

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL



JUZGADO TERCERO ADMINISTRATIVO DE ORALIDAD
CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SECCIÓN PRIMERA

Bogotá, D.C., veinticuatro (24) de septiembre de dos mil veintiuno (2021)

RADICACIÓN: 11001-3334-003-2017-00290-00
DEMANDANTE: EPS SURA
DEMANDADA: SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD
ASUNTO: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Como toda la actuación de la referencia se ha efectuado conforme a las reglas adjetivas que le son propias, sin que se observe causal alguna que invalide lo actuado, es procedente proferir decisión de mérito, para lo cual el **Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Bogotá**, en ejercicio legal de la Función Pública de Administrar Justicia que le es propia, y con observancia plena al derecho aplicable, dicta la presente

SENTENCIA

1. ANTECEDENTES

1.1 MEDIO DE CONTROL

En ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, EPS Y MEDICINA PREPAGADA SURAMERICANA S.A. - EPS SURA, actuando a través de apoderado judicial formula demanda contra la Superintendencia Nacional de Salud, para que en sentencia definitiva se hagan las siguientes:

1.2 DECLARACIONES Y CONDENAS

Se declare la nulidad de la Resolución 003639 del 07 de diciembre de 2016, por medio de la cual se ordenó el reintegro de recursos al FOSYGA, así como de la Resolución 000795 del 05 de mayo de 2017, por la cual se resolvió el recurso de reposición.

Como consecuencia de lo anterior, a título de restablecimiento del derecho, se ordene a la Superintendencia Nacional de Salud devolver la devolución inmediata de la suma correspondiente a \$8.499.021, junto con los intereses comerciales máximos permitidos por la ley, o en su defecto la misma sea indexada desde la fecha de pago.

Subsidiariamente a lo anterior, se ordene a la Superintendencia Nacional de Salud, para que dentro de sus funciones contempladas en el artículo 3 del Decreto 1281 de 2002, ordene a la Administradora de los recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud – ADRES, la devolución inmediata a favor de SURA EPS de la suma de dinero antes mencionada.

Se dé cumplimiento a la sentencia en los términos de los artículos 192 y siguientes del CPACA.

Se condene en costas y agencias en derechos a la demandada.

1.3 HECHOS DE LA DEMANDA

Los hechos descritos por el apoderado de la parte demandante, y que constituyen premisas fácticas como tal, en resumen, son:

1.- En ejercicio de su objeto social y de sus obligaciones, SURA EPS realizó solicitudes de recobro por servicios prestados a sus afiliados no incluidos en el POS, las cuales obtuvieron resultado positivo.

2.- No obstante, a mediados del año 2014, la Unión Temporal Fosyga 2014, inició procedimiento administrativo especial de restitución de recursos presuntamente apropiados o reconocidos sin justa causa, por servicios prestados entre el 04 de abril y el 07 de junio de 2014.

3.- A través de comunicación UTF2014-RNG-1210 del 06 de abril de 2015, recibida por SURA EPS el 13 del mismo mes y año, envió solicitud de aclaración por posible apropiación o reconocimiento sin justa causa en el pago de recobros, correspondiente a 8 recobros, por un monto total de \$7.756.769,50. Para lo cual otorgó el término de 20 días calendario.

4.- SURA EPS dio respuesta a la solicitud de aclaración el día 30 de abril de 2015, indicando las razones por las cuales consideraba que no existía tal apropiación o reconocimiento sin justa causa.

5.- La Unión Temporal Fosyga 2014 mediante oficio UTF2014-RNG-2914 del 04 de mayo de 2016, ratificó la existencia de apropiación o reconocimiento sin justa causa de recursos del Fosyga.

6.- Con el fin de evitar mayores perjuicios y que continuaran causándose más intereses, SURA EPS reintegró la suma de \$8.499.021 el día 08 de junio de 2016.

7.- Mediante Resolución 003639 del 07 de diciembre de 2016, la Superintendencia Nacional de Salud ordenó a SURA EPS la restitución de \$7.756.712 por concepto de capital y \$888.227 por concepto de actualización del IPC.

8.- El 16 de enero de 2017, SURA EPS interpuso recurso de reposición contra el mencionado acto administrativo.

9.- Mediante Resolución 003639 de 2016, la Superintendencia demandada resolvió adversamente el recurso de reposición.

1.4 NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN

Considera la parte actora que los actos administrativos demandados incurren en los siguientes cargos de nulidad:

1.4.1 Falsa motivación – afectación al debido proceso

Señala que la Superintendencia Nacional de Salud, pretende imponer una obligación pecuniaria exponiendo para ello razones de hecho y de derecho contrarias a la realidad, blindado por completo su actuación, la cual, según

expone la Superintendencia se reduce a la simple expedición del acto administrativo, justificando ello en la existencia de una actuación administrativa previa y autónoma, ajena a su actuar o ámbito de competencia, desconociendo por completo el derecho al debido proceso pues se deja sin imposibilidad de cuestionar las actuaciones adelantadas en su momento por la Unión Temporal Fosyga 2014. Ello, por cuanto de aceptarse lo expuesto por la demandada, equivaldría a decir que el informe de cierre de la auditoria constituye un acto administrativo como tal, lo cual no es cierto, pues este carece de fuerza vinculante y ejecutabilidad.

Refiere sentencia C-607 de 2012, para afirmar que corresponde a la Superintendencia Nacional de Salud, órgano de vigilancia y control, acorde con el debido proceso, verificar la actuación desarrollada por el administrador fiduciario y en caso de considerarla acorde a derecho, proceder a expedir en debida forma el acto administrativo correspondiente, entre ello, valorar las pruebas recaudadas dentro de la etapa inicial.

Indica que en aplicación a las normas de la primera parte del CPACA, la entidad demandada debió realizar un control de legalidad de la actuación adelantada por el administrador fiduciario, pues esta ejerce control y vigilancia sobre los actores del sistema, máxime cuando frente al informe final de auditoria no se concedió recurso alguno, lo cual no realizó y por el contrario se escuda en una supuesta carencia de facultades para ello.

1.4.2. Desconocimiento del derecho fundamental de defensa

Refiere que, de acuerdo con lo anterior, que la Superintendencia Nacional de Salud se declare incompetente para pronunciarse sobre la legalidad de todo lo actuado en la primera etapa del procedimiento, implica igualmente una transgresión a las normas del debido proceso, pues todas las decisiones de la administración deben estar debidamente fundamentadas. En tal sentido, darle plena validez a la actuación del administrador fiduciario, sin hacer un estudio fáctico y jurídico de la misma, equivale a desconocer el principio de legalidad.

