

Bogotá D.C.,

Señores

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA – SECCION CUARTA- SUB SECCION “B”

M.P. MERY CECILIA MORENO AMAYA

E. S. D.

PROCESO: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
EXPEDIENTE: 25000233700020210044400
DEMANDANTE: COMPARTA EPS
DEMANDADO: ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL EN SEGURIDAD SOCIAL ADRES Y SUPERINTENDENCIA DE SALUD

ASUNTO: CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

CRISTIAN DAVID PAEZ PAEZ, mayor de edad, domiciliado en la ciudad de Bogotá, identificado con la cédula de ciudadanía N° 1.049.614.764 de Tunja – Boyacá, abogado en ejercicio con Tarjeta Profesional 243.503 del Consejo Superior de la Judicatura, conforme al poder especial otorgado por el Jefe de la Oficina Asesora Jurídica de la ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD -ADRES, mediante el presente escrito y encontrándome dentro del término del traslado presento escrito de CONTESTACIÓN DE DEMANDA, en los siguientes términos:

I. CONSIDERACIONES PREVIAS

1.1. DE LA ENTIDAD ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD - ADRES

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 66 de la Ley 1753 de 2016 y atendiendo lo establecido en el artículo 21 del Decreto 1429 de 2016 modificado por el artículo 1 del Decreto 546 de 2017, me permito informarle que a partir del día 01 de agosto de 2017, entró en operación la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud – ADRES como una entidad adscrita al Ministerio de Salud y Protección Social, con personería jurídica, autonomía administrativa y financiera y patrimonio independiente, encargada de administrar los recursos que hacían parte del entonces Fondo de Solidaridad y Garantía - 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 y 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).

En consecuencia, a partir de la entrada en operación de la ADRES y según lo dispuesto en el artículo 66 de la Ley 1753 de 2015, debe entenderse suprimido el Fondo de Solidaridad y Garantía – FOSYGA y con este, la Dirección de Administración de Fondos de la Protección Social -DAFPS del Ministerio de Salud y Protección Social tal como señala el artículo 5 del Decreto 1432 de 2016 modificado por el artículo 1 del Decreto 547 de 2017 y que cualquier referencia hecha a dicho Fondo, a las subcuentas que lo conforman o a la referida Dirección, se deben entender a nombre de la ADRES quien hará sus veces, tal como lo prevé el artículo 31 del Decreto 1429 de 2016.

Finalmente, es preciso indicar que la ADRES cuenta con la página web: <http://www.adres.gov.co/>, en la cual puede consultarse todo lo relacionado con su operación, su domicilio para todos los efectos legales es la Avenida Calle 26 N.º 69-76 piso 17, Edificio Elemento en Bogotá D.C. y su correo electrónico para notificaciones judiciales es: notificaciones.judiciales@adres.gov.co.

II. FRENTE A LAS PRETENSIONES

Mi representada se opone a cada una de las pretensiones incoadas en la demanda en contra de ADRES por cuanto carecen de fundamento constitucional y legal de acuerdo con los fundamentos fácticos y jurídicos que más adelante expresaré y que fueron discriminados de la siguiente manera:

A LA PRETENSIÓN PRIMERA: Me opongo a que se declare la nulidad de la Resolución 00870 de 9 de mayo de 2017 expedida por la Superintendencia de Salud.

Al respecto, se tiene que, en la Constitución Política de 1991, artículo 48, se dispuso que “(...) No se podrán destinar ni utilizar los recursos de las instituciones de la Seguridad Social para fines diferentes a ella.”

Según lo establecido en el artículo 182 de la Ley 100 de 1993 para la organización y garantía de la prestación de los servicios incluidos en el Plan de Salud Obligatorio para cada afiliado, el Sistema General de Seguridad Social en Salud reconoce a cada Entidad Promotora de Salud un valor per cápita que se denomina Unidad de Pago por Capitación – UPC, la cual se establece en función del perfil epidemiológico de la población relevante, de los riesgos cubiertos y de los costos de prestación de servicios en condiciones medias de calidad, tecnología y hotelería.

Dentro del esquema de aseguramiento para la financiación de los servicios de salud, las EPS como actoras directas del Sistema General de Seguridad Social, tienen el deber de garantizar la integralidad en la prestación de los servicios de salud de sus afiliados, teniendo la posibilidad de recuperar los costos en que incurren al prestar el servicio de salud no incluido en el Plan Obligatorio de Salud – POS, teniéndose que el reconocimiento de tales prestaciones con los recursos parafiscales de la salud está debidamente reglamentado y su pago solo puede efectuarse por una vez con cargo a la autoridad determinada por la Ley.

Tal y como lo ha sostenido la Honorable Corte Constitucional en reiterada jurisprudencia, y de acuerdo con lo establecido en el artículo 215 y sig. de la Ley 100 de 1993 y el artículo 43 de la Ley 715 de 2001, el reconocimiento de prestaciones de salud no incluidas en los planes de beneficios le corresponde a las Entidades Territoriales (Departamentos, Municipios y Distritos) asumir los costos de servicios de salud no incluidos en el Plan Obligatorio de Salud – POS: .

“T-760/2008

(...)

Se advierte que los reembolsos al Fosyga únicamente operan frente a los servicios médicos ordenados por jueces de tutela o autorizados por el CTC en el régimen contributivo. En estos mismos casos, cuando el usuario pertenece al régimen subsidiado, la Ley 715 de 2001 prevé que los entes territoriales asuman su costo por tratarse de servicios médicos no cubiertos con los subsidios a la demanda.”

Aunado a lo anterior, la Resolución 3099 de 2008 también contempla que el pago de servicios no incluidos en los planes de beneficios, ordenados por los Comités Técnicos Científicos de las EPS que manejan el Régimen Subsidiado deben ser presentados por las aseguradoras de salud con cargo al ente territorial correspondiente y no con cargo al FOSYGA, es decir que el reconocimiento de CTC en el régimen subsidiado no procede por disposición de la Ley.

Aun cuando existe un procedimiento definido para el trámite de los recobros con cargo a los recursos del FOSYGA, cuya finalidad no es otra que la de garantizar el adecuado flujo de los recursos del Sistema de Salud y de evitar la defraudación de estos por pagos doble o indebidos, el Decreto Ley 1281 de 2002, en su artículo 3º previó la necesidad de establecer una medida adicional que permitiera el reintegro de recursos que hubieran podido ser objeto de apropiación sin justa causa, así:

“ARTÍCULO 3o. REINTEGRO DE RECURSOS APROPIADOS O RECONOCIDOS SIN JUSTA CAUSA. Cuando el administrador fiduciario del Fosyga o cualquier entidad o autoridad pública, en el ejercicio de sus competencias o actividades como participante o actor en el flujo de caja, detecte que se presentó apropiación sin justa causa de recursos del sector salud, en los eventos que señale el reglamento, solicitará en forma inmediata las aclaraciones respectivas o su reintegro, el cual procederá a más tardar dentro de los veinte días hábiles siguientes a la comunicación del hecho. Cuando la situación no sea subsanada o aclarada en el plazo señalado se informará de manera inmediata y con las pruebas correspondientes a la Superintendencia Nacional de Salud quien ordenará el reintegro inmediato de los recursos y adelantará las acciones que considere pertinentes.

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

En el evento en que la apropiación o reconocimiento sin justa causa se haya producido a pesar de contarse con las herramientas, información o instrumentos para evitarlo, los recursos deberán reintegrarse junto con los respectivos intereses liquidados a la tasa de interés moratorio establecida para los impuestos administrados por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, DIAN. Cuando la apropiación se presente pese a la diligencia del respectivo actor o por circunstancias que escaparon a su control, los recursos deberán reintegrarse debidamente actualizados por el Índice de Precios al Consumidor, IPC.” (Subrayas fuera de texto)

Adicionalmente, en relación con la protección de los recursos del Sistema de Salud, el artículo 15 del referido Decreto Ley, establece:

ARTÍCULO 15. PROTECCIÓN DE LOS RECURSOS DEL FOSYGA. Sin perjuicio de las directrices que impartan el Ministerio de Salud y el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, corresponde al administrador fiduciario del Fosyga adoptar todos los mecanismos a su alcance y proponer al Ministerio de Salud y al Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud los que considere indispensables para proteger debidamente los recursos del Fosyga, con el fin de evitar fraudes y pagos indebidos.

En los trámites de cobro o reclamación ante el Fosyga no se aceptarán intermediarios, salvo los casos de poder debidamente otorgado y reconocido a profesionales del derecho.

Los giros o pagos siempre se efectuarán directamente al beneficiario debidamente identificado, localizado y, en lo posible, a través de cuentas a nombre de éstos en entidades vigiladas por el Superintendencia Bancaria.

En los trámites de cobro o reclamación ante el Fosyga sólo se aceptarán fotocopias como soporte, cuando no sea posible aportar el original y la simple fotocopia no genere duda sobre la veracidad de los hechos a ser demostrados con ella.

Las compañías de seguros que cuenten con el ramo de seguro obligatorio de accidentes de tránsito, SOAT, reportarán de manera permanente la información requerida por el administrador fiduciario del Fosyga en los términos y condiciones que establezca el Ministerio de Salud. Igualmente, cuando una reclamación deba ser asumida por la compañía aseguradora y por la subcuenta ECAT del Fosyga, el administrador fiduciario del Fosyga tramitará el pago que le corresponda al fondo una vez demostrado el reconocimiento de la parte correspondiente a la aseguradora.

De acuerdo con lo anterior, si se evidencio un pago indebido con recursos del Sistema debe requerir su restitución o las aclaraciones correspondientes, en los términos del artículo 3° del Decreto Ley 1281 de 2002. Sin embargo, atendiendo el deber de protección de los recursos puestos a su cargo, y en virtud de la potestad que le dio el artículo 15 de la misma Ley al administrador fiduciario de los recursos del FOSYGA, nada impedía que para la restitución de pagos ilegítimos se diera aplicación al artículo 1715 del C.C. el cual opera por simple disposición de la Ley, siempre y cuando el descuento afectara el origen del gasto.

En relación con la aplicación de la figura de la compensación por virtud del artículo 15 del Decreto Ley 1281 de 2002, vale la pena precisar que de conformidad con reglas generales sobre validez y aplicación de las leyes, consagradas en la ley 153 de 1887 y en el artículo 5 de la ley 57 de 1887 cuando en un mismo cuerpo normativo existen disposiciones que tiene una misma especialidad o generalidad, se debe preferir la disposición consignada en artículo posterior.

De acuerdo con lo hasta aquí expuesto, teniéndose que fue **COMPARTA E.P.S** quien en oposición a la Ley vigente presentó y accedió a pagos de recobros de manera indebida, mal puede alegar ahora un presunto daño antijurídico, por su propio actuar.

A LA PRETENSIÓN SEGUNDA: Me opongo a que se declare la nulidad de la Resolución 010061 de 27 de noviembre de 2019 expedida por la Superintendencia de Salud.

Al respecto, se reitera que, en la Constitución Política de 1991, artículo 48, se dispuso que “(...) No se podrán destinar ni utilizar los recursos de las instituciones de la Seguridad Social para fines diferentes a ella.”

Según lo establecido en el artículo 182 de la Ley 100 de 1993 para la organización y garantía de la prestación de los servicios incluidos en el Plan de Salud Obligatorio para cada afiliado, el Sistema General de Seguridad Social en Salud reconoce a cada Entidad Promotora de Salud un valor per cápita que se denomina Unidad de Pago por Capitación – UPC, la cual se establece en función del perfil epidemiológico de la población relevante, de los riesgos cubiertos y de los costos de prestación de servicios en condiciones medias de calidad, tecnología y hotelería.

Dentro del esquema de aseguramiento para la financiación de los servicios de salud, las EPS como actoras directas del Sistema General de Seguridad Social, tienen el deber de garantizar la integralidad en la prestación de los servicios de salud de sus afiliados, teniendo la posibilidad de recuperar los costos en que incurren al prestar el servicio de salud no incluido en el Plan Obligatorio de Salud – POS, teniéndose que el reconocimiento de tales prestaciones con los recursos parafiscales de la salud está debidamente reglamentado y su pago solo puede efectuarse por una vez con cargo a la autoridad determinada por la Ley.

Tal y como lo ha sostenido la Honorable Corte Constitucional en reiterada jurisprudencia, y de acuerdo con lo establecido en el artículo 215 y sig. de la Ley 100 de 1993 y el artículo 43 de la Ley 715 de 2001, el reconocimiento de prestaciones de salud no incluidas en los planes de beneficios le corresponde a las Entidades Territoriales (Departamentos, Municipios y Distritos) asumir los costos de servicios de salud no incluidos en el Plan Obligatorio de Salud – POS: .

“T-760/2008

(...)

Se advierte que los reembolsos al Fosyga únicamente operan frente a los servicios médicos ordenados por jueces de tutela o autorizados por el CTC en el régimen contributivo. En estos mismos casos, cuando el usuario pertenece al régimen subsidiado, la Ley 715 de 2001 prevé que los entes territoriales asuman su costo por tratarse de servicios médicos no cubiertos con los subsidios a la demanda.”

Aunado a lo anterior, la Resolución 3099 de 2008 también contempla que el pago de servicios no incluidos en los planes de beneficios, ordenados por los Comités Técnicos Científicos de las EPS que manejan el Régimen Subsidiado deben ser presentados por las aseguradoras de salud con cargo al ente territorial correspondiente y no con cargo al FOSYGA, es decir que el reconocimiento de CTC en el régimen subsidiado no procede por disposición de la Ley.

Aun cuando existe un procedimiento definido para el trámite de los recobros con cargo a los recursos del FOSYGA, cuya finalidad no es otra que la de garantizar el adecuado flujo de los recursos del Sistema de Salud y de evitar la defraudación de estos por pagos doble o indebidos, el Decreto Ley

1281 de 2002, en su artículo 3º previó la necesidad de establecer una medida adicional que permitiera el reintegro de recursos que hubieran podido ser objeto de apropiación sin justa causa, así:



“ARTÍCULO 3o. REINTEGRO DE RECURSOS APROPIADOS O RECONOCIDOS SIN JUSTA CAUSA. Cuando el administrador fiduciario del Fosyga o cualquier entidad o autoridad pública, en el ejercicio de sus competencias o actividades como participante o actor en el flujo de caja, detecte que se presentó apropiación sin justa causa de recursos del sector salud, en los eventos que señale el reglamento, solicitará en forma inmediata las aclaraciones respectivas o su reintegro, el cual procederá a más tardar dentro de los veinte días hábiles siguientes a la comunicación del hecho. Cuando la situación no sea subsanada o aclarada en el plazo señalado se informará de manera inmediata y con las pruebas correspondientes a la Superintendencia Nacional de Salud quien ordenará el reintegro inmediato de los recursos y adelantará las acciones que considere pertinentes.

