

ACCIÓN DE CUMPLIMIENTO / DEBER DE ATENDER RECLAMACIÓN DE INDEMNIZACIÓN DERIVADA DE RIESGOS CATASTRÓFICOS Y ACCIDENTES DE TRÁNSITO GENERADOS POR VEHÍCULOS SIN PÓLIZA SOAT- Recae de forma concurrente en la ADRES y la firma auditora contratada / AUDITORÍA INTEGRAL A RECLAMACIÓN - Objeto de cesión contractual / INCUMPLIMIENTO DEL TÉRMINO PARA RESOLVER RECLAMACIÓN DE INDEMNIZACIÓN POR MUERTE Y GASTOS FUNERARIOS - Inhabilidad de contratista no es excusa

Si bien existe obligación legal para ADRES de recibir, tramitar y decidir las reclamaciones derivadas de “[...] eventos catastróficos de origen natural o de accidente de tránsito en que participen vehículos no identificados o no asegurados con póliza SOAT [...]”, lo cierto es que por mandato legal debe contratar una firma auditora para llevar a cabo dichas actuaciones. Esto no equivale a decir que ADRES no tenga la obligación de tramitar y resolver las reclamaciones sino que será compartida con la firma auditora que sea contratada para tales efectos, por cuanto esta facultad no la exime del cumplimiento del mandato normativo. Concluye la Sala que (...) la obligación legal de resolver la auditoría de las reclamaciones no es exigible a Auditores de Salud, lo cual no significa, desde luego, que no continúe en cabeza de ADRES en virtud del mandato legal. (...) Es necesario resaltar que no resulta ajena para la Sala la situación originada con motivo de la inhabilidad sobreviniente surgida respecto de la Unión Temporal, sin embargo debe precisarse que la auditoría de la reclamación hecha por el actor no fue atendida en el término previsto de dos meses, lo que no puede ser una carga que el administrado deba soportar y que sirva de excusa para concluir que no existe incumplimiento de las disposiciones invocadas en la demanda. En virtud de la problemática expuesta en la comunicación publicada en la página web oficial de ADRES y en atención a que se encuentra estudiando los requisitos para la posible cesión del contrato de consultoría 080 de 2018, la Sala confirmará parcialmente la decisión dictada por el Tribunal Administrativo (...) en el sentido de que la obligación está a cargo de ADRES y ante la inhabilidad que tiene la firma auditora, la orden impartida en la sentencia impugnada deberá cumplirse en la forma prevista en la parte resolutive de esta providencia.

FUENTE FORMAL: LEY 100 DE 1993 - ARTÍCULO 167 / LEY 1753 DE 2015 - ARTÍCULO 66 / LEY 1753 DE 2015 - ARTÍCULO 73 / DECRETO 0780 DE 2016 - ARTÍCULO 2.6.4.3.12 / DECRETO 2265 DE 2017 - ARTÍCULO 2.6.4.3.5.2.1 / RESOLUCIÓN 1645 DE 2016 EXPEDIDA POR EL MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL - ARTÍCULO 1 / LEY 393 DE 1997 - ARTÍCULO 21 / LEY 393 DE 1997 - ARTÍCULO 30 / LEY 1437 DE 2011 - ARTÍCULO 306

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN QUINTA

Consejero ponente: CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO

Bogotá D.C., doce (12) de marzo de dos mil veinte (2020)

Radicación número: 66001-23-33-000-2019-00770-01(ACU)

Actor: JOSE MANUEL MUÑOZ DIAZ

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

Procede la Sala a resolver las impugnaciones interpuestas por el apoderado del actor y el representante legal de la Unión Temporal Auditores de Salud contra la sentencia de enero 24 del año en curso, mediante la cual el Tribunal Administrativo de Risaralda accedió a las pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES

1. La solicitud

Por intermedio de apoderado judicial y en ejercicio de la acción desarrollada por la Ley 393 de 1997, el señor José Manuel Muñoz Díaz presentó demanda contra la Administradora de los Recursos del Sistema de Seguridad Social en Salud (ADRES) y la Unión Temporal Auditores de Salud en la cual formuló las siguientes pretensiones:

“PRIMERA: [...] que se declare que la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud (ADRES) y a (sic) la Unión Temporal Auditores de Salud están incumpliendo la obligación de aplicar el artículo 17 de la resolución 1645 de 2016 y el inciso primero del artículo 2.6.1.4.3.12 del decreto Reglamentario 0780 de 2016 expedidos por el Ministerio de Salud y Protección Social, en consecuencia, que se le ordene a las autoridades renuentes que cumplan el mandato en un término perentorio no superior a 5 días siguientes a la ejecutoria del fallo, de conformidad con el Criterio del Consejo de Estado en proceso de radicado No. 66001-23-33-000-2015-00438-01 y el más reciente 66001-23-33-000-2018-00355-01.

SEGUNDA: Que se le ordene a la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud (ADRES) el cumplimiento del deber legal, a fin de concluir de forma inmediata la auditoría integral de la reclamación 51018282, y se surta su respectiva notificación”.

2. Hechos

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

El actor aseguró que el 4 de junio de 2017, el señor Erick José Muñoz Rodríguez se desplazaba en una motocicleta y sufrió un accidente de tránsito que le ocasionó graves heridas y la muerte.

Manifestó que por conducto de apoderado, el 29 de marzo de 2019 radicó ante la firma auditora la solicitud de indemnización por la muerte y gastos funerarios con los soportes fijados por la normatividad vigente, a la cual fue asignada el número 51016906.

Sostuvo que el 11 de junio de 2019 pidió a la Administradora de los Recursos del Sistema de Seguridad Social en Salud y a la Unión Temporal Auditores de Salud el cumplimiento de los artículos 2.6.1.4.3.12 del Decreto 780 de 2016 y 17 de la Resolución 1645, expedida por el Ministerio de Salud, para la terminación de la auditoría integral de la reclamación.

3. Razones del posible incumplimiento

Según el actor, los artículos 2.6.1.4.3.12 del Decreto 0780 de 2016 y 17 de la Resolución 1645 de 2016 están siendo incumplidos por la parte demandada, ya que la auditoría integral de la reclamación que presentó ante la firma auditora no ha concluido mediante decisión que le haya sido notificada, a pesar de que transcurrió el término de los dos meses establecido para que sea informado del estado de la solicitud.

4. Trámite de la solicitud en primera instancia

Mediante auto de diciembre 12 de 2019, el magistrado sustanciador del Tribunal Administrativo de Risaralda admitió la demanda y ordenó notificar al director general de la Administradora de los Recursos del Sistema de Seguridad Social en Salud, al representante legal de la Unión Temporal Auditores de Salud y al agente del Ministerio Público (f. 25).

5. Contestación de la demanda

5.1. Administradora de los Recursos del Sistema de Seguridad Social en Salud

El jefe de la oficina de asesora jurídica solicitó negar las pretensiones ante la ocurrencia del fenómeno jurídico de mora administrativa justificada en el trámite de las reclamaciones.

Expuso 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, encargada de administrar los recursos que hacen parte del FOSYGA y del Fondo de Salvamento y Garantías para el Sector Salud (FONSAET).

Describió las distintas 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.

Explicó que el contrato 043 de 2013 suscrito con la Unión Temporal Fosyga 2014 cubrió la comisión fija hasta febrero de 2018 y que el contrato 080 de 2018 con Auditores de Salud ya agotó el periodo de transición de tres meses siguientes a la suscripción del acta de inicio.

Subrayó que la Administradora de los Recursos del Sistema de Seguridad Social en Salud se encuentra afrontando la contingencia que presupone la inexistencia de recursos para cubrir la cuota fija de la Unión Temporal FOSYGA 2014 posterior al mes de febrero 2018, la existencia del periodo de transición con el que contaba el nuevo contratista y el gran volumen de reclamaciones que siguen presentando con cargo a la extinta subcuenta ECAT, por lo cual está frente a la mora administrativa justificada.