Trae a colación concepto emitido por la Sala de Consulta y Servicios Civil del Consejo de Estado, para afirmar que lo que en realidad es un acto administrativo complejo, termine convirtiéndose por una errónea interpretación en dos actos independientes.

Así mismo, considera que de aceptarse la postura de la entidad demandada, carecería de sentido que la Resolución 3361 de 2013, exija al administrador fiduciario remitir todo el acervo probatorio, pues ello presupone como mínimo una revisión y pronunciamiento frente a los mismos, y por tanto, la Superintendencia Nacional de Salud se aparta del espíritu de la norma pues es claro que lo que se busca con la creación de dos etapas procesales es agotar una fase técnica de consolidación y análisis de datos, la cual finaliza con la en informe de liquidación, y la segunda en la que el órgano de control y vigilancia, una vez constatado el agotamiento del debido proceso y el cumplimiento de los preceptos normativos, define si hay lugar o no al pago correspondiente.

1.4.3. Actuación irregular – agotamiento de términos para ejercer la restitución de recursos

Manifiesta que la Superintendencia Nacional de Salud impuso una obligación pecuniaria sin tener en cuenta que los hechos en los cuales se fundamenta, es decir, los reconocimientos por servicios no POS realizados de manera injustificada, correspondían al periodo comprendido entre el 04 de abril y el 07 de junio de 2014, lo que implica que ya habían transcurrido más de dos años desde la fecha de corte final del periodo auditado, por lo que, si bien no existe norma específica que establezca un término de caducidad para el ejercicio administrativo de restitución, se debe dar aplicación al contenido general del CPACA, resultando aplicable el término de dos años previsto para el ejercicio del medio de control de reparación directa, conforme lo expuesto por la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado el 07 de diciembre de 2015, Radicación 11001-03-06-000-2014-00258-00.

1.5 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

1.5.1 Superintendencia Nacional de Salud

La Superintendencia Nacional de Salud, a través de su apoderado, se opuso a la prosperidad de las pretensiones por cuanto afirma que los cargos de nulidad expuestos en la demanda, carecen de soporte jurídico y probatorio.

Señaló que en atención a lo preceptuado en la sentencia C-607 de 2012, el trámite de que trata el artículo 3 del Decreto Ley 1281 de 2002, debe entenderse en dos etapas: la primera, donde confluyen los participantes en el flujo de caja donde se determina la posible apropiación o reconocimiento sin justa causa de recursos del sistema de seguridad social en salud, se surte el periodo de aclaraciones y se determina la existencia de los hallazgos que constituyen la obligación de reintegro; y la segunda, que surte ante la Superintendencia Nacional de Salud donde se verifica la integralidad de la documentación que soporta el hallazgo, se ordena el reintegro de los recursos y se adelantan las acciones pertinentes.

Por lo anterior, considera que cada una de las referidas etapas constituyen actuaciones administrativas diferentes, y, por tanto, la legalidad de los actos debe estudiarse por separado, atendiendo la competencia asignada a cada uno de los sujetos responsables, que en el caso de la Superintendencia se circunscribe a verificar la existencia de los soportes documentales que den cuenta del hallazgo, y verificado ello, proceder a ordenar el reintegro. Lo anterior, por cuanto las posibles diferencias entre la entidad competente para solicitar la aclaración y el sujeto requerido, debieron quedar resueltas en la primera etapa del procedimiento.

Así mismo, considera que, en aplicación al principio de legalidad, la Superintendencia sólo puede actuar dentro del límite previsto para el ejercicio de sus funciones, y en ese sentido, el Decreto Ley 1281 de 2002, sólo le confirió la competencia de ordenar el reintegro de los recursos y adelantar las acciones necesarias para lograr su recaudo.

Considera que de conformidad con el artículo 6, numeral 5, del Decreto 2462 de 2013, dicha entidad tiene como función velar por la efectividad en la generación, flujo, administración y aplicación de los recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud, por lo cual, dentro del marco de competencias fijado en el artículo 3 del Decreto 1281 de 2002, dicha función se cumple con la orden de reintegro de recursos apropiados o reconocidos sin justa causa una vez culminada la primera etapa del procedimiento, pero no puede sustituir al administrador de los recursos en cuanto a la determinación de los montos a restituir.

Finalmente, en cuanto a la alegada pérdida de competencia para ordenar el reintegro de los recursos, señala que lo dispuesto en la Ley 1797 de 2016, en su artículo 16, así como el artículo 2.6.1.6.1. del Decreto 1829 del 10 de noviembre del mismo año, aplica para los giros o reconocimientos de recursos del aseguramiento en salud, los cuales quedarán en firme transcurridos 2 años después de su realización; recursos estos que se refieren a la Unidad de Pago por Capitación que garantiza la financiación del Plan de Beneficios, así como el valor per cápita que se reconoce para el desarrollo de las actividades prevención y reconocimiento de incapacidades, licencias de maternidad o paternidad en el régimen contributivo.

Es decir, que dicho término no cobija los recursos que por concepto de insumos y medicamentos no POS son reconocidos por el FOSYGA.

Con fundamento en lo anterior, propuso como excepciones de mérito: i) Inexistencia de vicios en los actos administrativos y ii) Presunción de legalidad.

1.5.2 Tercero vinculado – Administradora de los recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud (ADRES)

El tercero con intereses, previa realización de un recuento de las normas que rigen el procedimiento de reintegro y en particular sobre el procedimiento adelantado en su momento contra SURA EPS, se opuso igualmente a la prosperidad de las pretensiones de la demanda, precisando respecto a la actuación adelantada por la Superintendencia Nacional de Salud, conforme lo precisado en audiencia inicial, y por tanto, a lo fijado en litigio, que los actos administrativos demandados fueron expedidos conforme a los requisitos establecidos en la ley, sin que se pueda aludir la omisión de algún parámetro como lo pretende la demandante. Además, señala que no puede alegarse violación al debido proceso y mucho menos del derecho a probar pues en el procedimiento adelantado hubo una etapa de aclaraciones donde pudo soportar como a bien lo tuviera que los registros que se pusieron en su conocimiento no correspondían a la realidad y por tanto los dineros girados si tenían justa causa.