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

En el evento en que la apropiación o reconocimiento sin justa causa se haya producido a pesar de contarse con las herramientas, información o instrumentos para evitarlo, los recursos deberán reintegrarse junto con los respectivos intereses liquidados a la tasa de interés moratorio establecida para los impuestos administrados por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, DIAN. Cuando la apropiación se presente pese a la diligencia del respectivo actor o por circunstancias que escaparon a su control, los recursos deberán reintegrarse debidamente actualizados por el Índice de Precios al Consumidor, IPC.” (Subrayas fuera de texto)

Adicionalmente, en relación con la protección de los recursos del Sistema de Salud, el artículo 15 del referido Decreto Ley, establece:

ARTÍCULO 15. PROTECCIÓN DE LOS RECURSOS DEL FOSYGA. Sin perjuicio de las directrices que impartan el Ministerio de Salud y el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, corresponde al administrador fiduciario del Fosyga adoptar todos los mecanismos a su alcance y proponer al Ministerio de Salud y al Consejo Nacional de Seguridad Social los que considere indispensables para proteger debidamente los recursos del Fosyga, con el fin de evitar fraudes y pagos indebidos.

En los trámites de cobro o reclamación ante el Fosyga no se aceptarán intermediarios, salvo los casos de poder debidamente otorgado y reconocido a profesionales del derecho.

Los giros o pagos siempre se efectuarán directamente al beneficiario debidamente identificado, localizado y, en lo posible, a través de cuentas a nombre de éstos en entidades vigiladas por el Superintendencia Bancaria.

En los trámites de cobro o reclamación ante el Fosyga sólo se aceptarán fotocopias como soporte, cuando no sea posible aportar el original y la simple fotocopia no genere duda sobre la veracidad de los hechos a ser demostrados con ella.

Las compañías de seguros que cuenten con el ramo de seguro obligatorio de accidentes de tránsito, SOAT, reportarán de manera permanente la información requerida por el administrador fiduciario del Fosyga en los términos y condiciones que establezca el Ministerio de Salud. Igualmente, cuando una reclamación deba ser asumida por la compañía aseguradora y por la subcuenta ECAT del Fosyga, el administrador fiduciario del Fosyga tramitará el pago que le corresponda al fondo una vez demostrado el reconocimiento de la parte correspondiente a la aseguradora.

De acuerdo con lo anterior, si se evidenció un pago indebido con recursos del Sistema debe requerir su restitución o las aclaraciones correspondientes, en los términos del artículo 3º del Decreto Ley 1281 de 2002. Sin embargo, atendiendo el deber de protección de los recursos puestos a su cargo, y en virtud de la potestad que le dio el artículo 15 de la misma Ley al administrador fiduciario de los recursos del FOSYGA, nada impedía que para la restitución de pagos ilegítimos se diera aplicación al artículo

1715 del C.C. el cual opera por simple disposición de la Ley, siempre y cuando el descuento afectara el origen del gasto.

En relación con la aplicación de la figura de la compensación por virtud del artículo 15 del Decreto Ley 1281 de 2002, vale la pena precisar que de conformidad con reglas generales sobre validez y aplicación de las leyes, consagradas en la ley 153 de 1887 y en el artículo 5 de la ley 57 de 1887 cuando en un mismo cuerpo normativo existen disposiciones que tiene una misma especialidad o generalidad, se debe preferir la disposición consignada en artículo posterior.

De acuerdo con lo hasta aquí expuesto, teniéndose que fue **COMPARTA E.P.S** quien en oposición a la Ley vigente presentó y accedió a pagos de recobros de manera indebida, mal puede alegar ahora un presunto daño antijurídico, por su propio actuar.

A LA PRETENSIÓN TERCERA: Me opongo a que a título de restablecimiento de derecho se declare que COMPARTA EPS no está obligada a reintegrar la suma de dinero establecidas en la Resolución 00870 de 9 de mayo de 2017 y Resolución 010061 de 27 de noviembre de 2019 en mención, se encuentran respaldadas por unas auditorías previas que muestran que la EPS demandante en el procedimiento administrativo especial de reintegro de recursos del sector salud apropiados o reconocidos sin justa causa **NO SUBSANÓ NI DESVIRTUÓ** en su totalidad la apropiación o reconocimiento sin justa causa de los recursos del sistema de salud.

Por lo expuesto no es posible que se considere la existencia de algún daño y la procedencia de una reparación o un restablecimiento del derecho pues el actuar de la ADRES se rige por parámetros legales de obligatorio cumplimiento, que de no cumplirlos conllevaría no solo a un detrimento patrimonial del sistema, sino a la omisión en el cumplimiento de sus deberes y funciones.

Realizada la auditoría y al haberse detectado recursos del sector salud apropiados o reconocidos sin justa causa, es obligación de la COMPARTA EPS realizar su reintegro.

Igualmente me opongo a que se condene a mi representada a la actualización de la suma pretendida; en razón a que ante la inexistencia de obligación principal tampoco habría lugar al reconocimiento de algún tipo de sanción de carácter pecuniario – indexación –, como quiera que **los mismos constituyen una obligación accesoria, y por seguir lo accesorio la suerte de lo principal la misma debe ser rechazada por el despacho.**

El proceso de reintegro de recursos fue adelantado de conformidad con lo establecido en el Decreto Ley 1281 de 2002, artículo 3°, norma que fue expedidas en desarrollo del mandato Constitucional previsto en el artículo 48:

*“ARTÍCULO 48. La Seguridad Social es un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que establezca la Ley...**No se podrán destinar ni utilizar los recursos de las instituciones de la Seguridad Social para fines diferentes a ella...**” (Negrilla fuera del texto original).*

Adicionalmente, el artículo 154 de la Ley 100 de 1993 dispuso:

“ARTÍCULO 154. El Estado intervendrá en el servicio público de Seguridad Social en Salud, conforme a las reglas de competencia de que trata esta Ley, en el marco de lo dispuesto en los artículos 48, 49, 334 y 365 a 370 366, 367, 368, 369 de la Constitución Política. Dicha intervención buscará principalmente el logro de los siguientes fines:

(...)

g) Evitar que los recursos destinados a la seguridad social en salud se destinen a fines diferentes. (Negrilla fuera del texto original)



En cada las etapas de dicho proceso, se observaron las reglas del Debido Proceso, se concedió a la entidad la oportunidad y los términos para que efectuara las respectivas explicaciones como se ha mencionado, sin embargo, la EPS no pudo desvirtuar el hallazgo. Es decir, que el actuar de mi representada fue de pleno derecho, razón por la cual no hay lugar al reconocimiento de intereses moratorios ni ningún otro tipo de sanciones de carácter pecuniario.

A todas luces resulta ilógico pretender el pago de indexación del valor pretendido en restablecimiento de derecho cuando la conducta de la demandante al presentar los recobros sin el lleno de los requisitos legales; esto es, recobrar prestaciones en salud de usuarios reportados indebidamente, fue la que originó que se adelantara el procedimiento de reintegro de recursos previsto en la el decreto ley 1281 de 2002, con el fin de recuperar los dineros del sector salud, razón por la cual no debe prosperar dicha solicitud.

FRENTE A LA PRETENSIÓN CUARTA: Me opongo a la solicitud de pago de costas y agencias en derecho, por tratarse de recobros que, si bien fueron inicialmente reconocidos a la EPS demandante, también lo es, que se evidencio que para la fecha de prestación del servicio el valor aprobado de la tecnología recobrada excedía el porcentaje según línea de tiempo (Ley 1438 de 2011 Res 3099 de 2008), y esto causaba un pago indebido con los recursos de la salud, resultando justificable el hecho que debían reintegrarse los recursos al SGSSS¹. Adicionalmente como quiera que esta pretensión es consecuencia de las demás pretensiones, las cuales no prosperan en contra de la demandada, resulta entonces improcedente.

II. FRENTE A LOS HECHOS

AL HECHO PRIMERO: ES PARCIALMENTE CIERTO. La Superintendencia Nacional de Salud mediante el oficio **No. 2-2017-042727** del 22 de mayo de 2017 remitió al Consorcio SAYP 2011 la Resolución 000870 de 2017, la cual indicó en su artículo primero que:

“ORDENAR a la COOPERATIVA DE SALUD COMUNITARIA – COMPARTA EPS-S - identificada con NIT 804.002.105-0, reintegrar al Fondo de Solidaridad y Garantía - FOSYGA, la suma de NOVECIENTOS UN MILLONES CUATROCIENTOS CATORCE MIL SETECIENTOS SESENTA Y SIETE PESOS CON TREINTA Y UN CENTAVOS M/CTE (901.414.767,31) por concepto de capital, más CUATROCIENTOS SESENTA Y ISTE MILLONES SEISCIENTOS NOVENTA MIL CIENTO NOVENTA Y SIETE PESOS CON CINCUENTA Y CINCO CENTAVOS M/CTE(\$467.690.197,55) correspondiente a los intereses con corte al 30 de noviembre de 2016, por las razones expuestas en la parte motiva del presente acto administrativo”.

Lo anterior Debido a que la EPS COMPARTA no reintegró el valor adeudado en el término otorgado en el artículo 3 del Decreto Ley 1281 de 2002, el Administrador Fiduciario del FOSYGA - Consorcio SAYP 2011 consolidó los soportes del procedimiento y los remitió a la Superintendencia Nacional de Salud, mediante comunicación **JRD-5292-16** del 22 de diciembre de 2016.

AL HECHO SEGUNDO: ES CIERTO. Como se indica en la resolución 10061 de 2019 expedida por la Superintendencia de Salud por la cual se resuelve el recurso interpuesto por Comparta, se enuncia que la Resolución 870 de 2017 fue notificada el día 16 de mayo de la misma anualidad.

¹ Sistema General de Seguridad Social en Salud

CONSIDERANDO

1. ANTECEDENTES

El Superintendente Nacional de Salud, en uso de las competencias establecidas en el Decreto Ley 1281 de 2002 y la Resolución No. 3361 de 2013 y con fundamento en la información remitida por el Consorcio SAYP 2011, expidió la Resolución No. 000870 del 9 de mayo de 2017, mediante la cual ordenó a la COOPERATIVA DE SALUD COMUNITARIA - COMPARTA EPS S, identificada con NIT 804.002.105-0 reintegrar al FOSYGA, las siguientes sumas de dinero: NOVECIENTOS UN MILLONES CUATROCIENTOS CATORCE MIL SETECIENTOS SESENTA Y SIETE PESOS CON TREINTA Y UN CENTAVOS M/CTE. (901.414.767,31) por concepto de capital y por concepto de intereses moratorios la suma de CUATROCIENTOS SESENTA Y SIETE MILLONES SEISCIENTOS NOVENTA MIL CIENTO NOVENTA Y SIETE PESOS CON CINCUENTA Y CINCO CENTAVOS M/CTE. (467.690.195,55) calculados por el Administrador Fiduciario con corte a 30 de noviembre de 2016.

La mencionada resolución fue notificada personalmente el 16 de mayo de 2017 a la COOPERATIVA DE SALUD COMUNITARIA - COMPARTA EPS S. Igualmente fue comunicada al Ministerio de Salud y Protección Social y al Consorcio SAYP 2011, mediante oficios 2-2017-042715 y 2-2017-042727 del 18 de mayo de 2017, respectivamente.

Obrando por conducto de su representante legal dentro de la oportunidad fijada por el artículo 76 de la Ley 1437 de 2011, la interesada interpuso recurso de reposición mediante escrito referenciado con NURC 1-2017-086507 del 31 de mayo de 2017.

A partir de la expedición de la Resolución 6341 del 28 de diciembre de 2017, este despacho asumió la competencia para conocer y decidir sobre los asuntos relacionados tanto con la expedición de órdenes de reintegro de los recursos apropiados o reconocidos sin justa causa del Sistema General de Seguridad Social en Salud, como con la resolución de los recursos

AL HECHO TERCERO: ES CIERTO.

AL HECHO CUARTO: ES PARCIALMENTE CIERTO. La Superintendencia Nacional de Salud, mediante el oficio **No. 2-2018-027046** radicado en la ADRES el 13 de abril de 2018, solicitó practicar validaciones técnicas que soportaran la orden de reintegro impugnada y con arreglo al estado de cuenta de los valores adeudados por la EPS COMPARTA para la auditoría ARS002.

AL HECHO QUINTO: ES PARCIALMENTE CIERTO, la ADRES mediante comunicación **No. 0000067918** radicada en la Superintendencia el 30 de mayo de 2018 atendió dicha solicitud y procedió a actualizar los valores adeudados por la EPS COMPARTA para el procedimiento de reintegro ARS002, como se detalla a continuación:

ANÁLISIS	RESULTADO DEL ANÁLISIS	VALOR (\$)
Consorcio SAYP 2011	Valor involucrado	2.079.836.802,89
	Valor aclarado	1.113.891.195,83
	Valores en firme	64.530.839,75
	Valor a reintegrar	901.414.767,31
	Valores reintegrados	0,00
	Valor capital enviado a la SNS	901.414.767,31
	Valor interés enviado a la SNS	467.690.197,55
	ADRES	Valor aclarado
Valores en firme		64.530.839,75
Valor a reintegrar		469.677.306,16
Valor capital reintegrado después de enviar a SNS		0,00
Valor interés reintegrado después de enviar a SNS		0,00
VALOR CAPITAL POR REINTEGRAR		469.677.306,16
VALOR INTERESES POR REINTEGRAR		420.285.904,03
VALOR IPC POR REINTEGRAR		12.970.275,87
VALOR TOTAL POR REINTEGRAR	902.933.486,06	

AL HECHO SEXTO: ES CIERTO.

AL HECHO SEPTIMO: ES CIERTO.

AL HECHO OCTAVO: ES CIERTO. La Superintendencia Nacional de Salud, radicó en la ADRES el 6 de marzo de 2019 oficio **No. 2-2019-10451**, reiterando la solicitud realizada mediante NUR-2-2019-23422 referente a la aplicación del parágrafo artículo 7 de la Ley 1949 de 2019, para diferentes procesos en cabeza de dicha Superintendencia, entre los que estaba el relacionado con la EPS COMPARTA frente a la auditoría ARS002.