Expresó que a pesar de lo anterior, junto con el organismo auditor está elaborando y materializando un cronograma que permita evacuar los atrasos derivados de la terminación del contrato de auditoría anterior, lo que no afecta la revisión de los requisitos para acceder a los beneficios reconocidos por el Estado a las víctimas de accidentes de tránsito.

Advirtió que el trámite de estas acciones vulnera el derecho a la igualdad de los demás reclamantes que radicaron sus solicitudes y no acudieron a los servicios de los abogados que las interpusieron para evitar someterse al cronograma establecido por ADRES.

5.2. Auditores de Salud

El representante legal advirtió que el actor cuenta con un mecanismo diferente a la acción, como es el incidente de desacato dentro de la sentencia T-760 de 2008 para la superación del estado de cosas inconstitucional declarado por la Corte Constitucional en dicha providencia ante la violación generalizada del derecho a la salud.

Afirmó que la acción no tiene como finalidad el pago de indemnizaciones y sostuvo que la pretensión busca saltarse el procedimiento y los requisitos establecidos para que sea pagada, lo que resulta irrazonable ya que previamente debe auditarse.

6. Sentencia de primera instancia

El Tribunal Administrativo de Risaralda advirtió que la Administradora de los Recursos del Sistema de Seguridad Social en Salud y Auditores de Salud no han dado respuesta a la reclamación presentada por el actor, lo cual demuestra el incumplimiento del artículo 2.6.1.4.3.12 del Decreto 0780 de 2016 y del artículo 17 de la Resolución 1645 de 2016.

Lo anterior, después de precisar los alcances del artículo 2º del Decreto 1283 de 1996 referente la estructura del FOSYGA y de los artículos 1º y 2º del Decreto 056 de 2015, que reglamentan el seguro de riesgos catastróficos y accidentes de tránsito (ECAT), además de indicar los mecanismos indemnizatorios existentes en virtud del SOAT cuando vehículos involucrados en accidentes de tránsito no cuentan con esta póliza.

En lo que corresponde a Auditores de Salud, señaló que ya feneció el término de transición de tres meses fijado en el numeral 31 del capítulo de obligaciones específicas, según la cláusula tercera relativa a los derechos y obligaciones del contratista del contrato de consultoría 080 de 2018 suscrito con ADRES.

Agregó que por esta razón está obligada a darles continuidad a las auditorías que deban realizarse con ocasión de las reclamaciones realizadas a ADRES con anterioridad a la suscripción del contrato, o incluso dentro del término de transición, de acuerdo con los numerales 31 y 53 de las obligaciones específicas del contratista.

Explicó que según el artículo 90 de la Ley 1474 de 2011, modificado por el artículo 43 de la Ley 1955 de 2019, la Unión Temporal queda inhabilitada para actuar como proponente en los próximos contratos que pretenda ejecutar con el Estado, lo cual no impide seguir con la ejecución del acuerdo de voluntades celebrado con ADRES, hasta la fecha de su terminación, pues no está demostrada la orden de no seguir ejecutándolo.

En consecuencia, resolvió lo siguiente:

“1. ACCEDER A LAS PRETENSIONES de la demanda instaurada por el señor José Manuel Muñoz Díaz en contra de la Administradora de los Recursos del Sistema de Seguridad Social –Adres– y la Unión Temporal de Auditores de Salud, disponiendo el cumplimiento del artículo 2.6.1.4.3.12 del Decreto 780 de 2016, así como del artículo 17 y literal C del artículo 22 de la Resolución 1645 de 2016 [...].

2. ORDENAR tanto a la Administradora de los Recursos del Sistema de Seguridad Social – Adres, como a la Unión Temporal Auditores de Salud que, de manera conjunta en el término de treinta (30) días contados a partir de la notificación de esta sentencia, realicen el estudio de la auditoría integral de la reclamación presentada por la parte accionante y le notifiquen la decisión [...]”. (Mayúsculas del texto original).