En relación con la firmeza de los pagos recobrados, indicó que la fecha en que la demandante reintegró los dineros (08 de junio de 2016), fue anterior a la entrada en vigencia de la Ley 1797 de 2016 y el Decreto 1829 del mismo año, por tanto, no podrían ser aplicadas.

Conforme a lo anterior, propuso las siguientes excepciones de fondo: i) Legalidad del procedimiento adelantado y ii) Imposibilidad de aplicar la

firmeza por haberse dispuesto en norma posterior a que se realizara el pago por parte del demandante.

1.6 ACTUACIÓN PROCESAL

La demanda correspondió por reparto a este Juzgado el 01 de diciembre de 2017¹ y por auto del 13 de febrero de 2018, se admitió². La notificación a la demandada, al Ministerio Público y a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado se surtió el 26 de junio de 2018³.

De las excepciones propuestas por la parte demandante se corrió el traslado respectivo⁴, con pronunciamiento de la parte actora⁵.

Mediante auto del 18 de enero de 2019, se tuvo por contestada la demanda por parte de la Superintendencia Nacional de Salud y se señaló fecha y hora para realizar la audiencia inicial⁶.

No obstante, previo a la realización de la audiencia, por auto del 19 de febrero de 2019, se vinculó como tercero con interés a la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud – ADRES y se dispuso su notificación, así como se dejó sin efecto el numeral segundo auto del 18 de enero del mismo año⁷. La notificación se surtió el 04 de marzo de 2019⁸ y de las excepciones propuestas por el tercero con interés se corrió el traslado respectivo⁹, con pronunciamiento de la parte demandante¹⁰.

Mediante auto del 02 de agosto de 2019, se tuvo por contestada la demanda por parte de la Superintendencia Nacional de Salud, se dispuso que el tercero con interés efectuó pronunciamiento frente a la demanda y se señaló fecha para llevar a cabo audiencia inicial¹¹.

La mencionada audiencia se llevó a cabo el 22 de octubre de 2019, en la que se realizó el control de legalidad y saneamiento, se efectuó pronunciamiento respecto a no encontrarse fundamento para decretar de oficio ninguna excepción previa, se fijó el litigio, se agotó la etapa de conciliación, se profirió auto de decreto de pruebas frente al cual la parte demandante interpuso recurso de apelación en cuanto a aquellas que se negaron (oficios y testimoniales), se concedió el mencionado recurso en efecto devolutivo ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca y se señaló fecha y hora para realizar audiencia de que trata el artículo 181 del CPACA.

1 Folio 83, Cuaderno 1.

2 Folios 85 a 88, Cuaderno 1.

3 Folios 91 a 98, Cuaderno 1.

4 Folio 117, Cuaderno 1.

5 Folios 118 a 122, Cuaderno 1.

6 Folio 124, Cuaderno 1.

7 Folios 128 y 129, Cuaderno 1.

8 Folios 133 a 135, Cuaderno 1.

9 Folio 154, Cuaderno 1.

10 Folios 155 a 158, Cuaderno 1.

11 Folio 171, Cuaderno 1.

En esta audiencia, se precisó que la fijación del litigio se centraba en los precisos cargos expuestos en la demanda, razón por la cual, no se analizaría la legalidad o no de la actuación adelantada por la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud¹².

El 28 de enero de 2020, se efectuó audiencia de pruebas en la cual se incorporó la totalidad del expediente administrativo, se cerró el debate probatorio, se prescindió de la audiencia de alegaciones y juzgamiento y se corrió traslado para alegar por escrito¹³.

Por auto del 03 de febrero de 2020, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca confirmó la decisión de pruebas emitida por este Juzgado en audiencia inicial¹⁴.

Dentro de la oportunidad procesal correspondiente los apoderados de las partes presentaron los alegatos de conclusión¹⁵. Sin pronunciamiento del tercero con interés y sin concepto del Ministerio Público¹⁶.

Mediante auto del 28 de agosto de 2020, se obedeció y cumplió lo dispuesto por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca en providencia del 03 de febrero del mismo año¹⁷.

1.7 ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

1.7.1 Parte demandante¹⁸

El apoderado principal de la parte actora reiteró los hechos y argumentos expuestos en la demanda, y en especial señaló: i) que es clara la falsa motivación de los actos acusados, pues en su concepto la Superintendencia Nacional de Salud no probó que los recobros en exceso realmente se ocasionaron y omitió tener en cuenta el porcentaje vigente para los recobros de prestaciones no POS, esto es, el 100% del valor prestado y; ii) que al momento de proferirse las resoluciones demandadas, habían transcurrido más de dos años desde la ocurrencia de los hechos auditados, con lo cual había caducado la facultad para ordenar el reintegro.

1.7.2 Parte demandada¹⁹

La apoderada de la Superintendencia Nacional de Salud insistió en la legalidad de los actos administrativos demandados, para lo cual reiteró los argumentos expuestos en la contestación de la demanda, y en particular expuso: i) Las concretas competencias asignadas por la ley a la entidad; ii) Su función en casos como el que nos ocupa debe ceñirse a lo expresamente autorizado, lo cual no incluye pronunciarse sobre el monto de la restitución o

¹² Folios 173 a 183, Cuaderno 1.

¹³ Folios 233 a 252, Cuaderno 1.

¹⁴ Folios 188 a 191, Cuaderno 2.

¹⁵ Folios 253 a 256 y 257 a 264, Cuaderno 1.

¹⁶ Folio 269, Cuaderno 1.

¹⁷ Folio 267, Cuaderno 1.

¹⁸ Folios 257 a 264, Cuaderno 1.

¹⁹ Folios 253 a 256, Cuaderno 1.

dirimir conflictos que se suscitan entre la entidad que audita y el sujeto requerido y; iii) el procedimiento especial establece las etapas concretas que lo constituyen, entre ellas, las que permiten el ejercicio del derecho de defensa y contradicción en las dos etapas que lo componen.

2. CONSIDERACIONES

2.1 COMPETENCIA

De conformidad con lo dispuesto en los artículos 104, 106, 124, 138 y numeral 3 del artículo 155 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, este Despacho es competente en primera instancia para conocer el asunto de referencia por tratarse de una demanda promovida en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, con cuantía inferior a 300 salarios mínimos legales mensuales vigentes, por hechos sancionados ocurridos en la ciudad de Bogotá.