En respuesta a este requerimiento, la ADRES mediante comunicación **No. 25212** radicada en dicho ente de control el 4 de abril de 2019, informó los valores actualizados por concepto de capital e indexación al IPC, en cumplimiento de lo establecido en el parágrafo 1° del artículo 7 de la Ley 1949 de 2019, así:

Concepto	Monto total adeudado (\$)
Capital	469.677.306,16
Indexación al IPC	101.780.413,47
Total	571.457.719,63

Nota: Indexación del IPC a corte de marzo de 2019

AL HECHO NOVENO: ES CIERTO. comunicó a la ADRES la Resolución 10061 del 27 de noviembre de 2019, por medio de la cual se resolvió el recurso de reposición interpuesto en contra de la Resolución 000870 del 09 de mayo de 2017. En el artículo segundo de dicho acto administrativo indicó:

“MODIFICAR la Resolución No. 000870 del 09 de mayo de 2017, el cual quedará así:”

“ARTÍCULO PRIMERO. ORDENAR a la COOPERATIVA DE SALUD COMUNITARIA – COMPARTA EPS-S - identificada con NIT 804.002.105-0, reintegrar a favor de ADRES-Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud – SGSSS, identificada con el NIT 901.037.916-1, las siguientes sumas de dinero: CUATROCIENTOS SESENTA Y NUEVE MILLONES SEISCIENTOS SETENTA Y SIETE MIL TRESCIENTOS SEIS PESOS CON UN MILLONES SETECIENTOS OCHENTA MIL CUATROCIENTOS TRECE PESOS CON CUARENTA Y SIETE CENTAVOS M/CTE(\$101.780.413,47)por concepto de actualización de capital, calculada mediante aplicación del Índice de Precios al Consumidor – IPC.

La Superintendencia Nacional de Salud mediante el oficio **No 2-2020-22697** del 10 de marzo de 2020 remitió acto administrativo a la ADRES con sello de firmeza.

AL HECHO DECIMO: ES PARCIALMENTE CIERTO. en el presente caso, no hay lugar a reconocimiento alguno a la EPS COMPARTA, como quiera que cada uno de los actores que participaron en las etapas del proceso de reintegro de recursos, obraron conforme a lo dispuesto en la normativa vigente (Decreto Ley 1281 de 2002, artículo 3° modificado por el artículo 7 de la Ley 1949 de 2019 y la Resolución 1617 de 2019).

De acuerdo con el deber constitucional de cumplir las funciones y en aras de acatar la Ley, la ADRES la ADRES informó a la EPS COMPARTA con la comunicación No. **0000431209** del 14 de agosto de 2020, que continuó adelante con los términos de que trata el artículo 14 de la Ley 1716 de 2019 y compensó el reintegro de los recursos apropiados o reconocidos sin justa causa del SGSSS en el proceso de LMA, sobre los reconocimientos que se hicieron a favor de la EPS COMPARTA en los procesos de LMA junio y LMA julio de 2020.

AL HECHO DECIMO PRIMERO: NO ES CIERTO. Como se indicó anteriormente, en el presente caso, no hay lugar a reconocimiento alguno a la EPS COMPARTA, como quiera que cada uno de los actores que participaron en las etapas del proceso de reintegro de recursos, obraron conforme a lo

dispuesto en la normativa vigente (Decreto Ley 1281 de 2002, artículo 3° modificado por el artículo 7 de la Ley 1949 de 2019 y la Resolución 1617 de 2019).

De conformidad con lo anteriormente expuesto, se tiene que el Administrador Fiduciario del FOSYGA - Consorcio SAYP 2011 y la ADRES, adelantaron el procedimiento de reintegro de recursos contra la EPS COMPARTA teniendo en cuenta lo reportado a la BDUA por dicha EPS y las demás que administran información relativa al estado de sus afiliados, en observancia de las garantías establecidas a su favor y de las etapas y términos establecidos en las Resoluciones 3361 de 2013 y 1716 de 2019 actualmente vigente,

En este sentido, es preciso indicar que el procedimiento administrativo especial de reintegro fue adelantado de conformidad con la normatividad vigente al momento de los hechos, tal como se determinó en las Resoluciones 000870 de 2017 y la 0010061 de 2019, las cuales surtieron todas las etapas que dan cuenta de las actuaciones que se llevaron a cabo, actos administrativos que fueron notificados a la EPS demandante los cuales fueron soporte del reintegro realizado.

En este punto se advierte que las Resoluciones 000870 de 2017 y la 0010061 de 2019 son actos administrativos amparados por la presunción de veracidad que se encontraban vigente y fueron aplicables al caso que nos ocupa, de conformidad con el artículo 88 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo – CPACA, que establece que *“Los actos administrativos se presumen legales mientras no hayan sido anulados por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. (...)”*.

De acuerdo con lo antes señalado, las Resoluciones proferidas por la Superintendencia Nacional de Salud y las actuaciones adelantadas por el Administrador Fiduciario del FOSYGA - Consorcio SAYP 2011 y la ADRES gozaban de presunción de legalidad mientras no hayan sido suspendidas, ni anuladas por la jurisdicción de lo contencioso administrativo y, mientras conservaron su vigencia, fueron cumplidas y ejecutadas por sus destinatarios.

Por otro lado, es de reiterar que, de acuerdo con el artículo 29 de la Constitución política de Colombia de 1991, este derecho *iusfundamental* se aplica a toda clase de actuaciones administrativas y judiciales, por tanto, esta garantía constituye un control al Estado en relación con las actuaciones que se desarrollen contra los particulares.

Del mismo modo, la H. Corte Constitucional ha definido al debido proceso administrativo como un conjunto de condiciones especiales que se le impone a la administración a fin de velar por su correcto funcionamiento bajo los principios de legalidad, publicidad y transparencia.

Indicado lo anterior y partiendo que el debido proceso nace a partir de un procedimiento reglado cuyo contenido está predeterminado por una norma jurídica, se hace evidente que, la convocada no violó este derecho, como quiera que, la conducta desplegada se realizó bajo la observancia de todas las garantías constitucionales, tan es así, que dentro del proceso que nos ocupa se adelantaron las siguientes actuaciones: I) comunicación del hallazgo de auditorías con su respectiva notificación, II) respuesta por parte de la EPS a dichos hallazgos, III) expedición y notificación de la Resolución objeto de discusión.

De ahí que en el caso en concreto que nos ocupa, se evidencia la plena observancia del debido proceso en las actuaciones realizadas por parte de la ADRES, lo que desvirtúa la configuración de una vía de hecho y la violación al acceso a la administración de justicia y debido proceso, alegados por la EPS razón por la cual los argumentos del solicitante no están llamados a prosperar en la conciliación incoada.

I. FUNDAMENTOS DE DERECHO

Los actos administrativos expedidos en el procedimiento de reintegro de recursos, específicamente la Resolución 00870 de 9 de mayo de 2017 y Resolución 010061 de 27 de noviembre de 2019 expedidas por la Superintendencia de Salud se encuentran conformes a las normas vigentes, en razón que durante el procedimiento administrativo se concluyó la necesidad de realizar el reintegro de recursos del sector salud, con sustento en unas auditorías previas y durante todo el procedimiento se garantizó el derecho al debido proceso.

Así mismo, el demandante en el procedimiento administrativo especial de reintegro de recursos del sector salud apropiados o reconocidos sin justa causa NO SUBSANÓ NI DESVIRTUÓ en su totalidad la apropiación o reconocimiento sin justa causa de los recursos del sistema de salud bajo los parámetros del artículo 3 del Decreto Ley 1281 de 2002 modificado por el artículo 7 de la Ley 1949 de 2019 y la Resolución 1617 de 2019, de acuerdo con la documental que se adjunta con el presente escrito, se corrobora que el procedimiento especial de reintegro adelantado por la ADRES, no se presentó vulneración a los derechos al debido proceso a la defensa de la EPS COMPARTA y tampoco una falsa motivación en la expedición de los actos administrativos, toda vez que el trámite surtido se realizó en el marco del procedimiento de reintegro de los recursos apropiados o reconocidos sin justa causa y bajo la observancia de las normas legales que rigen la materia, lo que demuestro la apropiación sin justa causa de los recursos del SGSSS y el incumplimiento por parte de la EPS COMPARTA en solicitar el reintegro a título de restablecimiento del derecho de recursos que como quedó demostrado en la auditoría pertenecen al SGSSS.

AL HECHO DECIMO SEGUNDO: NO ME CONSTA. La presente afirmación por parte de la apoderada de COMPARTA EPS deberá ser objeto de prueba dentro de la presente litis ya que mi representada no tiene conocimiento de este actuar.

AL HECHO DECIMO TERCERO NO ME CONSTA. Esto en el entendido que mi representada es una entidad ajena a la Superintendencia de salud quien fue la que expidió el acto administrativo 202151000124996 de 26 de julio de 2021. Sin embargo, con el escrito de demanda se anexo el documento en cuestión, motivo por el cual me remito a lo expresamente señalado en este.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

Los actos administrativos expedidos en el procedimiento de reintegro de recursos, específicamente la Resolución 00870 de 9 de mayo de 2017 y Resolución 010061 de 27 de noviembre de 2019 expedidas por la Superintendencia de Salud. se encuentran conformes a las normas vigentes, en razón que durante el procedimiento administrativo se concluyó la necesidad de realizar el reintegro de recursos del sector salud, con sustento en unas auditorías previas y durante todo el procedimiento se garantizó el derecho al debido proceso.

Así mismo, el demandante en el procedimiento administrativo especial de reintegro de recursos del sector salud apropiados o reconocidos sin justa causa NO SUBSANÓ NI DESVIRTUÓ en su totalidad la apropiación o reconocimiento sin justa causa de los recursos del sistema de salud bajo los parámetros del artículo 3 del Decreto Ley 1281 de 2002, de acuerdo con la documental que se adjunta con el presente escrito, se corrobora que el procedimiento especial de reintegro adelantado por la SUPEINTENDENCIA DE SALUD, no se presentó vulneración a los derechos al debido proceso a la defensa de la COMPARTA EPS y tampoco una falsa motivación en la expedición de los actos administrativos, toda vez que el trámite surtido por SAYP 2011 y la Superintendencia de Salud se realizó en el marco del procedimiento de reintegro de los recursos apropiados o reconocidos sin justa causa y bajo la observancia de las normas legales que rigen la materia, lo que demuestro la apropiación sin justa causa de los recursos del SGSSS y el incumplimiento por parte de la COMPARTA EPS en solicitar el reintegro a título de restablecimiento del derecho de recursos que como quedó demostrado en la auditoría pertenecen al SGSSS.

III. FUNDAMENTACIÓN FÁCTICA Y JURÍDICA DE LA DEFENSA

- **DE LA NATURALEZA DE LA ACCIÓN DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO**

La jurisprudencia y doctrina han tenido oportunidad de delinear el concepto, naturaleza y elementos de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho.

En esa labor, es unánime la posición según la cual este medio es una acción de naturaleza subjetiva, individual, temporal y desistible, a través de la cual la persona que se considere lesionada en un derecho, como efecto de la vigencia de un acto administrativo viciado de nulidad, puede solicitar ante el Juez de Control Contencioso Administrativo, que se declare la nulidad del acto, y como consecuencia se restablezca su derecho o se repare el daño.

La acción tiene entonces por objeto, la protección directa de los derechos subjetivos de la persona demandante y desconocidos por el acto administrativo, y no por un hecho, una operación, una ocupación, o una omisión de la administración; por lo que la acción se emprende en contra de los actos administrativos inmersos en alguna de las causales de nulidad previstos en el ordenamiento.

La naturaleza de esta acción se desprende de manera necesaria que el sujeto pasivo de dicha acción debe ser, sin lugar a duda, la autoridad administrativa cuya voluntad se plasma en el acto administrativo demandado, pues es precisamente esa voluntad y no ninguna otra la que puede aparecer viciada de nulidad, y cuya posterior sanción con invalidez dará lugar al restablecimiento del derecho.

- **FINALIDAD DE LA ACCIÓN DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO**

Como ha quedado expresado, la finalidad de esta acción es el control subjetivo de legalidad del acto administrativo y el restablecimiento del derecho afectado.

En ese sentido, es claro que el objeto central de este proceso gira alrededor de determinar la capacidad de obrar y la ausencia de vicios en el consentimiento del titular del órgano administrativo creador del acto demandado, que en este caso y como bien lo determina la actora radica en la Superintendencia de Salud.

- **REGULACIÓN DEL FUNCIONAMIENTO DEL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD.**

El artículo 155 de la Ley 100 de 1993 define el Sistema General de Seguridad Social en Salud (SGSSS) como un conjunto de reglas, instituciones y procedimientos dirigidos a garantizar la adecuada prestación del servicio público esencial de salud.

Concordante con lo anterior, la Corte Constitucional ha señalado que dentro de las obligaciones del Estado que se deriva de la faceta de accesibilidad del derecho a la salud, crear un sistema que garantice la prestación de los servicios, con características como calidad, oportunidad, continuidad y suficiencia.²

En este orden de ideas, dicho sistema es dirigido, coordinado, vigilado y controlado por el Estado, con el fin de asegurar la realización del derecho a la salud de todos los habitantes de Colombia.³

En particular, la Corte Constitucional en sentencia T-760 de 2008, puntualizó que el Estado tiene las siguientes funciones:

² C-197 de 2012 M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub

³ Ver artículos 154-c y 156 de la Ley 100.

“para que efectivamente toda persona pueda acceder a los servicios de salud, al Estado le corresponde, por mandato constitucional (art. 49, CP), cumplir las siguientes obligaciones: (i) organizar, (ii) dirigir y (iii) regular la prestación de los servicios de salud; (iv) establecer las políticas para la prestación de los servicios por parte de entidades privadas, y ejercer (v) su vigilancia y (vi) control; (viii) establecer las competencias de la Nación, las entidades territoriales y los particulares, y (ix) determinar los aportes a su cargo en los términos y condiciones señalados en la ley. Así pues, es obligación del Estado establecer el Sistema; definir qué entidades y personas lo pueden integrar, y qué labores puede desempeñar cada uno; cómo pueden los particulares participar en la prestación de los servicios y en qué términos; así como también, establecer quiénes aportan al Sistema y en qué cantidades, esto es, definir el flujo de recursos del Sistema.”

Así mismo, el Alto Tribunal advirtió en sentencia C-252 de 2010, que estas funciones son desarrollo de la intervención reforzada del Estado que la Constitución exige en materia de salud y:

“(…) que se dirige a superar la tensión entre el interés privado existente en el seno de las empresas y el interés general involucrado en tal actividad, máxime cuando se está ante la prestación de un servicio básico para la sociedad que propende por el derecho irrenunciable a la salud que tienen todos los habitantes.⁴ Poderes de intervención del Estado que llevan aparejados la facultad de restringir las libertades económicas de los particulares que concurren a su prestación.”

