación también ha considerado que no puede tenerse por demostrado el requisito de procedibilidad de la acción en aquellos casos en que la solicitud “[...] tiene una finalidad distinta a la de constitución en renuencia”.<sup>10</sup>

Es importante que la solicitud permita determinar que lo pretendido por el interesado es el cumplimiento de un deber legal o administrativo, cuyo objetivo es el agotamiento del requisito de procedibilidad consistente en la constitución en renuencia de la parte demandada.

Como fue establecido en el numeral 5º del artículo 10º de la Ley 393 de 1997, la constitución de la renuencia de la entidad accionada debe acreditarse con la demanda, so pena de ser rechazada de plano la solicitud.

A la demanda la parte actora acompañó (folios 12 al 14) la copia del escrito que remitió a la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud, en el que reclamó el cumplimiento del deber legal establecido en los artículos: **i)** 59 de la Resolución 3951 de 2016<sup>11</sup> y **ii)** 62 de la Resolución 1885 de 2018<sup>12</sup>, ambas, expedidas por el Ministerio de Salud y Protección Social, con el fin de que la ADRES realice la preauditoría, auditoría y pago de las solicitudes de recobro que realizan las IPS, EPS y EOC, con cargo a la subcuenta ECAT del FOSYGA. Sin que al momento de presentar la demanda la ADRES diera respuesta a la misma.

Entonces, el requisito de procedibilidad fue agotado por la parte actora.

## **2.5. De la procedencia de la acción de cumplimiento**

Se advierte que la presente demanda pretende que en cumplimiento de la normativa que se dice desacatada se cumpla el término de dos (2) meses para resolver las reclamaciones de preauditoría, auditoría y pago de las solicitudes de recobro que realizan las IPS, EPS y EOC, con cargo a la subcuenta ECAT del FOSYGA.

---

<sup>9</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, providencia de octubre veinte (20) de 2011, expediente No. 2011-01063, C.P. Mauricio Torres Cuervo.

<sup>10</sup> Sobre el particular pueden verse las providencias de noviembre veintiuno (21) de 2002 dentro del expediente ACU-1614 y de marzo diecisiete (17) de 2011, expediente 2011-00019.

<sup>11</sup> “Por la cual se establece el procedimiento de acceso, reporte de prescripción, suministro, verificación, control, pago y análisis de la información de servicios y tecnologías en salud no cubiertas por el Plan de Beneficios en Salud con cargo a la UPC y se dictan otras disposiciones”.

<sup>12</sup> “Por la cual se establece el procedimiento de acceso. reporte de prescripción. suministro. verificación, control, pago y análisis de la información de tecnologías en salud no financiadas con recursos de la UPC, de servicios complementarios y se dictan otras disposiciones.”.

En primera instancia, la Subsección “B” de la Sección Primera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca concluyó que el presente medio de control devenía en improcedente en atención a que la parte actora contaba con el incidente de desacato dentro del trámite de la acción de tutela T-760 de 2008, en la cual la Corte Constitucional declaró el estado de cosas inconstitucional ante la falta de respuesta a las solicitudes de recobro que realizan las IPS y EPS, y en donde **se ordenó el especial seguimiento a las órdenes impartidas en dicha providencia.**

En cuanto a la subsidiariedad, esta Sala ha reiterado que, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 9° de la Ley 393 de 1997, la acción de cumplimiento no procederá cuando el afectado tenga o haya tenido otro instrumento de defensa judicial para lograr el efectivo cumplimiento de la norma o acto administrativo, salvo que de no proceder el juez, se cause un perjuicio grave e inminente para el accionante.

En cuanto al caso concreto, la Sala comparte la conclusión a la que arribó el Tribunal *a quo* por cuanto, en efecto, la Corte Constitucional en la sentencia T-760 de 2008 tuvo la oportunidad de pronunciarse sobre la procedencia de la acción de tutela, cuando lo pretendido sea obtener la resolución y pago de las reclamaciones de recobro que realizan las entidades prestadoras de los servicios de salud ante el FOSYGA.