2.2 FIJACIÓN DEL LITIGIO

El litigio se fijó en los siguientes términos: Establecer si por los precisos cargos expuestos en la demanda es procedente declarar la nulidad de las resoluciones 003639 del 07 de diciembre de 2016 y 000795 del 05 de mayo de 2017, emitidas por la Superintendencia Nacional de Salud, teniendo en cuenta lo manifestado por la demandada en su contestación así como lo señalado por el tercero con interés estrictamente en lo referente a la actuación de la Superintendencia, pues la demanda se centró únicamente en dichos aspectos y en ese sentido, se estableció que no sería objeto de análisis en la presente sentencia la correcta actuación o no del procedimiento adelantado por la Administradora de Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud - ADRES.

2.3 PROBLEMA JURÍDICO

Conforme se estableció en la fijación del litigio efectuada dentro de la audiencia inicial celebrada en el presente proceso, el problema jurídico se contrae a determinar:

¿fueron proferidas las resoluciones 003639 del 07 de diciembre de 2016 y 000795 del 05 de mayo de 2017, con falsa motivación afectación al debido proceso, violación al derecho de defensa y actuación irregular por agostamiento de términos para ejercer la restitución de recursos – caducidad-, respecto de la actuación adelantada por la Superintendencia Nacional de Salud?

2.4 HECHOS PROBADOS JURÍDICAMENTE RELEVANTES

El Juzgado previo al estudio de los cargos, procede a realizar pronunciamiento respecto de los hechos probados en el expediente, de la siguiente manera:

- A través de oficio UTF2014-RNG-1210 del 06 de abril de 2015, recibido por SURA EPS el 13 del mismo mes y año, la Unión Temporal Fosyga 2014, solicitó aclaraciones por posible apropiación o reconocimiento sin justa

causa en el pago de recobros por concepto de tecnologías no incluidas en el POS, correspondientes los paquetes pagados en el periodo comprendido entre el 04 de abril y el 07 de junio de 2014. Allí se señaló lo siguiente:

*"En aplicación de lo dispuesto en el artículo 4 de la mencionada resolución, para establecer la posible apropiación o reconocimiento sin justa causa de los recursos del Fosyga, por concepto de recobros de tecnologías no incluidas en el plan de beneficios, auditados por la Unión Temporal FOSYGA 2014, se solicita la aclaración respecto de los paquetes pagados en el periodo comprendido entre el 04 de abril de 2014 y el 07 de junio de 2014, **en relación con el valor a reconocer cuando se trate de fallos de tutela, teniendo que si el juez determina el valor o porcentaje a reconocer se aplicara lo ordenado en el mismo, en caso contrario se atenderá la norma aplicable, Resolución 5395 de 2013 y demás normas que la modifiquen**, cuyo resultado se anexa a la presente comunicación.*

*Con base en lo anterior, se tiene que el hallazgo relacionado con lo descrito, de la entidad que representa, **corresponde a 8 Recobros, los cuales incluyen 21 ítems, por un monto involucrado de \$7.756.769,50**, de la Subcuenta de COMPENSACIÓN y para presentar las aclaraciones a que haya lugar dispone del término de (20) DÍA(S) calendario a partir del día hábil siguiente al recibo de la presente comunicación."*²⁰

- Mediante oficio radicado el 30 de marzo de 2015, SURA EPS presentó las aclaraciones respectivas rechazando lo apropiación o reconocimiento sin justa causa de recursos, pues consideró que "Con la expedición de la Ley 1438 de 2011 por medio de la cual se definen nuevas modificaciones al Sistema General de Seguridad Social en Salud, se deroga de forma expresa el literal j del artículo 14 de la Ley 1122 de 2007 y con ella, pierden vigencia, a partir del 19 de enero de 2011 las definiciones establecidas en relación con el recobro al 50% y al 85% respectivamente. Lo anterior, fue convalidado por concepto emitido por la Dirección Jurídica del Ministerio de Salud y Protección Social, donde señala que con la derogatoria de la Ley 1122 de 2007 el recobro se realiza al 100%".²¹
- Con oficios UTF2014-RNG-1369 del 27 de julio de 2015, y su alcance UTF2014-RNG-1963 del 21 de enero de 2016, la Unión Temporal Fosyga 2014, solicitó a la firma interventora JAHV McGregor S.A. concepto previo sobre el informe de proceso de reintegro de recursos del Fosyga respecto de, entre otras, la EPS hoy demandante, pues confirmó el hallazgo dado que reiteró que el recobro debió haberse solicitado por el preciso porcentaje señalado por el Juez en los respectivos fallos de tutela, esto es, únicamente en un 50% del valor facturado y no por el 100% como en efecto le fue pagado a la EPS²².
- La firma interventora, mediante comunicaciones JAHV-INT-9608 del 18 de marzo de 2016 y JAHV-INT-10055 del 29 de abril del mismo año, **emitió**

²⁰ Folio 231 - CD archivo "UTF2014-RNG-1210_201503271626.pdf", Cuaderno 1.

²¹ Folio 321 - CD archivo "REPORTE_RESPUESTA.xlsx" -, Cuaderno 1.

²² Folio 321 - CD archivos "REPORTE_RESPUESTA.xlsx", "STRC1210TD0018N00.pdf", "STRC1210TD0018N01.pdf", "R000000100281562.PDF" y "R000000100281531.PDF" -, Cuaderno 1.

concepto favorable sobre el informe de reintegro presentado por el administrador fiduciario, al encontrarlo debidamente soportado en la información allegada al procedimiento; no obstante, modificó el monto involucrado respecto a SURA EPS, en la suma de \$7.568.712,50²³.

- Contando con el concepto favorable de auditoría, la Unión Temporal Fosyga 2014, mediante oficio UTF2014-RNG-2914 del 04 de mayo de 2016, remitió a la hoy demandante el informe que contiene las razones en que se fundamenta el hallazgo, **determinando que existió apropiación o reconocimiento sin justa causa** en los siguientes términos:

"De los hallazgos descritos en la solicitud de aclaraciones se informaron 8 recobros, que incluyen 21 ítems, de los cuales se determinó que se NO se produjo apropiación o reconocimiento sin justa causa de 3 ítems, razón por la cual no se continuará con el proceso de reintegro de recursos.

