

Señores(as)

JUZGADO DÉCIMO CIVIL DEL CIRCUITO DE BUCARAMANGA

E. S. D.

REFERENCIA: **PROCESO EJECUTIVO**
DEMANDANTE: **HOSPITAL UNIVERSITARIO DE FLORIDABLANCA**
DEMANDADO: **COOMEVA EPS S.A.**
RADICADO: **68001310301020190035100**

ASUNTO: **RECURSO DE REPOSICION Y EN SUBSIDIO APELACIÓN EN CONTRA DEL AUTO QUE DECRETA MEDIDAS CAUTELARES**

EIDDER CAMILO COLMENARES ORDUZ, identificado con la Cédula de Ciudadanía Número 1.095.799.950 y Tarjeta Profesional Número 218.477 del Consejo Superior de la Judicatura, actuando en calidad de Apoderado Judicial de **COOMEVA EPS S.A.**, comedidamente me permito presentar ante su honorable despacho **RECURSO DE REPOSICIÓN Y EN SUBSIDIO DE APELACIÓN**, dentro del término de Ley otorgado para ello, contra las providencias que decretan medidas cautelares **por las razones jurídicas que a continuación expongo:**

LAS COTIZACIONES QUE RECAUDAN LAS ENTIDADES PROMOTORAS DE SALUD PERTENECEN AL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD.

La seguridad social y la salud son servicios públicos de carácter obligatorio que se presentan bajo dirección, coordinación y control del estado Art 48 y 49 C.N; en dicho orden de ideas se deben entender que el sistema de seguridad social en salud, tiene como propósito garantizar los servicios y derechos irrenunciables a los integrantes de la nación, frente a sus aspectos de promoción, protección, y recuperación de la salud.

De conformidad con lo anterior los dineros y activos de la demandada tienen la calidad de parafiscales, la cual se encuentra determinada por varias circunstancias:

- 1) La primera: Es la fuente que lo financia, en consonancia con esto toda vez que dichos dineros provienen del pago de la salud de los usuarios del sistema, gran parte de estos recursos se encuentran en las cuentas Bancarias, donde se recaudan y administran por la E.P.S dineros que le pertenecen al sistema de salud y están comprometidos para tal efecto.
- 2) La segunda: Es la destinación específica de los mismos que tiene como propósito cubrir el funcionamiento de la entidad promotora para de esta forma cumplir su fin que no es otro que el de realizar la prestación de los servicios de salud.

“Siendo del caso mencionar que en la actualidad, con la expedición de la ley 1751 de 2015, encargada de regular el derecho fundamental a la salud, el legislador reiteró la inembargabilidad de los dineros que sean destinados a dicho sector, pues en su artículo 25 fue contundente en manifestar que *«los recursos públicos que financian la salud son inembargables»*.”

Sin que este demás indicar que en la sentencia C-313 de 2015, la Corte Constitucional solamente hizo alusión a una excepción, y es aquella que está relacionada con la ejecución de obligaciones de carácter laboral, supuesto en el cual se contempla una excepción al principio de inembargabilidad.”

Por ello, y atendiendo a las medidas decretadas por el despacho judicial, es necesario abordar el estudio de los rubros manejados por las EPS y sobre los cuales recayeron las cautelas.

Se observa que el embargo recae sobre gastos de administración conforme lo regulado en el artículo 23 de la ley 1438 de 2011, por lo cual es imperativo referirnos a las consideraciones y conclusiones a las que arribó la Corte Constitucional en la sentencia C-262 de 2013 en donde analizó la constitucionalidad del artículo 23 de la Ley 1438 de 2008 que contempla los conceptos que hoy son objeto de la petición de medidas cautelares.