En la mentada providencia el alto Tribunal formuló, entre otros, como problema jurídico a resolver:

*“2.1.9. ¿Vulnera el derecho a la salud la interpretación restrictiva del POS, según la cual se entienden excluidos los insumos no mencionados expresamente en el POS, y **procede en consecuencia su recobro ante el Fosyga cuando son ordenados por un juez de tutela**? Con base en los criterios de interpretación elaborados por la Corte Constitucional para resolver las dudas acerca de la inclusión o no de un servicio médico en el POS, se responde afirmativamente la anterior pregunta. Este problema jurídico se plantea en los expedientes T-1855574, T-1858995, T-1858999, T-1859088, T-1862038, y T-1862046, T-1866944, T-1867317, T-1867326.”*

Para desatar el anterior interrogante, indicó:

*“**La Corte Constitucional reconoce que el flujo de recursos de las EPS a las IPS ha presentado problemas relacionados con la mora en el pago de los servicios prestados por estas últimas.** Así también lo reconoció el legislador que en la reforma a la Ley 100 de 1993 efectuada mediante la Ley 1122 de 2007, adoptó medidas para garantizar el flujo oportuno de recursos a la IPS, así:*

*(...)*

*La adopción de este tipo de medidas orientadas a garantizar el flujo de recursos de las EPS a las IPS, también ha sido avalado por la Corte Constitucional. Además de la sentencia C-286 de 2008 citada antes, en*

la sentencia C-260 de 2008<sup>13</sup> la Corte consideró que este tipo de medidas, específicamente la limitación de la libertad de contratación de las EPS y las IPS en relación con las formas de pago por la prestación de servicios de salud, eran constitucionales. Manifestó que esta norma, “en la medida en que garantiza el flujo de recursos hacia las Instituciones Prestadoras de Servicios, promueve el mejoramiento de la prestación de los servicios de salud lo cual redundará en la protección de los usuarios y en la posibilidad de brindar atención adecuada a las personas por lo cual desarrolla varios principios específicos del ámbito de la salud, como la solidaridad y la eficiencia, al permitir una mejor utilización de los recursos financieros disponibles y el beneficio de los usuarios del sistema”<sup>14</sup>

**La disponibilidad de los recursos necesarios para asegurar la prestación de los servicios de salud supone la obligación de que tales recursos existan, no se asignen a fines distintos al de asegurar el goce efectivo del derecho a la salud y se destinen a la prestación cumplida y oportuna de los servicios requeridos por las personas. Esta última obligación implica pues, garantizar el adecuado flujo de los recursos, lo cual es necesario para asegurar que toda persona goce efectivamente del más alto nivel posible de salud, dadas las condiciones presupuestales, administrativas y estructurales existentes.**

(...)

La jurisprudencia de la Corte Constitucional ha adoptado diferentes aproximaciones para ordenar el recobro al Fosyga en cuanto a los plazos. **La sentencia SU-480 de 1997<sup>15</sup> fue la primera sentencia de unificación en la cual se estableció la posibilidad de que las Entidades Prestadoras de Salud recobraran específicamente ante el FOSYGA por los servicios prestados cuyo costo no estuvieran legal ni reglamentariamente obligados a asumir.** El problema jurídico planteado en esa ocasión era si “(...) se pueden recetar o no medicamentos que no figuran en el listado oficial y, en el evento de hacerse, si las EPS pueden posteriormente repetir contra el Estado” (...)

Durante varios años las diferentes Salas de Revisión de la Corte Constitucional adoptaron una regla clara para aquellos casos en los cuales una EPS prestara un servicio médico (medicamento, examen diagnóstico o tratamiento) cuyos costos no le correspondiera asumir (por estar excluido del POS, o por incumplimiento de período mínimo de cotización), según la cual “(...) además de reconocer el derecho que le asiste a la entidad, la jurisprudencia ha exigido que el administrador del FOSYGA, a los 15 días de presentada la solicitud de pago por parte de la entidad respectiva, pague lo adeudado o indique cuándo lo hará; indicando que, en todo caso, el pago debe hacerse antes de transcurridos 6 meses, contados a partir del momento en que se presente la solicitud”<sup>16</sup>. Estos plazos fueron usados de manera casi generalizada por las diferentes salas<sup>17</sup>.