En cuanto a 18 ítems, se estableció que no se aclararon los hallazgos o que la entidad aceptó, es decir que **se confirma la apropiación sin justa causa, razón por la cual, conforme las disposiciones de la Resolución mencionada, de manera atenta, se SOLICITA EL REINTEGRO DE RECURSOS, para lo cual dispone de VEINTE (20) DÍA(S) HÁBILES siguientes al recibo de la comunicación.**

1. Por concepto del valor de ítems apropiados así **\$7.568.712,50**.
2. Por concepto de intereses mediante la aplicación del Índice de Precios al Consumidor IPC **\$888.227,99**.

El valor de intereses está calculado con corte a 04 de mayo de 2016 y es informativo por cuanto debe liquidarse por el período comprendido entre la fecha de pago y la fecha de cancelación efectiva de la suma adeudada en el portal web <http://reintegro.utfosyga2014.com>, se encuentra la opción que permite generar el respectivo extracto de los valores a reintegrar y que contiene el cálculo de cada uno de los conceptos mencionados."²⁴ (Mayúsculas sostenida del texto original, negrillas del Juzgado)

- Mediante oficio UTF2014RNG3554, radicado número 1-2016-095132 del 15 de julio de 2016, la Unión Temporal Fosyga 2014, remitió a la Superintendencia Nacional de Salud el proceso de reintegro de recursos apropiados o reconocidos sin justa causa adelantado contra la EPS y Medicina Prepagada Suramericana SURA SA, concerniente al hallazgo determinados en auditoría previa relativo a recobros por tecnologías en salud no incluidas en el POS derivadas de porcentajes de fallos de tutela emitidos durante los años 2009 y 2010, recobrados en el año 2013 y pagados a la EPS en el periodo comprendido entre el 04 de abril y 07 de junio de 2014. En dicho documento se relacionaron los siguientes anexos: i) soportes de los hallazgos que configuran la apropiación sin justa causa, ii) el monto de los recursos incluyendo los intereses de mora, iii) la relación de las subcuentas del Fosyga y los conceptos que se presumen resultaron afectados con la apropiación y/o reconocimiento sin justa causa, iv) las solicitudes de aclaración efectuadas a la entidad involucrada, v) respuestas y documentación remitida por la EPS, vi) copia del informe de resultado del análisis realizado, incluidos los ítems y

²³ Folio 321 - CD archivos "STRC1210TD0017N00.pdf" y "STRC1210TD0017N01.pdf", Cuaderno 1.

²⁴ Folio 321 - CD archivo "UTF2014-RNG-2914_201605040750.pdf", Cuaderno 1.

el valor a reintegrar remitido a la EPS²⁵.

- Mediante informe de Análisis Técnico Restitución de Recursos, la Superintendente Delegada para la Supervisión Institucional, se pronunció respecto a la gestión realizada por la Unión Temporal Fosyga 2014 en relación al procedimiento de recobro realizado a SURA EPS, y luego de revisar cada una de las actuaciones surtidas hasta el momento, así como de hacer algunas precisiones sobre la garantía al debido proceso en el caso concreto, señaló lo siguiente:

“La Superintendencia Nacional de Salud, analiza el soporte de los soportes documentales allegados, teniendo en cuenta el procedimiento consagrado en la Resolución 3361 de 2013 con sujeción a lo dispuesto en el artículo 29 constitucional para dar cumplimiento al debido proceso.

De acuerdo al procedimiento establecido para la materia, la Unión Temporal FOSYGA 2014, adelantó el procedimiento para determinar la procedencia del reintegro de los recursos por apropiación o reconocimiento sin justa causa por concepto de porcentaje de pagos en fallos de tutela. (...)

La Superintendencia Nacional de Salud, analizó la documentación allegada por la Unión Temporal FOSYGA 2014, donde se evidencia el cumplimiento de las etapas previstas en la normatividad que rige la materia, así como el respecto al debido proceso en las actuaciones llevadas a cabo y por ello, además de la competencia que le asiste a la entidad, se considera procedente ordenar el reintegro de los recursos del FOSYGA.

Analizado el caso en mención, y teniendo en cuenta lo establecido anteriormente, se determina que se debe ordenar el reintegro de recursos al FOSYGA, por las siguientes sumas:

SIETE MILLONES QUINIENTOS SESENTA Y OCHO MIL SETECIENTOS DOCE PESOS CON CINCUENTA CENTAVOS MCTE (\$7.568.712,50), por concepto del capital involucrado y OCHOCIENTOS OCHENTA Y OCHO MIL DOCIENTOS VEINTISIETE PESOS CON NOVENTA Y NUEVE CENTAVOS (\$888.227,99) por concepto de actualización del valor del capital involucrado mediante aplicación del Índice de Precios al Consumidor IPC, con corte a 4 de mayo de 2016, más la actualización del capital involucrado hasta el cual la entidad realice la devolución de recursos, a la subcuenta de Compensación del FOSYGA²⁶. (negritas y subrayas del Juzgado).

- Mediante Resolución 003639 del 07 de diciembre de 2016, la Superintendencia Nacional de Salud, ordenó a la EPS y Medicina Prepagada Suramericana S.A. - EPS SURA, el reintegro de recursos al FOSYGA, por la suma de \$7.568.712,50, por concepto del capital involucrado y \$888.227,99, por concepto de actualización del valor del capital involucrado conforme al IPC, teniendo en cuenta lo siguiente:

“Así las cosas, y según lo previsto en la normatividad vigente, resulta importante destacar que la competencia de la Superintendencia se circunscribe a verificar la existencia de los soportes documentales que den cuenta del

²⁵ Folio 116 - CD archivo "ANTECEDENTES ADMINISTRATIVO EXPEDIENTE REINTEGRO.pdf" -, páginas 1 a 5 Cuaderno 1.

²⁶ Folio 116 - CD archivo "ANTECEDENTES ADMINISTRATIVO EXPEDIENTE REINTEGRO.pdf" -, páginas 6 a 17 Cuaderno 1.

hallazgo y ordenar el reintegro inmediato de los recursos, es decir, la ley no la ha facultado para dirimir diferencias entre la entidad que solicita la aclaración o restitución de los recursos y el sujeto requerido, en tanto estas diferencias debieron quedar resueltas en la primera parte del proceso o actuación administrativa primaria.

Por lo anterior, dentro de las competencias de la Superintendencia Nacional de Salud en la inspección, vigilancia y control en la generación, recaudo, flujo, administración, custodia y aplicación de los recursos con destino a la prestación de los servicios de salud, el artículo 3 del Decreto Ley 1281 de 2002, señaló que le corresponde ordenar el reintegro inmediato de los recursos y adelantar las acciones que se consideren pertinentes, siempre y cuando no se haya logrado el recaudo o la correspondiente aclaración en la actuación administrativa primaria.