Dentro de la función de regulación, tal y como lo señaló dicha Corporación en la Sentencia C-197 de 2012 se demanda del Estado, la creación de reglas claras para que las diferentes entidades e instituciones del sector de la salud puedan garantizar efectivamente la prestación de los servicios que sean requeridos por las personas dentro del Sistema de Salud, y que los recursos del mismo sólo sean utilizados para los fines establecidos por el Constituyente.

- PROCESO DE REINTEGRO

El procedimiento administrativo especial de reintegro de recursos del sector salud, apropiados o reconocidos sin justa causa, se enmarca en el artículo 3 del Decreto Ley 1281 de 2002, norma que establecía lo siguiente⁵:

“Artículo 3. *Reintegro de recursos apropiados o reconocidos sin justa causa. Cuando el administrador fiduciario del Fosyga o cualquier entidad o autoridad pública, en el ejercicio de sus competencias o actividades como participante o actor en el flujo de caja, detecte que se presentó apropiación sin justa causa de recursos del sector salud, en los eventos que señale el reglamento, solicitará en forma inmediata las aclaraciones respectivas o su reintegro, el cual procederá a más tardar dentro de los veinte días hábiles siguientes a la comunicación del hecho. Cuando la situación no sea subsanada o aclarada en el plazo señalado se informará de manera inmediata y con las pruebas correspondientes a la Superintendencia Nacional de Salud quien ordenará el reintegro inmediato de los recursos y adelantará las acciones que considere pertinentes.*

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

En el evento en que la apropiación o reconocimiento sin justa causa se haya producido a pesar de contarse con las herramientas, información o instrumentos para evitarlo, los recursos deberán reintegrarse junto con los respectivos intereses liquidados a la tasa de interés moratorio establecida para los impuestos administrados por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, DIAN. Cuando la apropiación se presente pese a la diligencia del respectivo actor o por circunstancias que escaparon a su control, los recursos deberán reintegrarse debidamente actualizados por el Índice de Precios al Consumidor, IPC.”

⁴ Sentencia C-516 de 2004.

⁵ El artículo 3 del Decreto Ley 1281 de 2002, fue modificado por el artículo 7 de la Ley 1949 de 2019. Sin embargo, teniendo en cuenta que la actuación administrativa tuvo lugar antes de la entrada en vigencia de esta modificación, se transcribe la versión inicial del artículo.

Sea del caso indicar que el referido procedimiento administrativo especial de reintegro de recursos apropiados o reconocidos sin justa causa de que trataba el artículo 3 del Decreto Ley 1281 de 2002 antes citado, fue desarrollado en su momento por la Resolución 3361 de 2013, derogada por la Resolución 4358 de 2018 y esta a su vez por la Resolución 1716 de 2019, expedida con ocasión de la modificación al decreto ley antes referido por parte del artículo 7 de la Ley 1949 de 2019.

- Naturaleza del procedimiento de Reintegro

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 3 del Decreto Ley 1281 de 2002, en concordancia con la sentencia C – 607 de 2012; se evidencia que el procedimiento de reintegro de recursos apropiados o reconocidos sin justa causa se trata de un procedimiento administrativo especial, debidamente reglamentado.

Específicamente, la Sentencia C – 607 de 2012 de a Honorable Corte Constitucional analizada la demanda la constitucionalidad de la expresión “ordenará el reintegro inmediato de los recursos” del artículo 3 del Decreto Ley 1281 de 2002, concluyó lo siguiente:

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

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

Por el contrario: (i) la misma norma señala que para que proceda el reintegro de los recursos, el administrador fiduciario del Fosyga o cualquier entidad o autoridad pública, debe conceder a la parte requerida el término de 20 días para que rinda las explicaciones del caso y aporte las pruebas que pretenda hacer valer y (ii) el artículo 2 de la Ley 1437 de 2011 (nuevo Código Contencioso Administrativo) señala:

(...)

De igual manera, el artículo 3 de esta misma normatividad señala expresamente que “En virtud del principio del debido proceso, las actuaciones administrativas se adelantarán de conformidad con las normas de procedimiento y competencia establecidas en la Constitución y la ley, con plena garantía de los derechos de representación, defensa y contradicción.”

Ahora bien, se hace necesario precisar que el procedimiento administrativo especial de reintegro de recursos **no tiene naturaleza sancionatoria**. Su finalidad es la recuperación de los recursos del SGSSS apropiados o reconocidos sin justa causa. Al respecto, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, en concepto, 2235 y 2235 Adición, señala que “(...) la finalidad, el contenido y el alcance del procedimiento establecido en el artículo 3 del Decreto Ley 1281 de 2002, que inicia el administrador fiduciario del FOSYGA o cualquier entidad o autoridad pública y continúa la Superintendencia, difiere de las características de un procedimiento de carácter sancionatorio. En efecto, la función que el legislador asignó a la Superintendencia Nacional de Salud en el artículo 3 del Decreto Ley 1281 de 2002, se limita a la posibilidad de que la entidad dé las órdenes para obtener el reintegro del monto de los recursos involucrados (...) sin que esta actividad implique, en principio, establecer responsabilidades respecto de la conducta de los sujetos llamados a reintegrar los recursos, ni se imponga en la resolución del asunto sanciones de algún tipo”.

- **DEL PROCEDIMIENTO DE REINTEGRO POR APROPIACIÓN O RECONOCIMIENTO SIN JUSTA CAUSA**

15

El reintegro de recursos del sector salud apropiados o reconocidos sin justa causa es procedente, en virtud de lo previsto en el inciso primero del artículo tercero (3°) del Decreto Ley 1281 de 2002, al disponer:

“ARTÍCULO 3o. REINTEGRO DE RECURSOS APROPIADOS O RECONOCIDOS SIN JUSTA CAUSA. Cuando el administrador fiduciario del Fosyga o cualquier entidad o autoridad pública, en el ejercicio de sus competencias o actividades como participante o actor en el flujo de caja, detecte que se presentó apropiación sin justa causa de recursos del sector salud, en los eventos que señale el reglamento, solicitará en forma inmediata las aclaraciones respectivas o su reintegro, el cual procederá a más tardar dentro de los veinte días hábiles siguientes a la comunicación del hecho. Cuando la situación no sea subsanada o aclarada en el plazo señalado se informará de manera inmediata y con las pruebas correspondientes a la Superintendencia Nacional de Salud quien ordenará el reintegro inmediato de los recursos y adelantará las acciones que considere pertinentes.
(...)”

De conformidad con la norma jurídica transcrita, cuando el Administrador Fiduciario del Fosyga detecte que se presentó una apropiación sin justa causa de recursos del sector salud, solicitará inmediatamente las aclaraciones a la persona que se benefició o apropió de los recursos o su reintegro.

No obstante, si la situación no es objeto de subsanación o aclaración en el plazo de veinte (20) días hábiles siguientes a la comunicación del hecho, se deberá informar a la Superintendencia Nacional de Salud anexando las pruebas de la apropiación sin justa causa, quien, de encontrarlo procedente, ordenará el reintegro inmediato de los recursos.

Ahora, el entonces vigente artículo 17 del Decreto 971 de 2011⁶ y actualmente compilado y derogado en el artículo 2.6.1.2.1.3 del Decreto 780 de 2016, dispone frente al reintegro de las unidades de pago por capitación del Régimen Subsidiado, lo siguiente:

“ARTÍCULO 2.6.1.2.1.3. REINTEGRO DE LAS UNIDADES DE PAGO POR CAPITACIÓN DEL RÉGIMEN SUBSIDIADO. El reintegro de los recursos de las Unidades de Pago por Capitación del Régimen Subsidiado cuando se hubiere efectuado un giro de lo no debido, procederá de la siguiente manera:

1. Cuando el giro de lo no debido se presenta por novedades reportadas por las Entidades Promotoras de Salud (EPS) en la Base de Datos Única de Afiliados (BDUA), estos valores serán descontados en los siguientes giros, hecho del cual serán notificadas las EPS y la respectiva entidad territorial. En el evento en que en el Fosyga no existan recursos a favor de la EPS para efectuar el descuento, los recursos correspondientes al giro de lo no debido deberán ser reintegrados a dicho Fondo por parte de las EPS.

2. Cuando el giro de lo no debido se detecta como consecuencia de auditorías a la Base de Datos Única de Afiliados (BDUA) o sobre el histórico de las UPC reconocidas se adelantará el procedimiento de reintegro de que trata el artículo 3o del Decreto-ley 1281 de 2002. Igual procedimiento se debe seguir cuando por falta de existencia de recursos no se puedan realizar los descuentos establecidos en el numeral anterior y la EPS no haya reintegrado los recursos correspondientes.

3. En el evento en que por un afiliado o beneficiario del régimen subsidiado, una Entidad Promotora de Salud diferente a aquella que viene garantizando el aseguramiento, reciba el

⁶ El artículo 17 del Decreto 971 de 2011 fue compilado y derogado por el Decreto 780 de 2016, el cual, inició su vigencia el seis de mayo de 2016, fecha en la cual, fue publicado el Diario Oficial No. 49.865.

reconocimiento retroactivo de las Unidades de Pago por Capitación del régimen contributivo, la EPS que venía asegurando al afiliado y recibiendo las UPC del régimen subsidiado tendrá derecho a cobrar a la EPS del contributivo el valor de la prestación de los servicios de salud en que hubiere incurrido durante los periodos por los cuales recibió la UPC. El Ministerio de Salud y Protección Social establecerá las condiciones y requisitos para la acreditación y el pago de dichos servicios.”

De acuerdo con lo anterior, el reintegro de los recursos de las Unidades de Pago por Capitación del Régimen Subsidiado ante el giro de lo no debido procederá de la siguiente forma:

1. Si se presenta por novedades reportadas por las EPS en la Base de Datos Única de Afiliados – BDUA, los valores serán descontados en los siguientes giros que se realice a la EPS, la cual será notificada junto con la Entidad territorial.

En el evento de no contar con recursos a favor de la EPS para realizar el descuento, los recursos deberán ser reintegrados al Fosyga por parte de la EPS.

2. De presentarse como consecuencia de la auditoría a la BDUA o sobre el histórico de las UPC reconocidas se adelantará el procedimiento de reintegro consagrado en el artículo tercero (3°) del Decreto Ley 1281 de 2002.

En el mismo sentido, si la EPS no cuenta con recursos a favor en el Fosyga respecto de los cuales se pueda realizar el descuento o si la EPS no reintegra el valor ordenado, se atenderá el procedimiento dispuesto en el Decreto Ley 1281 de 2002 (Art. 3).

3. Finalmente, si una EPS diferente a aquella que ha garantizado el aseguramiento del afiliado o beneficiario, recibe el reconocimiento retroactivo de la UPC del régimen contributivo, la EPS del Régimen Subsidiado tendrá derecho a cobrar a la EPS del Régimen Contributivo el valor de la prestación de los servicios de salud en que hubiere incurrido por los periodos en que se benefició de la UPC.

- **DE LOS FLUJOS DE CAJA Y LA UTILIZACIÓN OPORTUNA Y EFICIENTE DE LOS RECURSOS DEL SECTOR SALUD Y SU UTILIZACIÓN EN LA PRESTACIÓN.**

Establece el artículo 3 del Decreto 1281 de 2012:

“Artículo 3°. Reintegro de recursos apropiados o reconocidos sin justa causa. Cuando el administrador fiduciario del Fosyga o cualquier entidad o autoridad pública, en el ejercicio de sus competencias o actividades como participante o actor en el flujo de caja, detecte que se presentó apropiación sin justa causa de recursos del sector salud, en los eventos que señale el reglamento, solicitará en forma inmediata las aclaraciones respectivas o su reintegro, el cual procederá a más tardar dentro de los veinte días hábiles siguientes a la comunicación del hecho. Cuando la situación no sea subsanada o aclarada en el plazo señalado se informará de manera inmediata y con las pruebas correspondientes a la Superintendencia Nacional de Salud quien ordenará el reintegro inmediato de los recursos y adelantará las acciones que considere pertinentes.

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

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

por circunstancias que escaparon a su control, los recursos deberán reintegrarse debidamente actualizados por el Índice de Precios al Consumidor, IPC...”

Igualmente, el artículo cuarto del mencionado Decreto indica respecto al incumplimiento de los plazos previstos para el pago o giro de los recursos con cargo al FOSYGA, que dicho incumplimiento causará intereses moratorios a favor de quien debió recibirlos, liquidados a la tasa de interés moratorio establecida para los tributos administrados por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales.

- **ACTUALIZACION VALORES EN VIRTUD DE PROCESOS DE REINTEGRO**

El inciso tercero del artículo 3 del Decreto Ley 1281 de 2002, establece:

“Cuando la ADRES (...) o cualquier entidad o autoridad pública que en ejercicio de sus competencias o actividades como participante o actor en el flujo de recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud – SGSSS, detecte que se presentó apropiación sin justa causa de los mismos, solicitará la aclaración del hallazgo a la persona involucrada, para lo cual remitirá la información pertinente, analizará la respuesta dada por la misma y, en caso de establecer que se configuró la apropiación o reconocimiento sin justa causa de recursos, ordenará su reintegro, actualizados al Índice de Precios al Consumidor – IPC, dentro de los plazos establecidos por el Ministerio de Salud y Protección Social.

(...)

En este sentido, se infiere que, si la apropiación o reconocimiento indebido ocurrió por negligencia, imprudencia o impericia, por cuanto la entidad contaba con herramientas, información o instrumentos para evitar la indebida apropiación de los recursos, y ante la falta de cuidado al no tomar las medidas necesarias para evitar que el hecho ocurriera, surge la obligación de reintegrar el capital, más el pago de los respectivos intereses.

De acuerdo con lo anterior, el propósito o finalidad de la actualización del valor adeudado conforme al IPC dentro del proceso de reintegro, es tratar de compensar el rendimiento que hubieran generado los recursos del Fosyga si estos no hubieran sido apropiados indebidamente, más aún si se trata de una actuación que debe someterse a la verificación de terceros para su aval.

Es de inferir que la norma es clara al establecer el deber de cuidado necesario que deben tener los actores del Sistema General de Seguridad Social en Salud frente al manejo de los recursos del sistema, toda vez que de no hacerse implica necesariamente la actualización del valor adeudado conforme al IPC.

✓ Igualmente, se indica al despacho que se deben tener como excepciones las relacionadas en la contestación de la demanda, incluyendo la que se indica a continuación:

- **Transgresión del principio de buena fe por obrar contra los actos propios.**

Como se anotó anteriormente, la persona requerida en el marco del procedimiento de reintegro puede manifestar su voluntad, de manera expresa, libre y espontánea en el sentido de aceptar se realice un descuento o de la procedencia del reintegro.