<sup>13</sup> Corte Constitucional, sentencia C-260 de 2008 (MP Manuel José Cepeda Espinosa).

<sup>14</sup> Corte Constitucional, sentencia C-260 de 2006 (MP Manuel José Cepeda Espinosa).

<sup>15</sup> Sentencia SU-480 de 1997 (MP Alejandro Martínez Caballero), en la cual la Corte estudia el caso de un grupo de enfermos de SIDA a quienes no se les prestaban los tratamientos ordenados por los médicos tratantes por estar excluidos del POS.

<sup>16</sup> Sentencia T-872 de 2005 (MP Manuel José Cepeda). Otras sentencias en las cuales se reitera esta regla: T-945 de 2004 (MP Rodrigo Escobar Gil), T-086 de 2005 (MP Humberto Antonio Sierra Porto), T-1210 de 2003 y T-882 de 2004 (MP Manuel José Cepeda Espinosa).

<sup>17</sup> Sala Primera de Revisión: T- 1149 de 2005 (MP Jaime Araujo Rentería); La Sala Segunda de Revisión ordena simplemente el pago en los seis meses siguientes a la presentación de la solicitud por parte de la entidad T-395 de 2005 (MP Alfredo Beltrán Sierra), T-1027 de 2005 (MP Alfredo Beltrán Sierra); Sala Quinta de Revisión: T-687 de 2005 (MP Rodrigo Escobar Gil); Sala Séptima de Revisión

Actualmente, salvo la Sala Segunda de Revisión que fija plazos<sup>18</sup> y la Sala Sexta que no reconoce el derecho al recobro,<sup>19</sup> las diferentes Salas reconocen la facultad de las EPS de repetir contra el FOSYGA sin especificar plazos pero ordenando el cumplimiento de lo establecido en la regulación.<sup>20</sup>

**Inicialmente, cuando la jurisprudencia profirió las primeras órdenes de recobro al FOSYGA no existían términos para el recobro<sup>21</sup> y esto dificultaba a las EPS recuperar el costo de los servicios que prestaba a sus usuarios y que legalmente no le correspondía asumir. Actualmente existen términos claros dentro de los cuales el administrador del FOSYGA está obligado a efectuar el reembolso a las entidades. Sin embargo, como se verá más adelante, el retraso en el cumplimiento de los términos de recobro es justamente uno de los aspectos que ha afectado sistemáticamente desde hace varios años el flujo de recursos en el sistema en desmedro del acceso efectivo de los usuarios a los servicios de salud y del goce efectivo del derecho a la salud.”**

En consecuencia, ordenó en su parte resolutive la sentencia T-760 de 2008, entre otras:

**“Vigésimo cuarto.- Ordenar al Ministerio de la Protección Social y al administrador fiduciario del FOSYGA que adopten medidas para garantizar que el procedimiento de recobro por parte de las Entidades Promotoras de Salud ante el FOSYGA, así como ante las entidades territoriales respectivas, sea ágil y asegure el flujo oportuno y suficiente de recursos al sistema de salud para financiar los servicios de salud, tanto en el evento de que la solicitud se origine en una tutela como cuando se origine en una autorización del Comité Técnico Científico.**

---

T-085 de 2005 (MP Humberto Sierra Porto); Sala Novena de Decisión: T-913 de 2005 (MP Clara Inés Vargas Hernández).

<sup>18</sup> La Sala segunda de revisión mantiene el orden de recobro que incluye plazos, como ejemplo, entre otras: T-733 de 2007: “Sexto.- Reconocer que Cruz Blanca EPS tiene derecho a repetir contra el Estado, a través del FOSYGA, para recuperar todos los gastos en los que incurra y que legalmente no le corresponda asumir, de acuerdo con la parte motiva de esta providencia. El FOSYGA dispondrá de quince (15) días para reconocer lo debido o indicar la fecha máxima en la cual lo hará, fecha que no podrá exceder de seis (6) meses una vez presentada la solicitud para el pago por la EPS.”

<sup>19</sup> La Sala sexta en cambio no ordena nunca el recobro y en su lugar indica en la parte motiva de las decisiones: T-971 de 2007: “De otra parte, esta acción no da lugar a pronunciamiento alguno sobre la “autorización de recobro” al FOSYGA, situación que habrá de ser determinada de acuerdo a las disposiciones correspondientes y en un escenario diferente a esta acción de tutela.”