(...)

De conformidad con la verificación realizada por la Dirección de Inspección y Vigilancia para Entidades del Orden Nacional de la Superintendencia Delegada para la Supervisión Institucional de la información allegada por la Unión Temporal Nuevo FOSYGA, **se evidencia que en el proceso de reintegro de recursos del FOSYGA adelantado, se cumplieron las etapas establecidas en la resolución 3361 de 2013.**

En este orden, teniendo en cuenta que **el informe allegado a la Superintendencia Nacional de Salud contiene la documentación establecida en el artículo 16 ibídem**, la EPS y MEDICINA PREPAGADA SURAMERICANA S.A. - EPS SURA debe reintegrar al Fondo de Solidaridad y Garantía – FOSYGA, las siguientes sumas (...).²⁷ (Mayúsculas sostenidas del texto original, subrayas del Juzgado)

- A través de oficio radicado el 15 de enero de 2017, con el número 1-2017-006495, SURA EPS, presentó recurso de reposición contra el referido acto administrativo, bajo el supuesto de violación al debido proceso e inexistencia de reconocimiento de recursos sin justa causa²⁸.
- Mediante Resolución 000795 del 05 de mayo de 2017, la Superintendencia Nacional de Salud, resolvió adversamente el recurso de reposición, para lo cual reiteró el argumento según el cual dicha entidad no está facultada para definir, modificar o controvertir los recursos objeto de restitución, dada la existencia de dos etapas diferentes en este tipo de procedimiento, y la inexistencia de vulneración al debido proceso dado que dentro del marco establecido en la norma que rige la actuación, la EPS tuvo la oportunidad de ejercer su derecho de defensa en la forma señalada en cada una de las etapas. Finalmente señaló que, dicha entidad no tenía competencia para dirimir en sede de reposición, aspectos relacionados con la primera parte del procedimiento, que ya se encontraban definidos²⁹.
- El anterior acto administrativo fue notificado mediante aviso recibido por

²⁷ Folios 40 a 45 y 116 - CD archivo "ANTECEDENTES ADMINISTRATIVO EXPEDIENTE REINTEGRO.pdf" -, páginas 18 a 26, Cuaderno 1.

²⁸ Folio 116 - CD archivo "ANTECEDENTES ADMINISTRATIVO EXPEDIENTE REINTEGRO.pdf" -, páginas 37 a 42, Cuaderno 1.

²⁹ Folios 46 a 52 y 116 - CD archivo "ANTECEDENTES ADMINISTRATIVO EXPEDIENTE REINTEGRO.pdf" -, páginas 45 a 67, Cuaderno 1.

SURA EPS el 27 de mayo de 2017³⁰.

Establecido lo probado en el proceso, el juzgado procede a estudiar cada uno de los cargos formulados por la demandante como seguidamente se expone.

2.5 CARGOS FORMULADOS POR LA PARTE DEMANDANTE

2.5.1. Falsa motivación – afectación al debido proceso y Desconocimiento del derecho fundamental de defensa

Por efectos metodológicos y afinidad temática, el Juzgado analizará de manera conjunta los referidos cargos de la demanda.

Señala la parte actora que la Superintendencia Nacional de Salud, pretende imponer una obligación pecuniaria exponiendo para ello razones de hecho y de derecho contrarias a la realidad, blindado por completo su actuación, pues la Superintendencia se reduce a la simple expedición del acto administrativo, justificando ello en la existencia de una actuación administrativa previa y autónoma, ajena a su actuar o ámbito de competencia, desconociendo por completo el derecho al debido proceso pues se deja sin imposibilidad de cuestionar las actuaciones adelantadas en su momento por la Unión Temporal Fosyga 2014. Ello, por cuanto de aceptarse lo expuesto por la demandada, equivaldría a decir que el informe de cierre de la auditoria constituye un acto administrativo como tal, lo cual no es cierto, pues este carece de fuerza vinculante y ejecutabilidad.

Refiere sentencia C-607 de 2012, para afirmar que corresponde a la Superintendencia Nacional de Salud, órgano de vigilancia y control, acorde con el debido proceso, verificar la actuación desarrollada por el administrador fiduciario y en caso de considerarla acorde a derecho, proceder a expedir en debida forma el acto administrativo correspondiente, entre ello, valorar las pruebas recaudadas dentro de la etapa inicial.

Indica que en aplicación a las normas de la primera parte del CPACA, la entidad demandada debió realizar un control de legalidad de la actuación adelantada por el administrador fiduciario, pues esta ejerce control y vigilancia sobre los actores del sistema, máxime cuando frente al informe final de auditoria no se concedió recurso alguno. Por tanto, que la Superintendencia Nacional de Salud se declare incompetente para ejercer dicha función, implica igualmente una transgresión a las normas del debido proceso, pues darle plena validez a la actuación del administrador fiduciario, sin hacer un estudio fáctico y jurídico de la misma, equivale a desconocer el principio de legalidad.

Trae a colación concepto emitido por la Sala de Consulta y Servicios Civil del Consejo de Estado, para afirmar que lo que en realidad es un acto administrativo complejo, termine convirtiéndose por una errónea interpretación en dos actos independientes.

³⁰ Folio 116 - CD archivo "ANTECEDENTES ADMINISTRATIVO EXPEDIENTE REINTEGRO.pdf" -, página 59 Cuaderno 1.

Así mismo, considera que de aceptarse la postura de la entidad demandada, carecería de sentido que la Resolución 3361 de 2013, exija al administrador fiduciario remitir todo el acervo probatorio, pues ello presupone como mínimo una revisión y pronunciamiento frente a los mismos, y por tanto, la Superintendencia Nacional de Salud se aparta del espíritu de la norma pues es claro que lo que se busca con la creación de dos etapas procesales es agotar una fase técnica de consolidación y análisis de datos, la cual finaliza con la en informe de liquidación, y la segunda en la que el órgano de control y vigilancia, una vez constatado el agotamiento del debido proceso y el cumplimiento de los preceptos normativos, define si hay lugar o no al pago correspondiente.