En primer lugar, esa alta Corporación evocó numerables pronunciamientos en los que se analizó la naturaleza de los recursos percibidos por las Empresas Prestadoras de los Servicios de Salud, y en especial de los rubros que se catalogan gastos de administración, en las que se dijo:

“En la **sentencia C-1040 de 2003**, en vista de una demanda contra el artículo 111 (parcial) de la ley 788 de 2002 bajo el argumento de que desconocía la destinación específica de los recursos de la seguridad social al gravar en porcentajes del 20% - en el régimen contributivo- y 15% -en el régimen subsidiado- **los recursos que reciben las EPS de la UPC con el impuesto de industria y comercio, la Corporación explicó que los recursos del SGSSS son parafiscales y que la destinación específica cubre tanto los rubros dirigidos a la prestación de los servicios del POS, como los de gastos de administración del sistema**, los cuales consideró que son los destinos de la UPC. Estos rubros, en consecuencia, señaló la Sala que no pueden ser materia de impuestos, pues ello alteraría la destinación específica, razón por la cual declaró inexecutable las expresiones “en el porcentaje de la Unidad de Pago Por Capitación, UPC, destinado obligatoriamente a la prestación de servicios de salud”, “Este porcentaje será para estos efectos, del ochenta por ciento (80%) en el régimen contributivo y del ochenta y cinco por ciento (85%) de la UPC en el régimen subsidiado” del artículo demandado.

(...)

Posteriormente, en la **sentencia C-824 de 2004**, con ocasión de una demanda contra el artículo 48-10 (parcial) de la ley 788 de 2002 porque, a juicio del

demandante, sometía los gastos administrativos de las EPS al GMF y, por tanto, era contrario a la destinación específica de los recursos de la salud, la Corte reiteró que las cotizaciones, tarifas, copagos y bonificaciones que las EPS recaudan son contribuciones parafiscales que no se pueden confundir con su patrimonio, e indicó que uno de los destinos de esos recursos permitido por la Constitución es el pago de los gastos administrativos en los que incurren las EPS.

Para la Corporación, los gastos administrativos que paga la UPC son necesarios para la prestación del servicio de seguridad social en salud, por tanto, hacen parte de la destinación específica a la que alude el artículo 48 superior y por ello no pueden ser gravados con el GMF. En palabras de la Corte:

“En ese orden de ideas, si es necesario que una parte de los recursos del SGSSS sean dedicados a gastos administrativos, precisamente para que el sistema pueda operar y puedan ser realizados los actos médicos, entonces es obvio que los dineros destinados a financiar esos gastos administrativos son recursos del sistema de seguridad social, que no pueden entonces ser gravados, ya que dichos gravámenes implican que una parte de esos ingresos entraría a engrosar el presupuesto general, con lo cual un componente de los dineros de la seguridad social es destinado a otros propósitos, con clara vulneración de la prohibición prevista en el artículo 48 superior.”

Lo contrario ocurre con los recursos propios de las EPS originados en sus ganancias, contratos de medicina prepagada, etc., los cuales, precisó la Corporación, no son recursos del sistema y, por tanto, sí pueden ser gravados. Por estas razones se declaró inexecutable la expresión “diferentes a los que financian gastos administrativos” del precepto demandado”

Luego de puntualizado lo anterior, la Corte procedió a identificar los motivos y propósitos que el legislador tuvo al momento de redactar el texto del artículo 23 de la Ley 1438 de 2011, y expuso como razones:

“Una lectura histórica basada en los antecedentes legislativos demuestra que estos incisos fueron aprobados por el Congreso con el propósito de erradicar tres tipos de prácticas de algunas EPS consideradas nocivas para el SGSSS: **(i)** elevar injustificadamente sus gastos de administración mediante la inclusión de rubros que no son necesarios para garantizar la prestación de los servicios del POS y las demás funciones a cargo de las EPS; **(ii)** usar los recursos que deben destinarse a la “atención en salud” a fines distintos a éste, específicamente, a la adquisición de activos fijos cuya propiedad queda en cabeza de las EPS; y **(iii)** comprometer la liquidez que necesita el sistema para asegurar la prestación oportuna de los servicios médicos. En otras palabras, el precepto fue adoptado **(a)** como una medida de control de las EPS **(b)** dirigida a asegurar que los recursos que del SGSSS se empleen de forma eficaz –de acuerdo con sus fines- y eficiente, y que **(c)** los servicios médicos se suministren de forma oportuna.”