3. Sin costas por lo expuesto en la parte considerativa de esta providencia.

[...]”.

7. Las impugnaciones

7.1. Parte actora

El apoderado del actor señaló que el Tribunal Administrativo de Risaralda omitió sustentar el motivo por el cual el plazo de 10 días hábiles para el cumplimiento, previsto en el artículo 24 de la Ley 393 de 1997, fue prorrogado excesivamente a 30 días.

Explicó que seguir otorgando esos 30 días hábiles implicaría prácticamente volver a contabilizar el término inicial que otorga la norma a partir de la radicación de la reclamación, a pesar de que las entidades demandadas tienen todas las

herramientas jurídicas, financieras y materiales para realizar la auditoría, ya que parte del presupuesto de ADRES para la vigencia de 2019 fue dispuesto para la contratación de auditores.

7.2. Auditores de Salud

El representante legal reiteró que la acción no es el mecanismo idóneo para solicitar el trámite de las auditorías dada la existencia de un pronunciamiento judicial frente al tema esbozado en la sentencia T-760 de 2008 dictada por la Corte Constitucional, añadió que la Sección Quinta en sentencia adoptada en el proceso 25000-23-41-000-2019-00589-01 señaló el incidente de desacato como mecanismo idóneo para el cumplimiento de las pretensiones de la parte actora y destacó que la acción tampoco es procedente cuando el accionante busca la eficacia de normas y actos que establezcan gastos.

II. CONSIDERACIONES

1. Competencia

La Sección Quinta es competente para decidir las impugnaciones contra la sentencia dictada por el Tribunal Administrativo de Risaralda, según lo dispuesto en los artículos 150 y 152 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA) y en el artículo trece del Acuerdo 080 de 2019 expedido por la Sala Plena del Consejo de Estado¹.

2. Problema jurídico

Corresponde a la Sala resolver si confirma, revoca o modifica la decisión adoptada por la citada corporación judicial en la sentencia de enero 24 del año en curso, que accedió a las pretensiones de la demanda.

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.

¹ 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.

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.

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 [...]”*. (Negritas 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”*².

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”*³.

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 la constitución en renuencia de la parte demandada.

Como quedó 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.

² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, providencia de octubre veinte (20) de 2011, expediente No. 2011-01063, M.P. Mauricio Torres Cuervo.

³ 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.

El apoderado del actor acompañó copia del escrito dirigido a la entidad demandada y a la Unión Temporal, el 11 de junio de 2019, en los que pidió el cumplimiento de los deberes establecidos en los actos y normas invocados posteriormente en la demanda para la terminación de la auditoría integral de la reclamación (ff. 16 a 21).

No consta en el expediente que la Administradora de los Recursos del Sistema de Seguridad Social en Salud y Auditores de Salud hayan dado respuesta a la solicitud, por lo cual el requisito de procedibilidad fue agotado por el accionante.

En cuanto a los restantes requisitos de procedencia de la acción, el demandante no tiene a su alcance otro mecanismo ordinario de defensa judicial para exigir a las entidades demandadas la realización de la auditoría integral de la reclamación.

Aunque Auditores de Salud aludió a la existencia de otro mecanismo de defensa judicial como el incidente de desacato producto del seguimiento que la Corte Constitucional realiza a la sentencia T-760 de 2008, en la que declaró el estado de cosas inconstitucional en el sector salud, advertido por esta corporación en sentencias de 18 de julio y 14 de noviembre de 2019 y 23 de enero de 2020, lo cierto es que dicha improcedencia está referida a los recobros por servicios de salud y no a las indemnizaciones por la muerte y gastos funerarios producto de accidentes de tránsito, lo que hace que no puedan predicarse los mismos supuestos fácticos por los cuales la Corte declaró el estado de cosas inconstitucional para este asunto y que el mecanismo señalado por la firma auditora no sea predicable en este caso.