<sup>20</sup> Algunos ejemplos de ordenes recientes de las diferentes salas en este sentido: Sala Primera: T-998 de 2007: “TERCERO.- DECLARAR que Compensar E.P.S. podrá repetir contra el FOSYGA en el caso concreto, únicamente por las sumas de dinero que legal y reglamentariamente no sean de su cargo.”; Sala Tercera: T-946 de 2007: “Tercero. - SEÑALAR que a Salud Total EPS S.A. le asiste el derecho de repetir lo que pague en cumplimiento de este fallo y que exceda de las prestaciones y beneficios del plan obligatorio de salud del régimen contributivo, ante la Subcuenta respectiva del Fondo de Solidaridad y Garantía del Sistema General de Seguridad Social en Salud (FOSYGA).”; Sala Cuarta: T-690<sup>a</sup> de 2007: “Tercero. SEÑALAR que, para el cobro del valor del medicamento, se deben tener en cuenta las disposiciones legales establecidas para los casos en los que al FOSYGA le corresponde asumir un determinado valor de los medicamentos excluidos del Plan Obligatorio de Salud.”; Sala Quinta: T-879 de 2007: “Quinto. Saludcoop EPS deberá, en los términos de ley, continuar con la prestación de los servicios de salud que requiera Eduar Ancizar, obligación que comprende el suministro de todos los elementos extraordinarios que la condición del joven requiera, con recobro al FOSYGA cuando los mismos estén excluidos del POS.”; Sala Séptima: T-888 de 2007: “Tercero. SEÑALAR que la E.P.S. Servicio Occidental de Salud -S.O.S.- podrá repetir en el caso concreto, contra el Fondo de Solidaridad y Garantía - FOSYGA -, por las sumas de dinero que legal y reglamentariamente no sean de su cargo.”; Sala Octava: T-872 de 2007: “Segundo: ADVERTIR a la Caja de Compensación Familiar Cajacopi Atlántico -CAJACOPI ARS- que podrá repetir contra el Estado, específicamente contra el Fondo de Solidaridad y Garantía (FOSYGA), en todos los gastos en los que incurra en cumplimiento de lo ordenado en este fallo, en tanto se encuentre legalmente legitimada para ello.”; Sala Novena: T-965 de 2007: “SEXTO. DECLARAR que FAMISANAR EPS, puede reclamar ante el Fondo de Solidaridad y Garantía-FOSYGA-aquellos valores que no está obligada a soportar.”

<sup>21</sup> Resolución 2312 de 1998 del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud.

*Para dar cumplimiento a esta orden, se adoptarán por lo menos las medidas contenidas en los numerales vigésimo quinto a vigésimo séptimo de esta parte resolutive.*

**Vigésimo quinto.- Ordenar** al administrador fiduciario del Fosyga que, a partir de la notificación de la presente sentencia, cuando se trate de servicios de salud cuya práctica se autorizó en cumplimiento de una acción de tutela: (i) la entidad promotora de salud podrá iniciar el proceso de recobro una vez la orden se encuentre en firme, bien sea porque la sentencia de instancia no fue impugnada, bien sea porque se trata de la sentencia de segunda instancia, sin que el procedimiento de autorización del servicio de salud o de recobro pueda ser obstaculizado con base en el pretexto del eventual proceso de revisión que se puede surtir ante la Corte Constitucional; (ii) no se podrá establecer como condición para reconocer el derecho al recobro de los costos que la entidad no estaba legal ni reglamentariamente obligada a asumir que en la parte resolutive del fallo de tutela se autorice el recobro ante el Fosyga, o la correspondiente entidad territorial. Bastará con que en efecto se constate que la EPS no se encuentra legal ni reglamentariamente obligada a asumirlo de acuerdo con el ámbito del correspondiente plan de beneficios financiado por la UPC. Y (iii) en el reembolso se tendrá en cuenta la diferencia entre medicamentos de denominación genérica y medicamentos de denominación de marca, sin que pueda negarse el reembolso con base en la glosa 'Principio activo en POS' cuando el medicamento de marca sea formulado bajo las condiciones señaladas en el apartado (6.2.1.) de esta providencia.