Ahora para con el propósito de zanjar cualquier discusión, **LA LEY ESTATUTARIA 1751 de 2015**, estableció de forma perentoria en su artículo 25, el concepto de inembargabilidad de los dineros **de financiación y mantenimiento del sistema de salud en Colombia**, razón por la cual en la presente causa no es procedente por ninguna razón que se profieran medidas cautelares sobre cuentas, depósitos y cualquier recurso financiero de Coomeva E.P.S.

Es de precisar que estos fondos así estén en cuentas de entidades financieras a nombre de la hoy accionada, no hacen parte del patrimonio de la EPS, sino que son fondos públicos de naturaleza parafiscales que tienen como objeto procurar la atención en salud y vida de los usuarios por parte de la Entidad Promotora De Salud.

La norma establece en su artículo 25 *“Destinación e inembargabilidad de los recursos, los recursos públicos que financian la salud son inembargables, tienen una destinación específica y no podrán ser dirigidos a fines previstos constitucional y legalmente”*

En dicho sentido la corte constitucional ha sido clara igualmente, con anterioridad al desarrollo legislativo frente al tema de la embargabilidad de los recursos del sistema de salud y ha expuesto en sentencia C-566 de 2003, lo que *“se busca es garantizar la protección del interés general abstracto que allí se desprende (..) sobre la satisfacción de un cobro judicial de un acreedor particular”*.

En idéntico sentido la Corte constitucional en sentencia que analizo la constitucionalidad de la ley 1751 de 2015, por medio de sentencia C-313 de 2014, preceptuó:

“En lo que respecta al carácter público que se les atribuye a los recursos de la salud, esta corporación ha precisado, en reiteradas ocasiones, que dicho peculio es de índole parafiscal, aspecto que refuerza su naturaleza pública.

Para la sala **la prescripción que blindo frente al embargo a los recursos de la salud no tienen reparos**, pues entiende la corte que a ella se aviene con el destino social de dichos caudales **y contribuye a realizar metas de protección de derechos fundamentales.”**

Es inexorable el que como lo ha entendido de forma clara la honorable corte constitucional los recursos del sistema son inembargables no por un mero capricho, sino los mismo están sirviendo como garantes de uno de los fines últimos de nuestro Estado que precisamente se configuró como Social de Derecho con el fin de garantizar la directa protección de DERECHOS FUNDAMENTALES, partiendo del derecho a la vida y la dignidad; es por ello que el despacho debe partir de este raciocinio con el propósito de

i) Exigir de parte de la autoridad que decreta la medida cautelar, la aplicación íntegra del procedimiento descrito por el parágrafo del artículo 594 del C.G.P., para las jurisdicciones donde está rigiendo la Ley 1564 de 2012, por tratarse de una norma procedimental de orden público y de naturaleza especial, que regula de manera genérica el embargo sobre recursos inembargables.

ii) Remitir oficio a las entidades destinatarias de la medida cautelar (Bancos, pagadores, etc.), solicitándoles hacer uso de la facultad de abstenerse del cumplimiento de la medida cautelar, conforme lo prevé el inciso segundo del parágrafo del artículo 594 del CGP.

iii) En aquellos casos donde la autoridad que **decreta la medida cautelar no invoca en el oficio de comunicación de dicha orden, la excepción legal frente a la inembargabilidad, o no insiste en la práctica de la misma una vez transcurrido el término de los tres (3) días hábiles siguientes al envío del oficio de comunicación del no acatamiento del embargo; el apoderado de la entidad debe solicitar a la autoridad administrativa o judicial que se revoque por ministerio de la ley la medida cautelar.**

i) Si la autoridad insiste en la práctica de la medida cautelar, amparada en una excepción válida, se debe solicitar que se congelen los recursos a través de la apertura de una cuenta especial. Luego aquí no opera la constitución de títulos de depósito judicial. En todo caso, la Entidad Pública debe oponerse a cualquier entrega anticipada de dineros, sin previa existencia de la sentencia ejecutoriada o la providencia que ponga fin al proceso, mediante la cual se ordene el pago de dichos valores retenidos y congelados.