2.5.1.1 Análisis del Juzgado.

El Despacho advierte que el procedimiento de reintegro de los recursos apropiados o reconocidos sin justa causa, se encontraba regulado para la época de los hechos, en el artículo 3 del Decreto Ley 1281 de 2002³¹, de la siguiente manera:

"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.³²"

³¹ "por el cual se expiden las normas que regulan los flujos de caja y la utilización oportuna y eficiente de los recursos del sector salud y su utilización en la prestación." Dicha norma fue modificada por el artículo 7 de la Ley 1949 de 2019 "Por la cual se adicionan y modifican algunos artículos de las leyes 122 de 2007 y 1438 de 2011, y se dictan otras disposiciones", publicada en el Diario Oficial No. 50.830 de 8 de enero de 2019.

³² Aparte subrayado del texto original declarado EXEQUIBLE, por el cargo estudiado, por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-607-12 de 1o. de agosto de 2012, Magistrado Ponente Jorge Ignacio Pretell Chaljub.

En virtud de la norma transcrita, se emitió la Resolución 3361 de 2013, que fija el procedimiento para el reintegro de los recursos del Fondo de Solidaridad y Garantía (Fosyga) apropiados o reconocidos sin justa causa, de la siguiente manera:

Señala claramente que corresponde adelantar el procedimiento de reintegro al **administrador fiduciario de los recursos del Fondo de Solidaridad y Garantía (Fosyga)**, o cualquier entidad o autoridad que, en el ejercicio de sus competencias, obligaciones contractuales o actividades, participe en el flujo de caja de los recursos del sector salud y detecte que se presentó apropiación o reconocimiento sin justa causa de dichos recursos. Así mismo, para efectos de no incurrir en posibles confusiones la norma precisó que el participante o actor en el flujo de caja de los recursos del sector salud, es aquel que interviene en el flujo de los recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud (SGSSS) y por esta vía contribuye a la definición de su destinación³³.

Entonces, la entidad que detecte la apropiación o reconocimiento sin justa causa de recursos del sector salud, es quien **debe iniciar en forma inmediata el procedimiento para determinar la procedencia del reintegro de los recursos** y además procurará por la restitución de los mismos cuando a ello hubiere lugar³⁴. Una vez se detecta la posible apropiación o el reconocimiento sin justa causa, dicha autoridad dentro de los treinta (30) días siguientes debe: i) recopilar la información que soporte el hallazgo de la apropiación o reconocimiento sin justa causa de los recursos y, ii) 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, describiendo los hallazgos que la configuran, aportando copia de la información que soporta los hallazgos, indicando 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, así como el monto de los recursos involucrados y el plazo otorgado para la respuesta, el cual no podrá exceder de dos (2) meses siguientes a la recepción de la solicitud de aclaración³⁵.

Por su parte, la persona natural o jurídica requerida, debe dar respuesta a la solicitud de aclaración dentro del plazo que se le haya otorgado, adjuntando los soportes que considere pertinentes³⁶, y una vez recibida, dentro de los dos (2) meses siguientes, quien se encuentra adelantando el proceso de aclaración, **determinará** si hubo o no apropiación o reconocimiento sin justa causa de los recursos, indicando si: i) efectivamente se produjo apropiación o reconocimiento sin justa causa de recursos, caso en el cual elaborará el informe respectivo, ii) existe o no justificación parcial a la solicitud de aclaración, caso en el cual rendirá el informe respectivo sólo respecto de aquella parte del requerimiento que no haya sido aclarada de forma satisfactoria, y iii) si no se produjo apropiación o reconocimiento sin justa causa se informar lo pertinente al requerido y enviar la totalidad de la

33 Artículo 2.

34 Artículo 3.

35 Artículo 3.

36 Artículo 5.

documentación obrante al archivo del Fondo de Solidaridad y Garantía (Fosyga), para los registros a que haya lugar³⁷.

En el informe de resultados de la auditoría se plasman las razones que sustentan el resultado del análisis, y finalizado el mismo, se debe comunicar a la entidad requerida, así como al administrador fiduciario de los recursos del Fosyga, en caso que este no sea quien conozca el procedimiento. Además, cuando se determine que existió apropiación o reconocimiento sin justa causa de recursos, la comunicación contendrá como mínimo: i) 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, ii) el valor a reintegrar por concepto de recursos apropiados o reconocidos sin justa causa, iii) 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) y, iv) la identificación de las Subcuentas del Fondo de Solidaridad y Garantía (Fosyga), a las cuales se deben reintegrar los recursos³⁸.

Igualmente, si la persona natural o jurídica requerida acepta reintegrar los recursos del sector salud, dentro de los veinte (20) días hábiles siguientes al recibo de la comunicación respectiva, debe consignar en la Subcuenta del Fondo de Solidaridad y Garantía (Fosyga), el monto 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 la apropiación sin justa causa o el giro indebido de recursos, hasta el día en el que realizó el reintegro de los recursos³⁹.

Finalmente, si vencido el plazo de veinte (20) días antes señalado, la entidad requerida no presenta las aclaraciones solicitadas, las mismas no son satisfactorias total o parcialmente, o no existe aceptación expresa de alguna de las posibilidades de reintegro ya indicadas, quien haya iniciado el proceso de aclaración, remitirá la documentación que soporta el hallazgo⁴⁰ a la

37 Artículo 6.

38 Artículo 7.

39 Artículo 9.

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

1. El soporte de los hallazgos que configuran la apropiación o el reconocimiento sin justa causa de los recursos del sector salud.

2. El monto de los recursos involucrados incluyendo los intereses de mora calculados con base en la tasa de interés moratorio establecida para los impuestos administrados por la DIAN, o actualizado mediante la aplicación del Índice de Precios al Consumidor (IPC), según corresponda, a la fecha de envío.

3. Relación de las Subcuentas del Fondo de Solidaridad y Garantía (Fosyga) y los conceptos que se presumen resultaron afectados por la apropiación o el reconocimiento sin justa causa de los recursos.

4. Copia de la solicitud de aclaración enviada al actor del Sistema General de Seguridad Social en Salud (SGSSS) requerido, así como la constancia del envío y del recibido por parte de este.

5. Copia de las respuestas y documentación que el requerido haya enviado al administrador fiduciario de los recursos del Fondo de Solidaridad y Garantía (Fosyga), o cualquier entidad o autoridad que en el ejercicio de sus

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)⁴¹.