Además, el cumplimiento de las normas y actos no implica la ejecución de un gasto, dado que la auditoría, como etapa de verificación de los elementos que sustentan la solicitud, no conlleva directa ni automáticamente el pago de la indemnización y de los gastos funerarios.

La controversia no involucra derechos fundamentales del accionante.

5. El caso concreto

Como quedó expuesto, el actor pretende el cumplimiento del artículo 2.6.1.4.3.12 del Decreto 0780 de 2016 y del artículo diecisiete (17) de la Resolución 1645 de 2016 expedidos por el Ministerio de Salud y Protección Social.

Lo anterior, para que la Administradora de los Recursos del Sistema de Seguridad Social en Salud y la Unión Temporal Auditores de Salud concluyan la auditoría de la reclamación tramitada para la indemnización por la muerte y gastos funerarios del señor Erick José Muñoz Rodríguez a cargo de la denominada Subcuenta ECAT del antiguo FOSYGA, hoy ADRES.

La primera disposición señaló lo siguiente:

“Artículo 2.6.1.4.3.12. Término para resolver y pagar las reclamaciones. Las reclamaciones presentadas con cargo a la Subcuenta ECAT del Fosyga a que refiere el presente Capítulo, se auditarán integralmente dentro de los dos (2) meses siguientes al cierre de cada periodo de radicación, los cuales serán establecidos por el Ministerio de Salud y Protección Social.

Si hubo lugar a la imposición de glosas como consecuencia de la auditoría integral a la reclamación, el Ministerio de Salud y Protección Social comunicará la totalidad de ellas al reclamante, quien deberá subsanarlas u objetarlas, dentro de los dos (2) meses siguientes a la comunicación de su imposición. Si transcurrido dicho término no se recibe información por parte del reclamante, se entenderá que aceptó la glosa impuesta.

El Ministerio de Salud y Protección Social o quien este designe, pagará las reclamaciones que no hubiesen sido glosadas, dentro del mes siguiente a la fecha del cierre efectivo y certificación del proceso de auditoría integral, so pena del pago de intereses moratoria en los términos del artículo 1080 del Código de Comercio.

Las reclamaciones presentadas ante las entidades aseguradoras autorizadas para operar el SOAT se pagarán dentro del mes siguiente a la fecha en que el asegurado o beneficiario acredite, aun extrajudicialmente, su derecho ante el asegurador de acuerdo con el artículo 1077 del Código de Comercio. Vencido este plazo, el asegurador reconocerá y pagará al reclamante, además de la obligación a su cargo y sobre el importe de ella, un interés moratoria igual al certificado como bancario corriente por la Superintendencia Financiera aumentado en la mitad”.

El artículo diecisiete (17) de la Resolución 1645 de 2016 dispuso lo siguiente:

“ARTÍCULO 17. DESARROLLO DE LA ETAPA DE AUDITORÍA INTEGRAL. Durante esta etapa, que se desarrolla dentro de los dos (2) meses siguientes al cierre del periodo de radicación, el Fosyga o quien haga sus veces realiza la validación del cumplimiento de los aspectos mínimos de verificación consignados a continuación, mediante el análisis de la información suministrada por el reclamante en las etapas de pre radicación y radicación:

A. Aspectos mínimos de verificación para reclamaciones por servicios de salud [...]:”.

Observa a Sala que en aquellos casos en los cuales no se cuenta con el seguro obligatorio de accidentes de tránsito (SOAT), el parágrafo 2º del artículo 167 de la Ley 100 de 1993 previó lo siguiente:

“RIESGOS CATASTRÓFICOS Y ACCIDENTES DE TRÁNSITO. En los casos de urgencias generadas en accidentes de tránsito, en acciones terroristas ocasionadas por bombas o artefactos explosivos, en catástrofes naturales u otros eventos expresamente aprobados por el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, los afiliados al Sistema General de Seguridad Social en Salud tendrán derecho al cubrimiento de los servicios médico-quirúrgicos, indemnización por incapacidad permanente y por muerte, gastos funerarios y gastos de transporte al centro asistencial. El Fondo de Solidaridad y Garantía pagará directamente a la Institución

que haya prestado el servicio a las tarifas que establezca el Gobierno Nacional de acuerdo con los criterios del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud.