No obstante, a pesar de manifestar su voluntad en los anteriores sentidos, posteriormente puede solicitar la declaración de responsabilidad del Ministerio de Salud y Protección Social, solicitando, a la vez, la condena consistente en el pago del dinero descontado o directamente consignado por la persona requerida.

Situación, la cual, es una clara transgresión del artículo 83 de la Constitución Nacional que consagra lo siguiente:

“ARTICULO 83. Las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquellos adelanten ante éstas.”

Como se observa, las actuaciones de los particulares deberán ceñirse por los postulados de la buena fe, el cual, entre otros deberes, proscribire desconocer sus propios actos, y la obligatoriedad de ceñirse a la conducta inicialmente desplegada, criterio que comparte la Corte Constitucional al considerar:

“11. La buena fe ha pasado de ser un principio general del derecho para convertirse en un postulado constitucional (CP art. 83). Este trascendental principio exige de los particulares y de las autoridades ceñirse en sus actuaciones a una conducta honesta, leal y acorde con el comportamiento que puede esperarse de una persona correcta (“vir bonus”).

*La buena fe supone la existencia de una relación entre personas y se refiere fundamentalmente a la confianza, seguridad y credibilidad que otorga la palabra dada. **En las gestiones ante la administración, la buena fe se presume del particular y constituye guía insustituible y parámetro de acción de la autoridad. La doctrina, por su parte, ha elaborado diversos supuestos para determinar situaciones contrarias a la buena fe. Entre ellos cabe mencionar la negación de los propios actos (venire contra factum proprium), las dilaciones injustificadas, el abuso del poder y el exceso de requisitos formales, sin pretender con esta enumeración limitar el principio a tales circunstancias. No es posible reducir la infracción de la buena fe a casos tipificados legalmente. De ahí que la aplicación de este principio suponga incorporar elementos ético-jurídicos que trascienden la ley y le dan su real significado, suscitando en muchas ocasiones la intervención judicial para calificar la actuación pública según las circunstancias jurídicas y fácticas del caso.”** (Resaltado ajeno al texto)*

De acuerdo a lo anterior, entre los postulados de la buena fe, se encuentra la prohibición de negar sus propios actos, tal como se presenta en los eventos aludidos, en donde la persona requerida en el marco del procedimiento de reintegro, solicita a la administración de justicia la devolución del dinero a pesar de que previamente ha reconocido la procedencia del reintegro o del descuento, o en su defecto paga el valor a través de consignación a favor del Fosyga.

Es de anotar, que la proscripción de la negación de los actos propios no sólo es respecto a la autoridad administrativa, por el contrario, como bien lo expone el artículo 83 de la Constitución Nacional, las actuaciones de los particulares deberán ceñirse a los postulados de la buena fe y por consiguiente, la prohibición anotada también se exige a los particulares, criterio que comparte la Corte Constitucional al considerar:

*“12. La administración y el administrado deben adoptar un comportamiento leal en el perfeccionamiento, desarrollo y extinción de las relaciones jurídicas. Este imperativo constitucional no sólo se aplica a los contratos administrativos, sino también a aquellas actuaciones unilaterales de la administración generadoras de situaciones jurídicas subjetivas o concretas para una persona. El ámbito de aplicación de la buena fe no se limita al nacimiento de la relación jurídica, sino que despliega sus efectos en el tiempo hasta su extinción.”*⁸ (Resaltado ajeno al texto)

De manera, que si la persona requerida, en un principio afirma reconocer la procedencia del reintegro, el descuento en virtud de lo anterior, o de manera directa paga el valor objeto del hallazgo, posteriormente, no puede desconocer su propia manifestación de la voluntad, ya que atenta contra el principio general del derecho y constitucional de ejercitar una conducta bajo los postulados de la buena fe, criterio que comparte el Consejo de Estado al considerar:

“En este caso resulta entonces predicable la doctrina de los actos propios al interior de los negocios jurídicos, la cual constituye una manifestación del principio de la buena fe que debe regir las relaciones y es una regla que considera inadmisibles el venire contra factum proprium, es

⁷ Corte Constitucional. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz. Sentencia T – 475 de 1992.

⁸ Corte Constitucional. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz. Sentencia T – 475 de 1992.

decir que rechaza aquellas actuaciones que contravienen o contradicen una manifestación de voluntad expresada anteriormente por una persona y que implican la asunción de una posición contradictoria en relación con esa anterior declaración, lo cual halla su razón de ser en la '(...) protección que objetivamente requiere la confianza que fundadamente se puede haber depositado en el comportamiento ajeno y la regla de la buena fe que impone el deber de coherencia en el comportamiento y limita por ello el ejercicio de los derechos subjetivos"⁹, teoría que pretende, en últimas, '(...) proteger la confianza de quien ha creído en la estabilidad de las situaciones jurídicas surgidas al amparo del acto realizado por quien luego pretende desconocerlo' y respecto de la cual, la Sección ha tenido oportunidad de pronunciarse¹⁰, manifestando que '(...) nadie puede venir válidamente contra sus propios actos, regla cimentada en el aforismo 'adversus factum suum quis venire non potest', que se concreta sencillamente en que no es lícito hacer valer un derecho en contradicción con una conducta anterior, o sea, 'venire contra factum proprium non valet'. Es decir va contra los propios actos quien ejercita un derecho en forma objetivamente incompatible con su conducta precedente, lo que significa que la pretensión que se funda en tal proceder contradictorio, es inadmisibles y no puede en juicio prosperar'.¹¹

En consecuencia, la conducta desplegada por la actora, al presentar la demanda, desconoce el postulado de la buena con la que debió actuar ante la Administración en el proceso de reintegro, y, por consiguiente, al desconocer sus propios actos, vulnera el artículo 83 de la Constitución Nacional y sus pretensiones deberán ser rechazadas.

- Reintegro de recursos por afiliación simultánea de sus afiliados al Sistema General de Seguridad Social en Salud – SGSSS y a los regímenes especiales o de excepción

De acuerdo con lo establecido en los artículos 2.1.13.5 y 2.1.13.6 del Decreto 780 de 2016, las condiciones de pertenencia a un Régimen Exceptuado o Especial prevalecen sobre las de pertenencia al Régimen Subsidiado, por lo que una persona no podrá estar afiliada simultáneamente a un Régimen Exceptuado o Especial y al Sistema General de Seguridad Social en Salud como cotizante o beneficiario.

Teniendo en cuenta lo anterior y en razón a su especificidad, el Ministerio de Salud y Protección Social a través de la Resolución 4895 de 2015 estableció los términos y condiciones para el reintegro al entonces Fondo de Solidaridad y Garantía – FOSYGA hoy ADRES, de los recursos de las Unidades de Pago por Capitación – UPC reconocidas a las EPS del régimen contributivo y subsidiado, durante los períodos de afiliación simultánea de sus afiliados al Sistema General de Seguridad Social en Salud – SGSSS y a los regímenes especial o de excepción, así como para el descuento del valor de los servicios y tecnologías en salud garantizados por la EPS a tales afiliados durante dichos períodos, cuando este resulta procedente.

En este punto resulta necesario indicar que la Resolución 4895 de 2015, remite al procedimiento de reintegro de recursos apropiados o reconocidos sin justa causa de que trataba la Resolución 3361 de 2013, si bien establece algunas condiciones adicionales.

En consecuencia, cuando un afiliado al Régimen Exceptuado o Especial se haya afiliado simultáneamente a una Entidad Promotora de Salud - EPS del Régimen Contributivo o Subsidiado, la ADRES en ejercicio de sus competencias, producto del cruce del Histórico de Afiliados pagos del Régimen Subsidiado (HAPS) contra la Base de Datos de los Regímenes Especiales y de Excepción (BDEX) y el Histórico de Afiliados Compensados (HAC) con el fin de identificar los recursos

⁹ Tribunal Supremo de España, Sala III de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia 12968 del 19 de diciembre de 2006, M.P. José Manuel Bandrés Sánchez-Cruzat. Citada en VALBUENA HERNÁNDEZ, Gabriel. *La defraudación de la confianza legítima. Aproximación crítica desde la teoría de la responsabilidad del Estado*. Universidad Externado de Colombia, 1ª ed., 2008, pg. 117.

¹⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 26 de abril de 2006, expediente 16041, C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

¹¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección tercera. C.P. Danilo Rojas Betancourth. Sentencia del 10 de marzo de 2011. Rad. 15666.

reconocidos y pagados de manera simultánea en el Régimen Contributivo, solicita a la respectiva EPS la restitución de los recursos que por concepto de Unidades de Pago por Capitación - UPC se le hubieren reconocido por dicho afiliado durante el tiempo de la afiliación simultánea.

- **Resolución 3361 de 2013**

A través de la Resolución 3361 de 2013 se estableció el procedimiento para el reintegro de los recursos del entonces Fosyga apropiados o reconocidos sin justa causa; los hallazgos relacionados con servicios de tecnologías no financiadas por la UPC adelantaban el procedimiento la firma auditora, los hallazgos relacionados con auditorías a la base de datos de pagos del régimen subsidiado o régimen contributivo se encontraban a cargo del Fosyga hoy ADRES, en el cual comunicaba a la entidad identificando la presunta apropiación de los recursos de la Unidad de Pago por Capitación, originados en la afiliación simultánea de una persona al Sistema y a un régimen especial o de excepción.

En ambos casos, se enviaba la comunicación a la persona natural o jurídica que presuntamente se apropió o a quien se le haya reconocido sin justa causa recursos del sector salud, para que aclare la situación evidenciada, conforme lo establece el artículo 4 ibidem.

Vencidos los plazos otorgados para atender el requerimiento sobre los recursos apropiados o reconocidos sin justa causa, si la EPS no presentaba las aclaraciones pertinentes, las mismas no resultasen satisfactorias o no existiere aceptación expresa de alguna de las posibilidades de reintegro, el Fosyga/ADRES remitía la documentación que soportaba el hallazgo a la Superintendencia Nacional de Salud, a fin que esta adelantase las actuaciones a que había lugar en el marco de su competencia, con lo cual se da inicio a la segunda etapa del procedimiento.

La segunda parte del procedimiento estaba a cargo de la Superintendencia Nacional de Salud, quien con fundamento en lo anterior y en observancia del derecho al debido proceso, profería acto administrativo en el cual ordenaba el reintegro de los recursos apropiados sin justa causa involucrados en la auditoría, sobre el cual procedía recurso de reposición, producto del cual se podía confirmar o revocar la orden de reintegro.

Al respecto, el artículo segundo de la Resolución 3361 de 2013 señala que el procedimiento objeto de regulación, sería adelantado por el “...administrador fiduciario de los recursos del Fondo de Solidaridad y Garantía (Fosyga), o cualquier entidad o autoridad que en el ejercicio de sus competencias, obligaciones contractuales o actividades, participe en el flujo de caja de los recursos del sector salud y detecte que se presentó apropiación o reconocimiento sin justa causa de dichos recursos”¹² (Subrayado fuera de texto)

Igualmente, la Resolución 3361 de 2013 en su artículo cuarto, estableció el trámite para determinar la apropiación o el reconocimiento sin justa causa de los recursos así:

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

1. *Recopilar la información que soporte el hallazgo de la apropiación o reconocimiento sin justa causa de los recursos, para lo cual tendrá en cuenta los análisis técnicos y la normatividad vigente.*
2. *Remitir comunicación, en medio físico y magnético, a la persona natural o jurídica que presuntamente se apropió o a quien se le haya reconocido sin justa causa recursos del sector salud, para que aclare la situación evidenciada, la cual deberá contener:*
 - *Descripción de los hallazgos que configuran la presunta apropiación o el reconocimiento sin justa causa de los recursos.*

¹² Artículo 2º de la Resolución 3361 de 2013 - Por la cual se fija el procedimiento para el reintegro de los recursos del Fondo de Solidaridad y Garantía (Fosyga) apropiados o reconocidos sin justa causa

- Copia de la información que soporta los hallazgos.
- Especificación de la Subcuenta del Fondo de Solidaridad y Garantía (Fosyga) y los conceptos que se presumen resultaron afectados por la apropiación o el reconocimiento sin justa causa de los recursos.
- El monto de los recursos involucrados.
- Plazo otorgado para la respuesta, el cual no podrá exceder de dos (2) meses siguientes a la recepción de la solicitud de aclaración, teniendo en cuenta el alcance contenido y volumen de la información objeto de revisión.”

A pesar de que, la Resolución 3361 de 2013, otorgó un plazo máximo de dos meses para dar respuesta a los hallazgos de la auditoría, en el artículo primero de la Resolución 3283 de 2015 otorgó un plazo máximo de cuatro meses contados a partir de la recepción de la solicitud de aclaración elevada por el Administrador Fiduciario.

Ahora bien, si la solicitud de aclaración es atendida satisfactoriamente por la EPS, es decir, que son aclarados los hallazgos producto de la auditoría o sí por el contrario, no son satisfactorios parcial o totalmente, o no fue contestada por la EPS, la normatividad ha dispuesto diferentes consecuencias, que se expondrán a continuación:

Omisión de responder por parte de la EPS a la solicitud de aclaración o de respuesta extemporánea.

De conformidad con el párrafo segundo del artículo quinto de la Resolución 3361 de 2013, si la EPS no contesta o lo hace de manera extemporánea al término contemplado, el administrador fiduciario deberá remitir a la Superintendencia Nacional de Salud el producto del hallazgo y sus soportes. En efecto, la norma en mención dispone:

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

(...)

PARÁGRAFO 2o. En caso de no responder el requerimiento o hacerlo fuera del plazo señalado para el efecto, el contenido del hallazgo y la información que lo soporta se remitirán a la Superintendencia Nacional de Salud para lo de su competencia.”

Aclaración total de los hallazgos.

En el evento que el Administrador Fiduciario encuentre justificada la aclaración realizada por la EPS deberá proceder de conformidad con lo ordenado por el numeral 6.3 del artículo sexto de la Resolución 3361 de 2013 y que dispone lo siguiente:

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

Si no se produjo apropiación o reconocimiento sin justa causa de los recursos, se informará lo pertinente al requerido y se enviará la totalidad de la documentación obrante al archivo del Fondo de Solidaridad y Garantía (Fosyga), para los registros a que haya lugar.”

En consecuencia, de encontrar que no existe apropiación o reconocimiento sin justa causa a favor de la EPS, el administrador fiduciario deberá informar esta situación a la EPS y enviará toda la documentación al Fosyga para que realice los registros del resultado del proceso de auditoría.