v) Cuando la medida cautelar se decreta en el marco de un proceso administrativo coactivo, debe darse aplicación al procedimiento previsto por el parágrafo artículo 594 del C.G.P. Esta disposición guarda armonía con el artículo 839-2 del Estatuto Tributario- ET. Ello porque el artículo 839-1 del mismo estatuto consagra la remisión normativa al procedimiento civil en los aspectos compatibles, que regulan el embargo, secuestro y remate de bienes, uno de cuyos casos es el procedimiento de embargo de recursos inembargables, introducido por el parágrafo del artículo 594 del CGP, concordante con el numeral 2 del artículo 100 del CPACA.

No obstante lo anterior, observamos que el despacho ordena el embargo y secuestro de cuentas bancarias a nombre de COOMEVA EPS con la advertencia a las entidades bancarias oficiadas sobre la improcedencia de la medida respecto de dineros que tengan la naturaleza de inembargables, pero sin que se expongan ni tácita ni expresamente cuáles son los criterios tenidos en cuenta por el Señor Juez para determinar la(s) excepción(es) a la regla general de inembargabilidad de los recursos públicos consignados en las cuentas maestras de las EPS.

Sin embargo, entendemos el yerro del despacho en el particular, al posibilitar mediante la orden proferida que dichas cuentas sean objeto de embargo siempre que se determine qué rubros se corresponden como inembargables conforme al literal d) del artículo 156 de la Ley 100 de 1993 (es decir, el recaudo de cotizaciones), y cuales rubros se encuentran exentos de esta naturaleza -y de esta manera poder realizar la acción judicial sobre estas últimas sin afectar la destinación constitucional específica de los recursos de la seguridad social en salud- ya que estaría ajustado, *en principio*, a los parámetros interpretativos correctos al ordenar al ADRES el embargo de todos aquellos conceptos que no sean para la destinación exclusiva de la prestación del servicio de salud, a saber, recursos para el recaudo de cotizaciones y el desarrollo de la actividad prestacional propia de la EPS.

Sin embargo, la Circular 014 de fecha 08 de junio de 2018 expedida por la Procuraduría General de la Nación, trae a colación varias precisiones que son útiles para entender el yerro del despacho sobre el particular. Dice la referida circular de manera categórica:

...es necesario señalar que de acuerdo al artículo 2.6.4.2.1.2 del Decreto 2265 de 2017 que derogó el 2.6.1.1.1.1 del Decreto 780 de 2016, el recaudo de las cotizaciones al sistema General de Seguridad Social en Salud se hace a través de dos cuentas maestras que le corresponde registrar las EPS y las EOC ante el entonces FOSYGA, hoy ADRES, las cuales se manejarán exclusivamente para el recaudo de cotizaciones del régimen Contributivo de Salud y serán independientes de las que manejen los recursos de la entidad y cuya apertura y selección de la entidad financiera se hará por la EPS o la EOC a nombre de la ADRES.

La norma en comento señala claramente que “Las cuentas registradas se manejarán exclusivamente para el recaudo de cotizaciones del Régimen Contributivo de Salud y serán independientes de las que manejen los recursos de la entidad. Su apertura y selección de la entidad financiera se hará por la EPS o por la ECO a nombre del FOSYGA”, por lo que los recursos depositados en ellas no pueden ser calificados como propios de dichas entidades o que hacen parte de su patrimonio, en tanto corresponden a cotizaciones al Régimen Contributivo del Sistema General de Seguridad Social en Salud y por ende, tienen el carácter de inembargables de conformidad con la Constitución Política, la Ley, la jurisprudencia de las Altas Cortes, particularmente, la de la H. Corte Constitucional y los pronunciamientos emitidos por la Procuraduría General de la Nación, el Ministerio de Salud y la Protección Social y la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado.