PARÁGRAFO 1o. En los casos de accidentes de tránsito, el cubrimiento de los servicios médico-quirúrgicos y demás prestaciones continuará a cargo de las aseguradoras autorizadas para administrar los recursos del Seguro Obligatorio de Accidentes de Tránsito con las modificaciones de esta Ley.

PARÁGRAFO 2o. Los demás riesgos aquí previstos **serán atendidos con cargo a la subcuenta del Fondo de Solidaridad y Garantía**, de acuerdo con la reglamentación que establezca el Gobierno Nacional". (Negritas fuera del texto).

Por consiguiente, cuando el vehículo involucrado en el accidente de tránsito no cuenta con SOAT los afectados acuden para el reconocimiento de indemnizaciones a la Subcuenta del antiguo Fondo de Solidaridad y Garantía, hoy ADRES.

Así, lo cierto es que la reclamación debe ser resuelta por la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud (ADRES) en virtud del anterior precepto y según los artículos 66 y 73 de la Ley 1753 de 2015, que señalan lo siguiente:

“DEL MANEJO UNIFICADO DE LOS RECURSOS DESTINADOS A LA FINANCIACIÓN DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD (SGSSS). Con el fin de garantizar el adecuado flujo y los respectivos controles de recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud, **créase una entidad** de naturaleza especial del nivel descentralizado del orden nacional asimilada a una empresa industrial y comercial del Estado **que se denominará Entidad Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud (SGSSS)**. La Entidad hará parte del SGSSS y estará adscrita al Ministerio de Salud y Protección Social (MSPS), con personería jurídica, autonomía administrativa y financiera y patrimonio independiente.

[...]

La Entidad tendrá como objeto administrar los recursos que hacen parte del Fondo de Solidaridad y Garantías (Fosyga), los del Fondo de Salvamento y Garantías para el Sector Salud (Fonsaet), los que financien el aseguramiento en salud, los copagos por concepto de prestaciones no incluidas en el plan de beneficios del Régimen Contributivo, los recursos que se recauden como consecuencia de las gestiones que realiza la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP); los cuales confluirán en la Entidad. En ningún caso la Entidad asumirá las funciones asignadas a las Entidades Promotoras de Salud”.

“ARTÍCULO 73. PROCESOS DE RECOBROS, RECLAMACIONES Y RECONOCIMIENTO Y GIRO DE RECURSOS DEL ASEGURAMIENTO EN SALUD. Los procesos de cobros, **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:

a) El término para efectuar reclamaciones o cobros 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 cobro, prescribirá el derecho a recibir el pago **y se extingue la obligación para el Fosyga.** (Negritas fuera del texto).

[...].”

A partir de tales normas, es claro para la Sala que la obligación de resolver las citadas reclamaciones está actualmente a cargo de ADRES.

Sin embargo, no puede desconocerse que sobre la resolución de las reclamaciones, el Decreto 2265 de 2017⁴, en su artículo 2.6.4.3.5.2.1., dispuso lo siguiente:

“Reclamaciones por eventos catastróficos de origen natural o de accidente de tránsito en que participen vehículos no identificados o no asegurados con póliza SOAT. Las condiciones de cobertura, el reconocimiento y pago de los servicios de salud, indemnizaciones y gastos derivados de accidentes de tránsito, eventos catastróficos de origen natural y eventos terroristas, se regirán por lo dispuesto en el Capítulo 4 del Título 1 de la Parte 6 del Libro 2 del presente decreto.

Para el efecto, las reclamaciones por dichos eventos deberán presentarse a la ADRES dentro de los tres (3) años siguientes a la fecha de la ocurrencia del hecho de conformidad con lo previsto en el artículo 73 de la Ley 1753 de 2015, o la norma que la modifique o sustituya.