**Vigésimo sexto.- Ordenar** al Ministerio de la Protección Social y al Administrador fiduciario del Fosyga que, si aún no lo han hecho, diseñen un plan de contingencia para (1) adelantar el trámite de las solicitudes de recobro que están atrasadas y (2) agilizar los pagos de las solicitudes de recobro en las que se verificó el cumplimiento de los requisitos de las resoluciones vigentes, pero que aún no han sido pagadas, de acuerdo con lo señalado en esta providencia. Este plan deberá contener al menos: (i) metas específicas para el cumplimiento de la presente orden, (ii) un cronograma para el cumplimiento de las metas y (iii) las acciones que se llevarán a cabo para el cumplimiento de las metas, especificando en cada caso el funcionario responsable de su cumplimiento.

*El Plan deberá ser presentado, antes del 15 de noviembre de 2008 ante el Comité de Verificación creado por el Consejo de Estado y ante la Corte Constitucional y deberá ser ejecutado en su totalidad antes de marzo 15 de 2009. En caso de que en esta fecha (15 de marzo de 2009) no se haya efectuado el reembolso de al menos el 50% de las solicitudes de recobro que están atrasadas en el trámite a 31 de septiembre de 2008, independiente de las glosas que tengan, operará un mecanismo de compensación general para dicho 50%. El 50% restante deberá haber sido cancelado en su totalidad antes del primero (1º) de julio de 2009. En caso de que posteriormente se verifique que el Fosyga no estaba obligado a realizar determinados reembolsos, deberá adoptar las medidas para compensar esos recursos, con la correspondiente EPS.*

*El Ministerio de Protección Social y el administrador del Fosyga, presentarán un informe sobre la ejecución del Plan de Contingencia cada dos meses al Comité de Verificación.*

**Vigésimo séptimo.- Ordenar** al Ministerio de Protección Social que tome las medidas necesarias para que el sistema de verificación, control

*y pago de las solicitudes de recobro funcione de manera eficiente, y que el Fosyga desembolse prontamente los dineros concernientes a las solicitudes de recobro. El Ministerio de Protección Social podrá definir el tipo de medidas necesarias.*

*El Ministerio de Protección Social también podrá rediseñar el sistema de recobro de la manera que considere más adecuada, teniendo en cuenta: (i) la garantía del flujo oportuno y efectivo de recursos para financiar los servicios de salud, (ii) la definición de un trámite ágil y claro para auditar las solicitudes de recobro sin que el tiempo que dure el auditaje obstaculice el flujo de los recursos (iii) la transparencia en la asignación de los recursos del Fosyga y (iv) la asignación de los recursos para la atención eficiente de las necesidades y prioridades de la salud.”*

Como respuesta a la violación generalizada del derecho fundamental a la salud que tiene como principal causa las fallas de regulación del Sistema General de Seguridad Social en Salud, la Corte declaró el estado de cosas inconstitucional y el seguimiento a lo decidido, en la sentencia T-760 de 2008, por parte de una Sala Especial que fue creada en 2009, momento desde el cual han adoptado diversas decisiones<sup>22</sup>, con la finalidad de obtener el acatamiento a lo decidido.

La más reciente actuación es el auto de 26 de febrero de 2019, descrito en los antecedentes de este fallo, en donde la Sala de Seguimiento de la Corte Constitucional advirtió, en cuanto a los inconvenientes para la atención y pago de los recobros, esto es, la pretensión y problema jurídico que la accionante aquí plantea, lo siguiente:

*“(…) Tras el seguimiento efectuado por la Sala, los mandatos vigésimo quinto y vigésimo sexto fueron calificados con cumplimiento general y alto mediante los autos 186 de 2018 y 112 de 2016, respectivamente, al considerar que los problemas observados habían sido superados. Por el contrario, las últimas valoraciones de las órdenes 24<sup>23</sup> y 27<sup>24</sup> **permitieron evidenciar que aún continúan las fallas detectadas en la sentencia estructural.***