Apropiación o reconocimiento sin justa causa

Si la EPS contesta oportunamente la solicitud de aclaración elevada por el administrador fiduciario se presentarán las siguientes situaciones dependiendo de si existe o no apropiación o reconocimiento sin justa causa.

Esta consecuencia, se encuentra consagrada en el artículo sexto de la Resolución 3361 de 2013, que dispone:

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

- 1.1. Si se determina que efectivamente se produjo apropiación o reconocimiento sin justa causa de recursos, se procederá conforme a lo señalado en el artículo 7o y a las disposiciones del Capítulo II de la presente resolución.
- 1.2. Si se determina que existe justificación parcial a la solicitud de aclaración por apropiación o reconocimiento sin justa causa de recursos, se procederá conforme a lo señalado en el artículo 7o y a las disposiciones del Capítulo II de la presente resolución, sólo respecto de aquella parte del requerimiento, que no haya sido aclarada de forma satisfactoria.
- 1.3. (...)”

De manera, que si una vez analizada la respuesta en los dos meses siguientes a su recepción, se concluye que se han confirmado los hallazgos producto del proceso de auditoría o de encontrar que existe tan sólo una justificación parcial y por tanto, encontrando que efectivamente se produjo una apropiación o reconocimiento sin justa causa, el Administrador Fiduciario atendería lo dispuesto por el artículo séptimo de la Resolución 3361 de 2013 frente a la totalidad del valor o del valor no justificado dependiendo de lo concluido de la respuesta.

El artículo séptimo de la Resolución 3361 de 2013, señala lo siguiente:

“ARTÍCULO 7o. ELABORACIÓN DE INFORME Y COMUNICACIÓN DEL RESULTADO

Durante el término de que trata el artículo 6o de la presente resolución, quien esté adelantando el procedimiento para determinar la apropiación o el reconocimiento sin justa causa de los recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud, elaborará un informe en el que se plasmen las razones que sustentan el resultado del análisis y finalizado el mismo, lo comunicará a la entidad requerida en medio físico y magnético y al administrador fiduciario de los recursos del Fosyga, en caso de que este no sea quien conozca el procedimiento.

Cuando se determine que existió apropiación o reconocimiento sin justa causa de recursos, la comunicación contendrá como mínimo:

1. La solicitud de reintegrar los recursos junto con la liquidación de intereses de mora, dentro de los veinte (20) días hábiles siguientes al recibo de la comunicación, mencionando las opciones relacionadas en el artículo 9o de la presente resolución.
2. El valor a reintegrar por concepto de recursos apropiados o reconocidos sin justa causa.
3. La determinación de si las sumas adeudadas deben ser devueltas junto con los intereses de mora calculados con base en la tasa de interés moratorio establecida para los impuestos administrados por la DIAN o con la actualización mediante la aplicación del Índice de Precios al Consumidor (IPC).
4. La identificación de las Subcuentas del Fondo de Solidaridad y Garantía (Fosyga), a las cuales se deben reintegrar los recursos.

PARÁGRAFO. Si quien elabora el informe tiene la calidad de contratista del Ministerio de Salud y Protección Social, el resultado del análisis deberá contar con el concepto previo de su respectivo interventor.”

Por tanto, el ente auditor de encontrar que sí existió una apropiación o reconocimiento sin justa causa elaborará un informe, el cual deberá contar con un concepto previo del interventor, y en el cual se señalará el valor a reintegrar, si las sumas de dinero deben ser devueltas junto con los intereses de mora calculados o con la indexación de conformidad con el Índice de Precios al Consumidor,

finalmente, una solicitud de reintegrar los recursos en los 20 días hábiles siguientes, atendiendo las opciones del artículo noveno del acto administrativo en mención.

Si en los 20 días hábiles siguientes, la persona, de manera expresa acepta reintegrar los recursos, deberá adoptar alguna de las siguientes opciones descritas en el artículo noveno que señala:

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

1. Consignar en la Subcuenta del Fondo de Solidaridad y Garantía (Fosyga), que corresponda el o los montos a reintegrar, junto con la liquidación de intereses de mora calculados con base en la tasa de interés moratorio establecida para los impuestos administrados por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN), o con la actualización de los mismos mediante la aplicación del Índice de Precios al Consumidor (IPC) según corresponda, desde el momento en que existió a apropiación sin justa causa o el giro indebido de recursos, hasta el día en el que realizó el reintegro de los recursos.
2. Autorizar el descuento de las sumas a reintegrar, de los dineros que se le llegaren a reconocer por:
 - a) El proceso de giro y compensación.
 - b) El pago de solicitudes de recobro por tecnologías en salud no incluidas en el Plan de Beneficios.
 - c) La liquidación mensual de afiliados, o
 - d) Cualquier otro título.
3. Solicitar y suscribir un acuerdo de pago en los términos señalados en los artículos 11, 12, 13 y 14 de la presente resolución, cuando este proceda.

PARÁGRAFO. En el evento en que se autorice el descuento de los conceptos mencionados en el numeral 2 del presente artículo, se causarán los intereses de mora de conformidad con lo previsto en el artículo 4o del Decreto-Ley número 1281 de 2002.”

Respecto a lo anterior, se resalta como la Resolución 3361 de 2013 la persona natural o jurídica que manifiesta reintegrar los recursos conforme lo establece el artículo 9 *ib.*, se entenderá que acepta la obligación y a partir de su aceptación existe una obligación clara, expresa y exigible, en caso de incumplimiento se hará exigible el saldo total.

Finalmente, se debe tener en cuenta lo dispuesto en el artículo 15 de la Resolución 3361 de 2013, la cual ordena:

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

PARÁGRAFO. El mismo procedimiento se surtirá, si habiendo elegido la opción de pago 1 o 3 del artículo 9o de la presente resolución, el requerido incumple los plazos para el reintegro de los recursos o para la suscripción del acuerdo de pago.” (Resaltado ajeno al texto)

En consecuencia, si transcurridos veinte días hábiles, la EPS no acepta alguna de las facilidades de pago consagradas en la Resolución 3361 de 2013, el administrador fiduciario remitirá la documentación que soporta el hallazgo y restantes documentos descritos en el artículo 16 *ibidem* a la Superintendencia Nacional de Salud para que en el marco de sus competencias adelante las actuaciones orientadas al reintegro de los recursos del entonces Fosyga hoy ADRES.

- **NATURALEZA DEL PROCEDIMIENTO**

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 3 del Decreto Ley 1281 de 2002, en concordancia con la sentencia C – 607 de 2012 y atendiendo la Resolución 3361 de 2013 vigentes para el momento en que se llevó a cabo el procedimiento; se evidencia que el procedimiento de reintegro de recursos apropiados o reconocidos sin justa causa se trata de un procedimiento administrativo especial, debidamente reglamentado.

Ahora bien, se hace necesario precisar que el procedimiento administrativo especial de reintegro de recursos **no tiene naturaleza sancionatoria**.

Su finalidad es la recuperación de los recursos del SGSSS apropiados o reconocidos sin justa causa. Al respecto, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, en concepto, 2235 y 2235 Adición, señala que:

“(...) la finalidad, el contenido y el alcance del procedimiento establecido en el artículo 3 del Decreto Ley 1281 de 2002, que inicia el administrador fiduciario del FOSYGA o cualquier entidad o autoridad pública y continúa la Superintendencia, difiere de las características de un procedimiento de carácter sancionatorio. En efecto, la función que el legislador asignó a la Superintendencia Nacional de Salud en el artículo 3 del Decreto Ley 1281 de 2002, se limita a la posibilidad de que la entidad dé las órdenes para obtener el reintegro del monto de los recursos involucrados (...) sin que esta actividad implique, en principio, establecer responsabilidades respecto de la conducta de los sujetos.

- **APLICACIÓN REGLA DE FIRMEZA SOBRE LOS RECURSOS DEL ASEGURAMIENTO EN SALUD PARA PROCESOS DE REINTEGRO.**

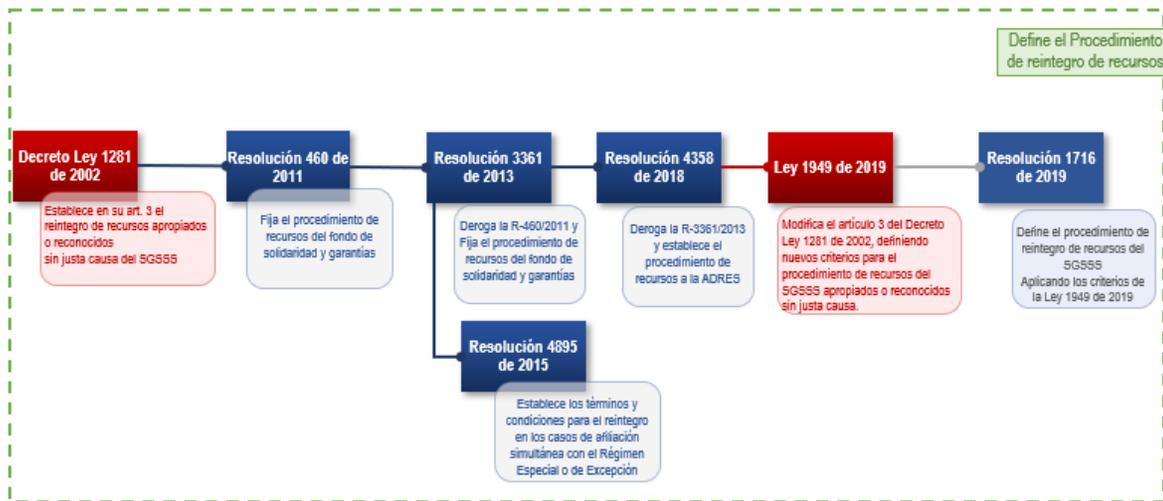
Para efectos de determinar la procedencia del reintegro de recursos del aseguramiento en salud, es necesario tener en cuenta lo previsto en el inciso final del artículo 73 de la Ley 1753 de 2015, que establece una regla de firmeza sobre estos recursos.

En complemento de lo anterior, el legislador dispuso en el inciso final del artículo 16 de la Ley 1797 de 2016, una regla de firmeza para los reconocimientos y giros de los recursos del aseguramiento en salud realizados dos años antes de la entrada en vigencia de la Ley 1753 de 2015, esto es, el 9 de junio de 2013, señalando que quedaron en firme a partir del momento de entrada en vigencia de la primera de las mencionadas leyes.

Las citadas normas fueron objeto de reglamentación con el Decreto 1829 de 2016, que adicionó el Decreto 780 de 2016, Único Reglamentario del Sector Salud y Protección Social, indicando en los artículos 2.6.1.6.1 y 2.6.1.6.2.

En los referidos artículos se indicó, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 73 de la Ley 1753 de 2015 y teniendo en cuenta su aplicación y vigencia, que los reconocimientos y giros de los recursos del aseguramiento en salud quedarán en firme transcurridos dos (2) años después de su realización y que para aquellos efectuados entre el 9 de junio de 2013 y el 8 de junio de 2015, dicho término contará a partir de la entrada en vigencia de la Ley 1753 de 2015, es decir, su firmeza se predica a partir del 10 de junio de 2017.

Ahora bien, es necesario indicar que de conformidad con lo dispuesto en el literal d) del artículo 2.6.1.6.1. del Decreto 780 de 2016, se define como reclamación, la remisión de la solicitud de aclaración a los sujetos del procedimiento de reintegro de recursos apropiados o reconocidos sin justa causa, con la cual se inicia dicho procedimiento y se interrumpe el plazo para que opere la firmeza sobre los reconocimientos y giros del aseguramiento en salud realizados a partir del 9 de junio de 2013.



- **DEL CASO EN CONCRETO-COMPARTA EPS**

- **Del Concepto Técnico de la Dirección de Liquidaciones y Garantías:**

En el caso objeto del proceso judicial, el Administrador Fiduciario del FOSYGA - Consorcio SAYP 2011, mediante comunicación **SLD-06093-16**, remitió a la EPS COMPARTA solicitud de aclaración sobre los valores identificados como hallazgo en la auditoría del régimen subsidiado denominado ARS002. Este documento fue enviado a través de la empresa SERVIENTREGA, bajo la guía N°1085554789 y fue recibida por la EPS el 24 de febrero de 2016.

El documento remitido a la EPS COMPARTA, contenía la descripción de las causales, el soporte jurídico y técnico del hallazgo identificado en la auditoría ARS002, de igual forma, le fue informado los registros y valores involucrados por causal de auditoría, así:

Causales consolidadas	N° DE REGISTROS INVOLUCRADOS	VALOR \$ INVOLUCRADO
Afiliados_ELM	765	21.929.275,41
Afiliados_ELM, Compensados_HAC	36	738.980,53
Afiliados_ELM, Compensados_HAC, Casos_Especiales	3	4.510,95
Afiliados_ELM, Compensados_HAC, Pensionados_PILA	6	191.717,10
Casos_Especiales	597	19.858.855,31
Compensados_HAC	47993	1.178.014.664,63
Compensados_HAC, Casos_Especiales	1	38.969,06
Compensados_HAC, Pensionados_PILA	569	44.433.500,76
Compensados_HAC, Pensionados_RUAF	5	128.817,90
Compensados_HAC, Pensionados_RUAF, Pensionados_PILA	15	1.029.315,00
Duplicados_BDUa, RUAF_ND	1	3.526,92
Fallecidos_RNEC	6081	502.810.590,23
Fallecidos_RNEC, Compensados_HAC	8	330.358,18
Fallecidos_RNEC, Pensionados_PILA	3	70.428,94
Fallecidos_RNEC, RUAF_ND	1	17.236,30
Mayor_a_30_días_LMA	1	26.513,48
Pensionados_PILA	2282	184.490.754,88
Pensionados_PILA, RUAF_ND	2	93.123,48
Pensionados_RUAF	612	25.733.015,88
Pensionados_RUAF, Pensionados_PILA	17	348.546,30
RUAF_ND	1112	99.544.101,65
TOTAL	60.110	2.079.836.802,89

Así mismo, la solicitud de aclaración indicaba los parámetros establecidos para validar lo informado y los términos de respuesta para que la EPS COMPARTA realizará las validaciones y emitiera la respuesta correspondiente.

La EPS COMPARTA, mediante la comunicación **No. 364257** del 26 de febrero de 2016, radicó ante el Administrador Fiduciario del FOSYGA - Consorcio SAYP 2011 una solicitud de prórroga para dar respuesta a la solicitud de aclaración, la cual fue concedida mediante comunicación **SLD-07511-16** radicada en la EPS el 2 de marzo de 2016 bajo la guía No. 248862631 de la empresa SERVIENTREGA, en la cual se informó que el nuevo plazo para dar respuesta a la solicitud de aclaración era de 40 días.