En tal sentido, se hace la claridad de que las cuentas maestras administradas por la EPS solamente se manejarán para el recaudo de cotizaciones del Régimen Contributivo de Salud, excluyendo cualquier otro tipo de erogación, ingreso o rubro, además de

puntualizarse que **estos recursos no pueden ser calificados como propios de las Entidades Promotoras de Salud**. Y en este sentido, continúa la Procuraduría:

Así las cosas, se puede concluir que la apertura de dichas cuentas maestras por parte de las EPS se realiza en cumplimiento de disposiciones legales y reglamentarias y ello no transforma la naturaleza de los recursos que allí se recaudan. Entonces, de acuerdo al marco general expuesto en el acápite inmediatamente anterior, se reitera que las cotizaciones depositadas en las cuentas maestras de recaudo aperturadas por las EPS son por expresa disposición del artículo 182 de la Ley 100 de 1993, independientes de los recursos de propiedad de dichas Entidades, y constituyen "(...) una típica contribución parafiscal, distinta de los impuestos y las tasas (...) que se cobra de manera obligatoria a un grupo de personas cuyas necesidades en salud se satisfacen con los recursos recaudados" y que por estar destinadas a financiar el servicio público de salud, con fundamento en los principios de solidaridad, eficiencia y universalidad (...) no entran a engrosar las arcas del presupuesto Nacional".

De este modo, no podría concluirse -como lo hace el señor Juez- que sin la integración al contradictorio del ADRES en el presente proceso pueda ordenarse el embargo de cuentas maestras, debido a que es este ente el encargado de hacer la vigilancia, control y administración propiamente dicha de los recursos del SGSSS a través de la disposición en cuentas a nombre de las EPS dineros con rubros específicos y de los cuales la EPS no puede disponer libremente, sino que su gestión se deriva de la administración que el ADRES hace del recurso público.

En otras palabras, los dineros que se encuentran en las cuentas a nombre de la EPS no se encuentran dentro del patrimonio de estas, ni su disposición se encuentra a su discreción, sino que es el ADRES el encargado de administrar, vigilar y controlar el gasto de los dineros en comento, y que en el presente proceso son objeto de embargo.

Por ello, no es plausible que una orden judicial se dirija a imponer gravámenes sobre bienes de personas que no hacen parte del proceso, toda vez que este actuar vulnera flagrantemente los principios al debido proceso y contradicción, además de repercutir directamente sobre derechos de carácter fundamental para nuestro ordenamiento jurídico, tal como el derecho a la salud y su garantía de prestación efectiva por parte de las EPS. Así lo establece esta misma directriz cuando exhorta a los Jueces de la República para que se abstengan de ordenar o decretar embargos sobre los recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud,

Por cuanto no solo se estaría vulnerando el ordenamiento jurídico colombiano, sino que se afecta gravemente el patrimonio público y el orden económico y social del

Estado de una parte y de otra la prestación del servicio de salud de manera oportuna, eficaz y con calidad para los habitantes del territorio nacional, toda vez que decretar órdenes de embargos contra estos recursos, en especial, los depositados en las cuentas maestras de recaudo aperturadas por las Entidades Promotoras de Salud, desconoce la posibilidad de prestar servicios de salud a afiliados de las demás EPS contra las que no recae medida, como quiera que se afectan los recursos del SGSSS administrados por la ADRES, parte de los cuales son direccionados a estas.

Así las cosas, deberá remitirse el señor Juez al artículo 599 del Código general del Proceso, el cual refiere que el ejecutante podrá solicitar el embargo y secuestro de los bienes propiedad **del ejecutado**, situación que en el presente proceso no se presenta, toda vez que los dineros que se encuentran en las cuentas de la EPS, como ya se refirió, **no hacen parte de su patrimonio y no pueden ser calificados como recursos propios de la EPS**, imposibilitando la retención de los dineros de estas cuentas por concepto de obligaciones de la EPS, siendo que el deudor no tiene la misma identidad que el propietario del bien.