*En consecuencia, en la última evaluación emitida respecto de la orden vigésimo cuarta, la Sala requirió al Ministerio de Salud y Protección Social<sup>25</sup> para que, en relación con la sostenibilidad financiera del SGSSS, implementara “las medidas necesarias para salvaguardar los recursos asignados al sector salud y que tiendan eficazmente a proscribir los*

---

<sup>22</sup> Para consultar el proceso de seguimiento puede consultar el siguiente link:  
<http://seguimientot760.corteconstitucional.gov.co>

<sup>23</sup> **El auto 263 de 2012 declaró el incumplimiento parcial por parte de las autoridades obligadas:** “Segundo. DECLARAR el incumplimiento parcial de la orden vigésimo cuarta de la Sentencia T-760 de 2008, por parte del Ministerio de Salud y Protección Social, por los motivos expuestos en la parte motiva de este auto. ”

<sup>24</sup> **Auto 071 de 2016:** “Primero: Declarar en la segunda valoración realizada y después de siete (7) años de proferida la Sentencia T-760 de 2008, el nivel de CUMPLIMIENTO BAJO de la orden vigésima séptima, por los motivos expuestos en la parte considerativa de esta providencia. Segundo: Ordenar al Ministro de Salud y Protección Social que, en el término de tres (03) meses contados a partir de la comunicación de esta providencia, rediseñe de manera oportuna, profunda y efectiva el sistema de verificación, control y pago de las solicitudes de recobro, con obligatoria observancia de los lineamientos expuestos en el considerando 3.9. del Auto 263 de 2012 y en los apartados 4.2.3. a 4.2.5. de la presente providencia. ”

<sup>25</sup> **En adelante Ministerio de Salud, Minsalud, Ministerio, ente ministerial, cartera de salud o MSPS.**

actos de corrupción y las prácticas defraudatorias que aquejan el sistema”<sup>26</sup>.

(...)

Finalmente, con ocasión del mandato vigésimo séptimo, ordenó al Ministerio de Salud y Protección Social rediseñar el procedimiento de recobros<sup>27</sup>.

**Transcurridos 10 años de proferida la providencia estructural, la Sala Especial de Seguimiento emitió el auto 668 de 2018, mediante el cual convocó a audiencia pública en el marco del seguimiento de la Sentencia T-760, que tuvo lugar el 6 de diciembre 2018 y en el que evidenció, entre otras, que persiste la problemática.**

El desarrollo de la diligencia giró en torno a 3 ejes temáticos<sup>28</sup> y contó con la colaboración del Ministro de Salud y Protección Social, el superintendente nacional de salud, delegados del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, la Procuraduría General de la Nación, la Contraloría General de la República, la Defensoría del Pueblo, **la directora de la Adres<sup>29</sup>**, varios peritos constitucionales voluntarios, grupos de apoyo además de académicos y expertos internacionales, quienes participaron en el desarrollo de uno o varios de los ejes según su competencia o experticia dando respuesta a los interrogantes formulados previamente en el auto de convocatoria.

(...)

En consecuencia, atendiendo a que subsisten los problemas evidenciados en la sentencia T-760 de 2008, la Sala estima pertinente profundizar, principalmente en algunos componentes de la política pública, que permitan complementar la información referente a la desviación de recursos y a través de un diálogo constructivo además de participativo, escuchar propuestas y encontrar soluciones para superar estas prácticas que atentan contra el normal desarrollo del sector salud.

Lo anterior, toda vez que en el SGSSS se siguen presentando múltiples situaciones que derivan en la malversación, desviación y fuga de recursos de la salud, como: i) pagos dobles de UPC por un mismo afiliado; ii) pagos dobles de UPC por personas fallecidas; iii) afiliados a regímenes especiales y a la vez al SGSSS; iv) procedimientos quirúrgicos irreales; v) supuestos servicios médicos quirúrgicos brindados a pacientes que se presentan como víctimas de accidentes de tránsito, pero que no tiene esa calidad; vi) apropiación de dinero mediante la contratación sucesiva de prestación de servicios de salud; vii) contrataciones sin cumplir con el lleno de los requisitos; viii) aparente prestación de servicios de salud que nunca se prestan; ix) personas afiliadas al régimen subsidiado que cuentan con capacidad económica para contribuir al sistema de salud; x) uso de los dineros de la UPC para pagos de administración u otros no relacionados con la prestación del servicio de salud por parte de las EPS; xi) incrementos del patrimonio de las EPS e incluso el de otras entidades del mismo grupo empresarial y el de terceras personas con cargo a los recursos

<sup>26</sup> Orden cuarta de la parte resolutive del auto 263 de 2012.