Parágrafo. La **ADRES contratará una firma auditora para la verificación del cumplimiento de los requisitos y del procedimiento que se adopte para el efecto.** (Negritas fuera del texto).

Si bien existe obligación legal para ADRES de recibir, tramitar y decidir las reclamaciones derivadas de “[...] eventos catastróficos de origen natural o de accidente de tránsito en que participen vehículos no identificados o no asegurados con póliza SOAT [...]”, lo cierto es que por mandato legal debe contratar una firma auditora para llevar a cabo dichas actuaciones.

Esto no equivale a decir que ADRES no tenga la obligación de tramitar y resolver las reclamaciones sino que será compartida con la firma auditora que sea contratada para tales efectos, por cuanto esta facultad no la exime del cumplimiento del mandato normativo.

En anteriores oportunidades, la Sala se pronunció sobre el contrato celebrado por ADRES con este fin, pues es necesario tener en cuenta que las reclamaciones presentadas hasta el 17 de diciembre de 2017 estaban a cargo de la Unión

⁴ Por el cual se modifica el Decreto 780 de 2016, Único Reglamentario del Sector Salud y Protección Social adicionando el artículo 1.2.1.10 y el Título 4 a la Parte 6 del Libro 2 en relación con las condiciones generales de operación de la ADRES - Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones.

Temporal FOSYGA 2014 en virtud del contrato 043 de 2013 y las reclamaciones radicadas con posterioridad estaban a cargo de la Unión Temporal Auditores de Salud, según los términos del contrato de consultoría 080 de 2018.

Precisó que el deber de llevar a cabo la auditoría integral de las reclamaciones recaía en ADRES porque tiene la función legalmente asignada, pero también en Auditores de Salud puesto que del contrato 080 de 2018 devenía un imperativo legal⁵.

No obstante, como lo expuso en el memorial que siguió a la impugnación, la Unión Temporal se encuentra actualmente sin posibilidad de realizar el trámite de la auditoría debido a la inhabilidad impuesta por ADRES y a la declaratoria de incumplimiento del contrato, por lo cual desde el 27 de diciembre de 2019 no puede ejecutarlo.

Advierte la Sala que en la página web de la Administradora de los Recursos del Sistema de Seguridad Social en Salud fue publicada la siguiente información dirigida a la opinión pública⁶:

“[...] 5. De cara a la inhabilidad sobreviniente del contrato y a la imposibilidad jurídica de ejecución del mismo, la Unión Temporal Auditores de Salud solicitó la cesión del 100% del contrato. Actualmente la ADRES se encuentra analizando los documentos que fueron aportados por el nuevo contratista para validar la capacidad técnica, jurídica y financiera conforme a lo requerido en el pliego de condiciones. Además, el nuevo contratista debe presentar el modelo operativo de auditoría, infraestructura administrativa, tecnológica y de talento humano que se requiere para la ejecución del contrato. (...)”

Adicionalmente, fue aportada fotocopia del oficio radicado 0000037779 de enero 20 del año en curso en el cual el director administrativo y financiero de ADRES comunicó al representante legal el surgimiento de la inhabilidad sobreviniente y resaltó que *“[...] sin perjuicio del resultado de la solicitud de cesión contractual presentada el 10 de enero de 2020 mediante radicado 37029800, se informa que la Unión Temporal Auditores de Salud y sus correspondientes miembros no podrán continuar con la ejecución del Contrato de Consultoría No. 080 de 2018, dada la inhabilidad sobreviniente prevista en el artículo 9 de la Ley 80 de 1993”*. (f. 79).

Concluye la Sala que ante dicha circunstancia, la obligación legal de resolver la auditoría de las reclamaciones no es exigible a Auditores de Salud, lo cual no

⁵ Posición reiterada en los procesos 2019-00739-01, 2019-00728-01, 2019-00709-01, 2019-00732-01, 2019-00717-01, 2019-00687-01, 2019-00729-01, 2019-00686-00, 2019-00704-01, 2019-00727-01, 2019-00735-01, 2019-00726-01, 2019-00731-01, 2019-00708-01, 2019-00730-01, 2019-00738-01, 2019-00723-01, 2019-00719-01, 2019-00701-01, 2019-00690-01, 2019-00720-01, 2019-00734-01, 2019-00716-01, 2019-00697-01, entre otros.