La EPS no dio respuesta a la solicitud de aclaración, por lo tanto, se continúa con las etapas siguientes del procedimiento previsto en la Resolución 3361 de 2013.

De acuerdo con lo anterior se procedió a realizar el informe de auditoría **SLD-14159-16**, el cual fue remitido para concepto previo de la Firma Interventora mediante comunicación **SLD-14158-16** del 13 de mayo de 2016.

La Firma Interventora mediante comunicación **No. 414903** del 31 de octubre de 2016, emitió concepto FAVORABLE al informe de auditoría **SLD-14159-16**, el cual fue recibido por la EPS bajo la guía de entrega No. 265115747 el 03 de noviembre de 2016, dándole a conocer el siguiente detalle:

De acuerdo con el concepto favorable de la Firma Interventora y el análisis realizado por el Consorcio SAYP 2011 a los 60.110 registros, teniendo en cuenta que se presentaron registros involucrados en auditorías anteriores y en los Procesos de LMA posteriores a la Auditoría ARS002, se concluyó que la EPS presentó una Deuda Cierta de \$22.681.818,47, sobre los cuales se continuó el debido proceso de la Resolución 3361 de 2013, como se presenta a continuación:

	RESULTADO DE LA AUDITORIA	VALOR REGISTROS ACLARADOS	VALOR DEUDA CIERTA	REGISTROS PARCIALMENTE RESTITUIDOS		TOTAL DEUDA CIERTA
				VALOR ACLARADOS	VALOR DEUDA CIERTA	
VALOR INVOLUCRADO \$	2.079.836.802,89	1.108.258.716,57	962.754.714,13	5.629.638,53	3.193.733,66	965.948.447,79
Nº. DE REGISTROS	60.110	29.772	30.243	93		

En cumplimiento del Decreto 1829 de 2016, la instrucción del ministerio No. 201633212125041 del 15 de noviembre de 2016 y la comunicación DCI-257-16 del 23 de noviembre de 2016 se informó a la EPS los pagos en firme y el valor de la nueva deuda junto con la reliquidación de los intereses.

En acatamiento de lo dispuesto por el Ministerio de Salud y Protección Social el Consorcio SAYP 2011 procedió a realizar el ajuste al informe de cierre mediante la comunicación **SLD-39122-16** recibido por la EPS el 29 de noviembre de 2016; de acuerdo con la norma estableció que (i) los procesos realizados con anterioridad al 9 de junio de 2013 quedarán en firme, mientras que (ii) los procesos de giro efectuados entre el 9 de junio de 2013 y el 8 de junio de 2015, quedarán en firme contados dos años a partir de la entrada en vigencia de la Ley 1753 de 2015 y que (iii) los pagos posteriores al 9 de Junio de 2015 quedarán en firme contado dos años a partir de su reconocimiento.

Debido a que la EPS COMPARTA no reintegró el valor adeudado en el término otorgado en el artículo 3 del Decreto Ley 1281 de 2002, el Administrador Fiduciario del FOSYGA - Consorcio SAYP 2011 consolidó los soportes del procedimiento y los remitió a la Superintendencia Nacional de Salud, mediante comunicación **JRD-5292-16** del 22 de diciembre de 2016.

La Superintendencia Nacional de Salud mediante el oficio **No. 2-2017-042727** del 22 de mayo de 2017 remitió al Consorcio SAYP 2011 la Resolución 000870 de 2017, la cual indicó en su artículo primero que:

“ORDENAR a la COOPERATIVA DE SALUD COMUNITARIA – COMPARTA EPS-S - identificada con NIT 804.002.105-0, reintegrar al Fondo de Solidaridad y Garantía - FOSYGA, la suma de NOVECIENTOS UN MILLONES CUATROCIENTOS CATORCE MIL SETECIENTOS SESENTA Y SIETE PESOS CON TREINTA Y UN CENTAVOS M/CTE (901.414.767,31) por concepto de capital, más CUATROCIENTOS SESENTA Y ISTE MILLONES SEISCIENTOS NOVENTA MIL CIENTO NOVENTA Y SIETE PESOS CON CINCUENTA Y CINCO CENTAVOS M/CTE(\$467.690.197,55) correspondiente a los intereses con corte al 30 de noviembre de 2016, por las razones expuestas en la parte motiva del presente acto administrativo”.

La Superintendencia Nacional de Salud, mediante el oficio **No. 2-2018-027046** radicado en la ADRES el 13 de abril de 2018, solicitó practicar validaciones técnicas que soportaran la orden de reintegro impugnada y con arreglo al estado de cuenta de los valores adeudados por la EPS COMPARTA para la auditoría ARS002.

En virtud de lo anterior, la ADRES mediante comunicación **No. 0000067918** radicada en la Superintendencia el 30 de mayo de 2018 atendió dicha solicitud y procedió a actualizar los valores adeudados por la EPS COMPARTA para el procedimiento de reintegro ARS002, como se detalla a continuación:

ANÁLISIS	RESULTADO DEL ANÁLISIS	VALOR (\$)
Consortio SAYP 2011	Valor involucrado	2.079.836.802,89
	Valor aclarado	1.113.891.195,83
	Valores en firme	64.530.839,75
	Valor a reintegrar	901.414.767,31
	Valores reintegrados	0,00
	Valor capital enviado a la SNS	901.414.767,31
	Valor interés enviado a la SNS	467.690.197,55
ADRES	Valor aclarado	1.545.628.656,98
	Valores en firme	64.530.839,75
	Valor a reintegrar	469.677.306,16
	Valor capital reintegrado después de enviar a SNS	0,00
	Valor interés reintegrado después de enviar a SNS	0,00
	VALOR CAPITAL POR REINTEGRAR	469.677.306,16
	VALOR INTERESES POR REINTEGRAR	420.285.904,03
	VALOR IPC POR REINTEGRAR	12.970.275,87
	VALOR TOTAL POR REINTEGRAR	902.933.486,06

La Superintendencia Nacional de Salud, radicó en la ADRES el 6 de marzo de 2019 oficio **No. 2-2019-10451**, reiterando la solicitud realizada mediante NUR-2-2019-23422 referente a la aplicación del párrafo artículo 7 de la Ley 1949 de 2019, para diferentes procesos en cabeza de dicha Superintendencia, entre los que estaba el relacionado con la EPS COMPARTA frente a la auditoría ARS002.

En respuesta a este requerimiento, la ADRES mediante comunicación **No. 25212** radicada en dicho ente de control el 4 de abril de 2019, informó los valores actualizados por concepto de capital e indexación al IPC, en cumplimiento de lo establecido en el párrafo 1° del artículo 7 de la Ley 1949 de 2019, así:

Concepto	Monto total adeudado (\$)
Capital	469.677.306,16
Indexación al IPC	101.780.413,47
Total	571.457.719,63

Nota: Indexación del IPC a corte de marzo de 2019

La Superintendencia Nacional de Salud, comunicó a la ADRES la Resolución 10061 del 27 de noviembre de 2019, por medio de la cual se resolvió el recurso de reposición interpuesto en contra de

la Resolución 000870 del 09 de mayo de 2017. En el artículo segundo de dicho acto administrativo indicó:

“MODIFICAR la Resolución No. 000870 del 09 de mayo de 2017, el cual quedará así:”

“ARTÍCULO PRIMERO. ORDENAR a la COOPERATIVA DE SALUD COMUNITARIA – COMPARTA EPS-S - identificada con NIT 804.002.105-0, reintegrar a favor de ADRES- Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud – SGSSS, identificada con el NIT 901.037.916-1, las siguientes sumas de dinero: CUATROCIENTOS SESENTA Y NUEVE MILLONES SEISCIENTOS SETENTA Y SIETE MIL TRESCIENTOS SEIS PESOS CON UN MILLONES SETECIENTOS OCHENTA MIL CUATROCIENTOS TRECE PESOS CON CUARENTA Y SIETE CENTAVOS M/CTE(\$101.780.413,47) por concepto de actualización de capital, calculada mediante aplicación del Índice de Precios al Consumidor – IPC.

La Superintendencia Nacional de Salud mediante el oficio **No 2-2020-22697** del 10 de marzo de 2020 informó a la ADRES la firmeza.

La ADRES con la comunicación No **0000042497** de fecha 20 de abril de 2020 solicitó dar cumplimiento inmediato a los mandatos contenidos en la Resolución 000870 del 09 de mayo de 2017, modificada por la Resolución 010061 del 27 de noviembre de 2019, proferidas por la Superintendencia Nacional de Salud, actos administrativos que adquirieron firmeza el 03 de diciembre de 2019, según constancia remitida a esta Entidad por la Superintendencia Nacional de Salud.

La EPS COMPARTA con la comunicación **DIRJDC0290** de fecha 02 de junio de 2020 dio respuesta a la solicitud de cumplimiento, con la cual informan que no realizaría ningún reintegro de los registros ordenados en la Resolución 000870 de 2017, modificada por la Resolución 010061 de 2019, toda vez, que no encontraba en la realización de los trámites jurídicos pertinentes para declarar la nulidad y restablecimiento del derecho sobre los actos administrativos mencionado.

En respuesta a lo anterior, la ADRES informó a la EPS COMPARTA con la comunicación No. **0000431209** del 14 de agosto de 2020, que de acuerdo con el deber constitucional de cumplir las funciones y en aras de acatar la Ley, la ADRES continuó adelante con los términos de que trata el artículo 14 de la Ley 1716 de 2019 y compensó el reintegro de los recursos apropiados o reconocidos sin justa causa del SGSSS en el proceso de LMA, sobre los reconocimientos que se hicieron a favor de la EPS COMPARTA en los procesos de LMA junio y LMA julio de 2020.

De conformidad con lo anteriormente expuesto, se tiene que el Administrador Fiduciario del FOSYGA - Consorcio SAYP 2011 y la ADRES, adelantaron el procedimiento de reintegro de recursos contra la EPS COMPARTA teniendo en cuenta lo reportado a la BDUA por dicha EPS y las demás que administran información relativa al estado de sus afiliados, en observancia de las garantías establecidas a su favor y de las etapas y términos establecidos en las Resoluciones 3361 de 2013 y 1716 de 2019 actualmente vigente,

En este sentido, es preciso indicar que el procedimiento administrativo especial de reintegro fue adelantado de conformidad con la normatividad vigente al momento de los hechos, tal como se determinó en las Resoluciones 000870 de 2017 y la 0010061 de 2019, las cuales surtieron todas las etapas que dan cuenta de las actuaciones que se llevaron a cabo, actos administrativos que fueron notificados a la EPS demandante los cuales fueron soporte del reintegro realizado.

En este punto se advierte que las Resoluciones 000870 de 2017 y la 0010061 de 2019 son actos administrativos amparados por la presunción de veracidad que se encontraban vigente y fueron aplicables al caso que nos ocupa, de conformidad con el artículo 88 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo – CPACA, que establece que *“Los actos administrativos se presumen legales mientras no hayan sido anulados por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. (...)”*.

De acuerdo con lo antes señalado, las Resoluciones proferidas por la Superintendencia Nacional de Salud y las actuaciones adelantadas por el Administrador Fiduciario del FOSYGA - Consorcio SAYP 2011 y la ADRES gozaban de presunción de legalidad mientras no hayan sido suspendidas, ni anuladas por la jurisdicción de lo contencioso administrativo y, mientras conservaron su vigencia, fueron cumplidas y ejecutadas por sus destinatarios.

Dicho de otra manera, del sometimiento del Estado al derecho se deriva un principio fundamental: la presunción de legalidad de los actos de la administración y su obligatorio acatamiento. El acto administrativo no solo es la manifestación de la voluntad de la administración en abstracto, sino una *“tendiente a modificar el ordenamiento jurídico, es decir, a producir efectos jurídicos”*¹³. La obligación de todos los servidores públicos y demás personas que residan en el territorio nacional es someterse a lo dispuesto en los actos administrativos y, si les corresponde, ejecutarlos. Lo contrario *“sería el caos jurídico, la inseguridad jurídica y la ruptura del Estado de derecho”*¹⁴.

De tal manera, los actos administrativos Resolución 00870 de 2017 modificada por la Resolución 0010061 de 2019 gozan de la presunción de legalidad, sobre los cuales no ha sido ordenado suspender sus efectos, por lo que la ADRES procede de conformidad con las funciones limitadas establecidas en el artículo 121¹⁵ de la Constitución Política de Colombia.

En esos términos, el procedimiento de reintegro de recursos del Sistema General de la Seguridad Social apropiados o reconocidos sin justa causa se encuentra en el marco de las funciones de la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud – ADRES, de conformidad con lo establecido en la Ley 1949 de 2019 que le otorgó la competencia a la entidad para ordenar el reintegro de los recursos.

Es de aclarar que, a la EPS le fue informada la fuente de validación de los registros y la descripción de cada causal sobre la cual se soportaba el hallazgo y con fundamento en lo anterior, la ADRES motivó de forma clara, puntual y suficiente la orden de reintegro a la EPS COMPARTA expresada en el acto administrativo que ordeno el reintegro y en el que resolvió el recurso de reposición, indicando los registros por los cuales se determinó la apropiación o reconocimiento sin justa causa, en los que la EPS no pudo controvertir, en los términos dispuestos legal y reglamentariamente establecidos, esto es, en el marco de las bases de datos que sirven como fundamento para el reconocimiento de la UPC y al mismo tiempo para la auditoría que dio lugar al presente procedimiento administrativo.

Por lo anterior, para su Despacho debe ser claro que no se ha presentado vulneración a los derechos al debido proceso administrativo y defensa de la EPS COMPARTA toda vez que el trámite surtido por la Superintendencia Nacional de Salud y las actuaciones adelantadas por el Administrador Fiduciario del FOSYGA - Consorcio SAYP 2011 y la ADRES se realizó con el proceso establecido para el reintegro de los recursos apropiados o reconocidos sin justa causa y bajo la observancia de las normas legales que rigen la materia.

IV. EXCEPCIONES DE FONDO

LA LEGALIDAD DEL PROCEDIMIENTO ADELANTADO

¹³ Rodríguez, Libardo (2015). Derecho Administrativo General y colombiano. 19ª edición. Bogotá: Temis, 2015. Pág. 331.

¹⁴ Sentencia SU182/19 Corte Constitucional

¹⁵ Ninguna autoridad del Estado podrá ejercer funciones distintas de las que le atribuyen la Constitución y la ley

Los actos administrativos gozan de la presunción de legalidad, la cual hace referencia a la presunción de validez del acto administrativo mientras su posible nulidad no haya sido declarada por autoridad competente.