<sup>27</sup> **Auto 071 de 2016:** Segundo: Ordenar al Ministro de Salud y Protección Social que, en el término de tres (03) meses contados a partir de la comunicación de esta providencia, rediseñe de manera oportuna, profunda y efectiva el sistema de verificación, control y pago de las solicitudes de recobro, con obligatoria observancia de los lineamientos expuestos en el considerando 3.9. del Auto 263 de 2012 y en los apartados 4.2.3. a 4.2.5. de la presente providencia.

<sup>28</sup> i) acceso a los servicios de salud, ii) sostenibilidad financiera y flujo adecuado de recursos al interior del sistema y, iii) universalización de la cobertura en salud.

<sup>29</sup> Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud.

*del sistema de salud, mediante las inversiones, el aumento de reservas patrimoniales voluntarias y los giros o préstamos a terceros, entre otras operaciones, con cargo a la UPC.*

*Por ese motivo, la Sala convocará al Ministerio de Salud, a la Contraloría, a la Fiscalía, a la Superintendencia de Salud, a la Procuraduría y a la Adres para que entreguen a partir de algunos interrogantes que elevará la Sala, los aportes y propuestas que consideren pertinentes para lograr conjurar las fallas relacionadas con la fuga de recursos públicos pertenecientes al sector salud.*

*(...)*

**Primero.** CONVOCAR a sesión técnica en el marco del seguimiento de la orden vigésimo cuarta el día 24 de abril de 2019 a las 8:30 a.m., en el Palacio de Justicia de Bogotá ubicado en la calle 12 # 7-65, en el salón de audiencias número 1 de la Corte Constitucional.

**Segundo.** CITAR al Ministerio de Salud y Protección Social, la Contraloría General de la República, la Fiscalía General de la Nación, la Adres, la Superintendencia Nacional de Salud y la Procuraduría General de la Nación, quienes tendrán que responder los cuestionamientos planteados en el numeral tercero de la parte considerativa de esta providencia de conformidad con lo dispuesto en el numeral quinto del mismo acápite.

**Tercero.** CITAR a Gestarsalud, Acemi, Acesi y la ACHC a la sesión técnica, quienes tendrán que responder los interrogantes formulados en el numeral sexto de la parte considerativa de esta providencia de conformidad con lo dispuesto en el numeral quinto del mismo acápite.

**Cuarto.** SOLICITAR a los participantes citados a la sesión técnica que remitan a la Sala Especial de Seguimiento de la Sentencia T-760 de 2008 las respuestas a las preguntas elevadas, sus aportes y los estudios que consideren pertinentes, a más tardar dentro de los 10 días siguientes a la notificación del presente proveído, los cuales se dejarán en la Secretaría General de la Corte Constitucional a disposición de los interesados, durante los 3 días siguientes al vencimiento del plazo.

**Quinto.** SOLICITAR a Ministerio de Salud y Protección Social, la Contraloría General de la República, la Fiscalía General de la Nación, la Adres, la Superintendencia Nacional de Salud y la Procuraduría General de la Nación que dentro de los 10 días siguientes a la sesión técnica alleguen el documento descrito en el numeral cuarto de esta providencia.”

En este orden de ideas, si bien en el presente medio de control se pretende el cumplimiento del deber legal establecido en los artículos: **i)** 59 de la Resolución 3951 de 2016 y **ii)** 62 de la Resolución 1885 de 2018, con la finalidad de que se resuelvan las reclamaciones de preauditoría, auditoría y pago de las solicitudes de recobro que realizan las IPS, EPS y EOC, con cargo a la subcuenta ECAT del FOSYGA, como lo alegan las impugnantes, tales por pretensiones son objeto de estudio y seguimiento por parte de la Sala Especial de la Corte Constitucional desde el año 2009 hasta la fecha.