⁶ Al respecto puede consultarse el siguiente link: <https://www.adres.gov.co/Inicio/Noticias/Post/6528/Comunicado-a-la-opini%C3%B3n-p%C3%BAblica-contrato-080-de-2018-y-la-inhabilidad-de-la-Uni%C3%B3n-Temporal-Auditores-de-Salud>

significa, desde luego, que no continúe en cabeza de ADRES en virtud del mandato legal.

En cuanto al recurso del actor, advierte la Sala que si bien es cierto que en algunos casos esta corporación había otorgado el término de 10 días para el cumplimiento de la orden, posteriormente flexibilizó dicho lapso a la mitad del término establecido en las normas para el cumplimiento, es decir 30 días, dado el cúmulo de reclamaciones represadas, pendientes de auditoría y que fueron objeto de la acción de cumplimiento, lo cual llevó a la fijación del nuevo plazo por considerarlo razonable para la evacuación de estos asuntos y esto no permite atender la solicitud hecha en la impugnación.

La Sala precisa que la reclamación fue radicada el 29 de marzo de 2019 sin que este hecho haya sido controvertido por la parte demandada, por lo cual el término de dos meses para llevar a cabo la auditoría venció el 29 de mayo del mismo año, dado que según el artículo 17 de la Resolución 1645 de 2016 dicha actuación se debe realizar “[...] dentro de los dos (2) meses siguientes al cierre del periodo de radicación [...]”, mientras el artículo 14 señaló que *“La fecha de cierre del periodo de radicación para el caso de reclamaciones de primera vez, presentadas por personas jurídicas, será el día quince (15) calendario de cada mes [...] En el caso de reclamaciones presentadas por personas naturales, la fecha de cierre será el último día calendario de cada mes”*, lo cual hace que el mandato sea plenamente exigible a ADRES.

Es necesario resaltar que no resulta ajena para la Sala la situación originada con motivo de la inhabilidad sobreviniente surgida respecto de la Unión Temporal, sin embargo debe precisarse que la auditoría de la reclamación hecha por el actor no fue atendida en el término previsto de dos meses, lo que no puede ser una carga que el administrado deba soportar y que sirva de excusa para concluir que no existe incumplimiento de las disposiciones invocadas en la demanda.

En virtud de la problemática expuesta en la comunicación publicada en la página web oficial de ADRES y en atención a que se encuentra estudiando los requisitos para la posible cesión del contrato de consultoría 080 de 2018, la Sala confirmará parcialmente la decisión dictada por el Tribunal Administrativo de Risaralda en el sentido de que la obligación está a cargo de ADRES y ante la inhabilidad que tiene la firma auditora, la orden impartida en la sentencia impugnada deberá cumplirse en la forma prevista en la parte resolutive de esta providencia.

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

FALLA

PRIMERO: Confirmar parcialmente la sentencia proferida el 24 de enero de 2020 por el Tribunal Administrativo de Risaralda en cuanto a la orden impartida a la Administradora de los Recursos del Sistema de Seguridad Social – ADRES, así: i)

para que culmine el proceso de cesión contractual, se otorgará hasta el término de treinta (30) días, contados a partir de la notificación de la presente sentencia, evento en el cual, de llegar a concretarse la cesión; **ii)** contará con el término de treinta (30) días siguientes para que concluya la auditoría solicitada por el actor. Solo en el caso de que no acuda a la cesión contractual, la auditoría integral deberá ser concluida por ADRES en el término de seis (6) meses contados a partir de la notificación de esta providencia.

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

TERCERO: En firme esta providencia, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

LUIS ALBERTO ÁLVAREZ PARRA

Presidente

ROCÍO ARAÚJO OÑATE

Magistrada

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ

Magistrada

CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO

Magistrado