La presunción de legitimidad importa, en sustancia, una presunción de regularidad del acto, también llamada presunción de “legalidad”, de “validez”, de “juridicidad” o pretensión de legitimidad. El vocablo “legitimidad” no debe entenderse como sinónimo de “perfección”.

En el mismo sentido, se ha manifestado que la presunción de legalidad del acto administrativo es “la suposición de que el acto fue emitido conforme a derecho, dictado en armonía con el ordenamiento jurídico. Es una resultante de la juridicidad con que se mueve la actividad estatal. La legalidad justifica y avala la validez de los actos administrativos; por eso crea la presunción de que son legales, es decir, se los presume válidos y que respetan las normas que regulan su producción”.

La presunción se desprende del hecho supuesto de que la administración ha cumplido íntegramente con la legalidad preestablecida en la expedición del acto, lo que hace desprender a nivel administrativo importantes consecuencias entre ellas, la ejecutoriedad del mismo.

Ahora bien, no obstante, la presunción de legalidad que gozan los actos administrativos en sí mismos, estos a su vez pueden ser controvertidos mediante la interposición de los recursos previstos en la ley lo cual debe realizarse dentro de la diligencia de notificación personal, o dentro de los cinco (5) días siguientes a ella, o a la des fijación del edicto. Una vez hayan sido interpuestos los recursos y resueltos los mismos, se produce el agotamiento de la vía gubernativa y el acto administrativo reviste el carácter de ejecutivo y ejecutorio.

Dado lo anterior tenemos que cuando se agote la vía gubernativa, es decir, cuando los recursos interpuestos se hayan decidido por parte de la autoridad administrativa, ya no existe la posibilidad de que dicho acto administrativo se controvierta ante la entidad que lo profirió, sin perjuicio que el particular pueda demandar la decisión administrativa ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo mediante el ejercicio de las acciones previstas en la ley.^[6] A contrario sensu, si no se ha interpuesto los recursos obligatorios en la vía administrativa, se entenderá que no agotó la vía gubernativa, por ende no le es posible acudir ante las autoridades jurisdiccionales.

Como puede observarse, en el evento que un particular o entidad se encuentre inconforme o lesionado con la decisión proferida por la administración, tendrá la posibilidad de agotar en primera instancia, la vía gubernativa por intermedio de los recursos de ley y en el evento que no prosperen, tendrá la posibilidad de acudir ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

En consecuencia, las resoluciones emitidas por parte de la Superintendencia de Salud gozan de la presunción de legalidad ya que fueron expedidos conforme a los requisitos establecidos en la ley. Y es que el procedimiento adelantado tiene sustento legal y reglamentario, sin que se pueda aludir la omisión de algún parámetro como lo pretende el demandante, cuando alude que se vulneró el derecho a probar, y sobre el particular cuestiona esta defensa, cómo es posible que se aduzca ello, si en el procedimiento adelantado hubo una etapa de aclaraciones donde el demandante podía soportar y argumentar la no apropiación indebida de los recursos.

Solicito se tenga en cuenta la normativa antes descrita, que establece el procedimiento de reintegro de recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud apropiados o reconocidos sin justa causa, se trata de un trámite reglado y en cada una de las etapas del procedimiento se garantizan unas oportunidades, términos y plazos a la persona natural o jurídica que presuntamente apropió recursos del sistema de salud para que ejerza el derecho de defensa y contradicción aportando en la oportunidad establecida, las pruebas y soportes documentales que considere pertinentes.

Respecto al debido proceso, la Corte Constitucional lo ha definido como:

“el conjunto de garantías previstas en el ordenamiento jurídico, a través de las cuales se busca la protección del individuo incurso en una actuación judicial o administrativa, para que durante su trámite se respeten sus derechos y se logre la aplicación correcta de la justicia”

Sobre el particular, el Consejo de Estado ha establecido:

“En tanto expresión del principio de Estado de Derecho, y más concretamente del principio de legalidad, su objetivo es estatuir un mecanismo que al tiempo que limite el poder de las autoridades, forzando a que sus actuaciones se sometan siempre a las formas preestablecidas por la ley, contribuya tanto a la garantía y realización de los derechos de los particulares, que deben gozar de posibilidades adecuadas de participación en el proceso de formación de la voluntad de la Administración, como a un mejor ejercicio de las funciones públicas y a una más imparcial aplicación del Derecho, gracias al debate entidad-particular(es) que propicia.

Lo anterior no significa que el debido proceso consagrado por el artículo 29 Constitucional sea un derecho absoluto o de contenido uniforme. Es, por el contrario, un estándar de corrección formal que por las razones antes expuestas impone la Constitución a la Administración y a los jueces. De aquí que, aunque deba guardar siempre conformidad con las exigencias mínimas del derecho de defensa, contradicción, audiencia y publicidad que impone la norma constitucional, admita distintas configuraciones legales acordes con la naturaleza y las particularidades de la actuación administrativa y fase procesal regulada”

En este sentido, existe un procedimiento especial que cumple unos parámetros que permiten detectar el hallazgo a través de soportes y bases de datos, indicando en la solicitud de aclaración los registros o ítems que configuran la apropiación o el reconocimiento sin justa causa, o la descripción de la destinación con la cual se hizo la transferencia de los recursos.

Posteriormente, la solicitud de aclaración se comunica a la persona para que en el término previsto otorgue respuesta, en esta etapa, garantiza el principio de publicidad ya que permite conocer las causales de hallazgo y, permite ejercer el derecho de defensa y contradicción allegando los soportes y medios de prueba que considera pertinentes.

En el evento en que la persona no presente respuesta solicitud de aclaración o lo haga en forma extemporánea, la entidad que esté adelantando el procedimiento elabora el informe.

Establecida la apropiación o el reconocimiento sin justa causa, se expedirá acto administrativo definitivo que ordene el reintegro del valor adeudado junto con el reconocimiento de intereses DIAN o actualización conforme al IPC, según la normativa aplicable para el caso concreto.

Contra el acto administrativo definitivo que ordene el reintegro de los recursos apropiados o reconocidos sin justa causa procederán los recursos de Ley.

COBRO DE LO NO DEBIDO

El procedimiento de reintegro de recursos, resulta ser un procedimiento especial, que para el caso objeto de litis cumplió los parámetros definidos en el artículo 3 del Decreto Ley 1281 de 2002, Ley 1122 de 2007, Ley 1438 de 2011, Decreto 2462 de 2013, Decreto 265 de 2018, y la Resolución 3361 de 2013 y al haberse establecido la apropiación o el reconocimiento sin justa causa, los recursos deben permanecer en las arcas del Sistema General de Seguridad Social en Salud – los cuales tienen destinación específica – artículo 48 de la Constitución Política no siendo entonces procedente que se solicite por vía judicial no sean retornados.

AUSENCIA DE PRUEBA DEL DAÑO QUE SE DEMANDA REPARAR.

En el proceso administrativo especial de reintegros de recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud, no obedece a un descuento injustificado.

El inciso primero del artículo 90 de la Constitución Nacional dispone:

“ARTICULO 90. El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas. (...)” (Resaltado ajeno al texto)

De acuerdo con lo anterior, esta Entidad deberá responder por los daños antijurídicos causados, es decir, aquellos que la presunta víctima no se encontraba en el deber de soportarlos; criterio compartido por el Consejo de Estado y Corte Constitucional, al considerar:

“La jurisprudencia constitucional ha tomado como base la del Consejo de Estado para subrayar la idea de que la antijuridicidad del perjuicio no depende de la licitud o ilicitud de la conducta desplegada por la Administración sino de la no soportabilidad del daño por parte de la víctima. En estos términos el Consejo de Estado dijo:

‘Esta concepción de daño antijurídico ha sido admitida por la jurisprudencia del Consejo de Estado en nuestro país. Así, en múltiples oportunidades ese tribunal ha definido el daño antijurídico como “la lesión de un interés legítimo, patrimonial o extrapatrimonial, que la víctima no está en la obligación de soportar”, por lo cual “se ha desplazado la antijuridicidad de la causa del daño al daño mismo”. Por consiguiente, concluye esa Corporación, “el daño antijurídico puede ser el efecto de una causa ilícita, pero también de una causa lícita. Esta doble causa corresponde, en principio, a los regímenes de responsabilidad subjetiva y objetiva”^{16, 17}

Lo anterior, es necesario analizarlo a la luz del ordenamiento jurídico, es decir, si la norma jurídica le impone al administrado el deber de soportar el daño o no, criterio que comparte la doctrina al considerar:

“Mientras el daño antijurídico alude a aquellas afectaciones negativas sufridas por una persona que no está en la obligación de soportarlas, porque ninguna norma se lo impone, y constituye un elemento estructural de la responsabilidad en cualquiera de los regímenes – subjetivos y objetivos – que permiten fundarla, el daño especial constituye (...)”¹⁸

El deber de soportar el presunto daño alegado por la persona requerida, si se encuentra justificado de la Resolución 3361 de 2013, a la vez, en el evento de que la EPS marcará el estado de reintegro, media una aceptación expresa de realizar el descuento y por consiguiente, el daño no sólo deber ser soportado por la persona requerida, a la vez, en virtud del principio de autorresponsabilidad, deberá aceptar la consecuencia de la manifestación de su voluntad.

En consecuencia, se observa que existen varios argumentos, para afirmar, que el presunto daño alegado por la persona requerida por la apropiación o reconocimiento sin justa causa se encuentra en el deber de soportarlo y por consiguiente, no existe un daño antijurídico resarcible y las pretensiones de la demanda deberán ser objeto de rechazo.

AUSENCIA DE LA RESPONSABILIDAD DE LA DEMANDADA.

Todo lo expuesto en el presente escrito permite concluir que el daño alegado proviene exclusivamente de la omisión y negligencia del propio agente; luego no se puede atribuir responsabilidad al Estado

¹⁶ Consejo de Estado. Sentencia del 13 de julio de 1993. Loc-cit.

¹⁷ Corte Constitucional. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra. Sentencia C – 254 de 2003.

¹⁸ María Cecilia M’Causland Sánchez, *RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR DAÑOS CAUSADOS POR ACTOS VIOLENTOS DE TERCEROS*. Artículo publicado en *LA FILOSOFÍA DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL*, Carlos Bernal Pulido y Jorge Fabra Zamora (Editores), Universidad Externado de Colombia, 2013. Pág. 549.

por un hecho exclusivamente suyo, pues nadie puede alegar su propia culpa para derivar un beneficio. Conviene además citar el pronunciamiento del H. Consejo de Estado, en el que sostuvo:¹⁹

“(…) En cuanto al elemento alusivo a la ausencia de causa jurídica, cabe precisar que supone “que no haya otra fuente de la obligación como un contrato o un hecho ilícito y que no exista otra acción por la que se pueda restablecer el equilibrio perdido…”. Resulta igualmente necesario advertir que no se aplica la teoría cuando el empobrecimiento tiene por causa el hecho exclusivo del sujeto que lo padece, pues en estos casos debe soportar las consecuencias de sus acciones u omisiones, como lo impone la máxima según la cual a nadie le es dable alegar su culpa en beneficio propio. La Sala resalta finalmente, que la teoría del enriquecimiento no puede utilizarse para regular situaciones derivadas de la violación del ordenamiento jurídico o para solucionar eventos determinados por la ineficiente gestión administrativa. De allí que su aplicación no conduzca a la indemnización del daño sino a la correspondiente compensación que se define en consideración al empobrecimiento sufrido por el demandante hasta la porción en que defectivamente se enriqueció el demandado. (…)”

En consecuencia, la acción que aquí se suscita no está llamada a prosperar, en razón a que la actuación de la ADRES, se ajustó a derecho, por lo que la verdadera razón del reintegro que aquí se estudia es atribuible a la propia entidad demandante.

V. PETICIÓN

Con fundamento en lo indicado, así como en las razones que el Juez considere pertinentes para llegar a la conclusión a la que aquí se arriba, le solicito comedidamente:

- Exonerar a la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud – ADRES de las pretensiones incoadas por la entidad demandante.
- En su lugar declarar la no prosperidad de estas y desestimar los cargos.
- Condenar en costas, agencias en derecho y demás gastos procesales a la entidad demandante por activar el aparato judicial.

VI. PRUEBAS

DOCUMENTALES.

- Solicito tener en cuenta:
 - Concepto técnico con el radicado No. **20211500063133** del 11 de noviembre de 2021, facilitados por la Dirección de Liquidaciones y Garantías de la ADRES.
 - Antecedentes Administrativos del procedimiento de reintegro: Resolución 870 de 2017, Resolución 10061 de 2019, solicitud de aclaración; Prorroga; concepto previo; informe de auditoría; Remisión a la SNS; Validación técnica; y soporte de descuentos y consignaciones. De esta forma, se brinda respuesta a la solicitud, quedando atentos a cualquier información adicional que se requiera sobre el particular.
- Documentos en los que encontrará el soporte técnico que justificó la decisión adoptada por en el procedimiento administrativo especial de reintegro que se adelantó contra la EPS.
- Las documentales aportadas como medio de prueba por la Superintendencia de Salud dentro del presente proceso.

¹⁹ Sentencia del 7 de junio de 2007 – Radicación No. 5200123-31-000-1995-07018-01 (14669). Consejero Ponente: Ramiro Saavedra Becerra.

VIII. ANEXOS

- Los relacionados en el acápite de pruebas.
- Poder legalmente conferido por el Jefe de la Oficina Asesora Jurídica de la ADRES
- Ley 1753 de 2015 Por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018.
- Decreto 1429 de 2016 -Por la cual se modifica la estructura de la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud-ADRES y se dictan otras disposiciones.
- Resolución 101 del 3 de agosto de 2017-Por el cual se delegan unas funciones y se dictan otras disposiciones.
- Resolución N° 453 de 2021 -Nombramiento jefe Oficina Asesora Jurídica de la ADRES.
- Acta de posesión No. 016 de 2021

IX. NOTIFICACIONES

La Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud – ADRES recibe notificaciones en la Avenida Calle 26 No. 69 – 76 Edificio Elemento Torre 1, Piso 17 de la ciudad de Bogotá- Correo electrónico para notificaciones judiciales es: notificaciones.judiciales@adres.gov.co / teléfono: 4322760 Ext. 1767 – 1771 y el suscrito apoderado en el correo cristian.paez@adres.gov.co Cel. 3102903019.

Cordialmente,



CRISTIAN DAVID PAEZ PAEZ

C.C. 1.049.614.764 de Tunja
T.P. 243.503 del C.S. de la J.