En efecto, de acuerdo con lo expuesto en el auto de 26 de febrero de 2019, el argumento de las impugnantes atinente a que tales actos son posteriores a la sentencia T-760 de 2008 y que por tanto el medio de control de

cumplimiento es procedente, no es suficiente para no considerar eficaz el incidente de desacato como mecanismo idóneo de defensa de sus intereses, toda vez que el problema de la mora en los procesos de recobros persiste en vigencia de los actos administrativos que se demandan por medio de este medio de control.

Como se observa de las diversas actuaciones de la Sala Especial de Seguimiento, el problema a la solución de las reclamaciones por recobro, así como su pago, es un problema que en la actualidad persiste y es objeto de estudio por esa Corporación.

De acuerdo con lo anterior, el proceso de seguimiento a la sentencia T-760 de 2008 y su eventual participación por parte de la accionante y de los diversos actores del sistema de salud (EPS del Régimen contributivo y subsidiado, etc), vía incidente de desacato, es el mecanismo idóneo para lograr obtener la satisfacción de las pretensiones del presente medio de control. Una conclusión en contrario, implicaría que el juez de cumplimiento interfiriera en el proceso de seguimiento que la Corte Constitucional ha adelantado desde el año 2009 y la propia sentencia T-760 de 2008 que, ante la complejidad del asunto y la advertencia de vulneración de derechos fundamentales que al presente caso incumbe, corresponde a la Corte Constitucional definir la solución al estado de cosas inconstitucional que decretó y no a este medio por ser improcedente.

Así las cosas, no puede ser otra la conclusión en el entendido de que incidente de desacato y el procedimiento de seguimiento a lo ordenado en la sentencia T-760 de 2008, es el medio de defensa idóneo para lograr superar el estado de cosas inconstitucional decretado por la Corte Constitucional y que atañe a las pretensiones de la demanda que ahora ocupa la atención de la Sala.

Así las cosas, los argumentos expuestos en los escritos de impugnación no son suficientes para lograr desvirtuar la conclusión a la que arribó el Tribunal en primera instancia.

## **2.6. Conclusión**

En ese orden de ideas, corresponde a la Sala confirmar la decisión del 8 de mayo de 2019, dictada por la Subsección “B” de la Sección Primera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, toda vez que la presente acción deviene en improcedente por subsidiariedad, en atención a que el medio de defensa judicial idóneo para resolver las pretensiones de la parte accionante fue definido por parte de la Corte Constitucional en la sentencia T-760 de 2008, esto es vía incidente de desacato y por medio de la Sala de Especial de Seguimiento creada en 2009, de acuerdo a lo expuesto.

No obstante, ante la complejidad del asunto y la advertencia de vulneración de derechos fundamentales que al presente caso incumbe, esta Sección ordenará remitir copia de la presente decisión y trámite constitucional a la

Sala Especial de Seguimiento de la Corte Constitucional de la sentencia T-760 de 2008, con el fin de que tenga en cuenta los argumentos y fundamentos de inconformidad que aquí la accionante formuló y pueda tenerlos como elementos que le permitan definir la solución al estado de cosas inconstitucional que decretó.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

## **F A L L A**

**PRIMERO. CONFIRMAR** la sentencia proferida el 8 de mayo de 2019, de la Subsección “B” de la Sección Primera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, de conformidad con lo precisado en la parte motiva de esta providencia.

**SEGUNDO. ORDENAR** a la Secretaría General de esta Corporación **REMITIR** copia de la presente decisión y trámite constitucional a la Sala Especial de Seguimiento de la Corte Constitucional de la sentencia T-760 de 2008, con el fin de que tenga en cuenta los argumentos y fundamentos de inconformidad que aquí la accionante formuló y pueda tenerlos como elementos que le permitan definir la solución al estado de cosas inconstitucional que decretó.

**TERCERO.** Notifíquese a las partes en la forma prevista en el artículo veintidós (22) de la Ley 393 de 1997.

**CUARTO.** En firme esta providencia, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

**CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO**  
Presidente

**ROCÍO ARAÚJO OÑATE**  
Magistrada

**LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ**  
Magistrada

**NUBIA MARGOTH PEÑA GARZÓN**  
**Magistrada (E)**