Y es que existe una confusión en el ámbito judicial respecto de los recursos relacionados con los gastos de administración transferidos a las EPS. Como ya se refirió antes, estos recursos de que trata el artículo 23 de la Ley 1438 de 2011 (que corresponde a un 10% del valor de la UPC cuando se trata de EPS en el régimen contributivo y a un 8% de la UPC en el régimen subsidiado), transferida a las EPS una vez surtido el proceso de compensación con la UPC conforman un todo indivisible con los recursos que se destinan a la prestación de los servicios de salud, razón por la cual, respecto de los mismos también se predica el carácter de inembargabilidad¹ como ya se refirió antes.

Así lo ha reconocido la H. Corte Constitucional en sentencia C-1040 de 2003 al analizar el carácter parafiscal de la UPC y de los gastos administrativos:

(...) [En] la Unidad de Pago por Capitación se encuentran incorporados en **un todo indivisible los costos que demanda la organización y los que garantizan la prestación del servicio público de la salud.**

(...)

¹ Sentencia C-1040/2003. "Si bien teóricamente podría discernirse entre recursos de la UPC utilizados para administración y recursos destinados obligatoriamente a la prestación de servicios de salud, lo cierto es que para efectos tributarios no es posible deslindar estas dos nociones, pues unos y otros recursos tienen una teleología que está dada por el mismo Constituyente quien determinó que todos los recursos de la seguridad social no pueden ser destinados o utilizados para fines distintos a ella, mandato que no se cumpliría si se permitiera que sobre dichos recursos recayera un gravamen impositivo como el que pretende establecer la norma bajo revisión".

Ahora bien, como la UPC tiene carácter parafiscal, la consecuencia lógica es que todos los recursos que la integran, tanto administrativos como los destinados a la prestación del servicio, no puedan ser objeto de ningún gravamen, pues de serlo se estaría contrariando la prohibición contenida en el artículo 48 Superior de destinar y utilizar los recursos de la seguridad social para fines distintos a ella, ya que los impuestos entran a las arcas públicas para financiar necesidades de carácter general.

(...)

según se analizó anteriormente los recursos de la UPC que las EPS reciben para gastos de administración también están destinados a la prestación del servicio público de seguridad social en salud, no pudiendo, por tanto, ser objeto de tributo alguno. En este sentido, debe quedar claro que la imposibilidad de gravar tales recursos estriba, de un lado, en que ellos constituyen un medio necesario para alcanzar una finalidad de carácter constitucional, consistente en la prestación eficiente del servicio de seguridad social en salud, y, de otro lado, en que son la condición sine qua non para atender la salud como servicio público a cargo del Estado.

(...)

14. Si bien teóricamente podría discernirse entre recursos de la UPC utilizados para administración y recursos destinados obligatoriamente a la prestación de servicios de salud, lo cierto es que para efectos tributarios no es posible deslindar estas dos nociones, pues unos y otros recursos tienen una teleología que está dada por el mismo Constituyente quien determinó que todos los recursos de la seguridad social no pueden ser destinados o utilizados para fines distintos a ella, mandato que no se cumpliría si se permitiera que sobre dichos recursos recayera un gravamen impositivo como el que pretende establecer la norma bajo revisión.

Por ello, no es acertada la afirmación del Jefe del Ministerio Público quien considera que los gastos administrativos una vez ingresan a la EPS pierden su carácter parafiscal, pudiendo en consecuencia ser objeto del impuesto de industria y comercio, ya que por mandato superior todos los recursos que componen la UPC están comprometidos en la prestación eficiente del servicio de seguridad social a cargo de las EPS. (negrilla y subrayado fuera del texto)

De acuerdo a lo descrito por la H. Corte Constitucional, debe tenerse claridad por el despacho que

- i) Todos los recursos que integran la UPC, es decir, tanto los gastos administrativos como los destinados propiamente dichos a la prestación de los servicios de salud son inembargables;