Pues bien, resulta pertinente señalar que el artículo 3 del Decreto Ley 1281 de 2002, fue objeto de estudio por la Corte Constitucional en sentencia C-607 de 2012, en la cual se precisó que dicha disposición debe ser entendida en **dos etapas**:

La primera, que se desarrolla por los participantes en el flujo de caja, donde ocurre la detección de la posible apropiación sin justa causa de recursos del sector salud, se solicitan las aclaraciones respectivas, se determina la existencia o no de las apropiaciones sin justa causa, y si la situación no se subsana en el plazo señalado se informará de manera inmediata y con las pruebas correspondientes a la Superintendencia Nacional de Salud.

Segunda etapa, donde procede la intervención de la Superintendencia Nacional de Salud quien ordenará el reintegro inmediato de los recursos y adelantará las acciones que considere pertinentes.

Así mismo, precisó que es un principio esencial de la administración de los recursos de la seguridad social el manejo adecuado y específico, y por tanto, resulta justificada y necesaria la intervención del Estado, a través de las autoridades competentes, así como el establecimiento de mecanismos para garantizar un flujo ágil y transparente de los mismos; y en ese sentido el Decreto Ley 1281 de 2002 contiene normas encaminadas a garantizar que los reconocimientos a que hubiere lugar con cargo a tales recursos, sean tramitados en debida forma, con base en la documentación y soporte y previo al cumplimiento de unas condiciones específicas, todo ello encaminado a evitar fraudes y pagos indebidos.

Igualmente, la Corte Constitucional en su momento dispuso que **no existe violación al debido proceso en relación con el procedimiento señalado en la norma en cita**, por cuanto, por el contrario dicha garantía se cumple en la medida que la norma especial 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 porque a dicho procedimiento le son aplicables las normas generales contenidas en la primera parte del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en lo que no esté específicamente regulado en la norma especial, esto es, que se debe dar aplicación a las normas de procedimiento y competencia establecidas previamente, con plena garantía de los derechos de representación, defensa y contradicción, así como debía entenderse que los actos proferidos por la Superintendencia Nacional de Salud, podrían ser objeto de los recursos en vía gubernativa y por tanto, susceptibles de ser atacados ante la jurisdicción⁴².

competencias, obligaciones contractuales o actividades participe en el flujo de caja de los recursos del sector salud generadas dentro del proceso de que trata la presente resolución."

41 Artículo 15.

42 Sentencia C-607 de 2012.

En lo que respecta a la Resolución 3361 de 2013, encuentra el Juzgado que dicho acto administrativo reglamentario, goza de presunción de legalidad y deber ser acatado, y si bien este fue objeto de demanda en ejercicio del medio de control de nulidad, lo cierto es que el Consejo de Estado no ha emitido decisión de fondo, así como negó la solicitud de medida cautelar consistente en la suspensión provisional de sus efectos, bajo los siguientes razonamientos:

“Respecto a la presunta vulneración del artículo 29 de la Constitución Política, se advierte que, contrario a lo manifestado por el actor, al establecerse el procedimiento para determinar la apropiación o el reconocimiento sin justa causa de los recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud –SGSSS- y el reintegro de los mismos, la normativa ordena comunicar (notificar) al sujeto pasivo del requerimiento; le otorga la oportunidad de efectuar las manifestaciones que a bien considere, dentro de las cuales puede hacer uso del derecho de defensa y de contradicción; y, ordena poner en conocimiento el material probatorio que estime pertinente.

En cuanto a los recursos de la actuación administrativa, si bien es cierto que la norma censurada no los menciona, también lo es que no los prohíbe, lo que significa que están permitidos, siempre y cuando se trate de decisiones que se constituyan en actos definitivos, contra los cuales proceden los recursos de rigor.

*En efecto, el artículo 2º del C.P.A.C.A, establece que la parte primera de dicha codificación es aplicable «...a todos los organismos y entidades que conforman las ramas del poder público en sus distintos órdenes, sectores y niveles, a los órganos autónomos e independientes del Estado y a los particulares, cuando cumplan funciones administrativas. A todos ellos se les dará el nombre de autoridades.», así mismo, dicha preceptiva dispone que las autoridades deben sujetar sus actuaciones a los procedimientos que se establecen en el referido Código, sin perjuicio de los procedimientos regulados en leyes especiales y que, **en lo no previsto, se deben aplicar las disposiciones de aquél.***

(...)

Además, no se observa ilegalidad alguna en relación con el artículo 15 acusado, pues la competencia que se le otorga a la Superintendencia Nacional de Salud para resolver el conflicto de reintegro, ya ha sido consagrada en el artículo 3º del Decreto 1281 de 2002, que indica que «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».

(...)⁴³ (Subrayas y negrillas del Juzgado)

De lo visto hasta ahora, resulta evidente que el procedimiento previsto en la ley y el reglamento para el reintegro de recursos apropiados o reconocidos sin justa causa es uno sólo pero, debe ser entendido en dos etapas, respecto de las cuales la Superintendencia Nacional de Salud sólo interviene en la segunda ellas correspondiente al reintegro de los recursos que no fueron restituidos, en

⁴³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, providencia del 05 de diciembre de 2016, Magistrada Ponente María Elizabeth García González, radicación número 11001-03-24-000-2015-00098-00.

tanto que, es en la primera etapa donde se determina la existencia o no de recursos apropiados sin justa causa y el monto a reintegrar⁴⁴.

Pues bien, del análisis de las pruebas obrantes en el proceso, se observa que las etapas previstas en las normas referidas se surtieron en debida forma ya que:

Primera etapa

i) La Unión Temporal Fosyga 2014, entidad que detectó la posible apropiación de recursos sin justa causa, solicitó las aclaraciones respectivas a SURA EPS, frente al pago de recobros por concepto de tecnologías no incluidas en el POS, correspondientes a los paquetes pagados en el periodo comprendido entre el 04 de abril y el 07 de junio de 2014, en tanto que, pese a que en los fallos de tutela emitidos en los años 2009 y 2010, que soportaban los recobros, el Juez determinó de manera específica que el porcentaje a reconocer debía corresponder al 50%, estos se hicieron sobre el 100% de los medicamentos o servicios suministrados, y concedió el término de veinte (20) días para ejercer su derecho de defensa⁴⁵;

ii) SURA EPS presentó las aclaraciones respectivas rechazando la existencia de recursos reconocidos sin justa causa, por lo que consideró que debía pagarse el 100% de los recobros, conforme lo indicado en la norma vigente para la fecha de dicho reconocimiento (2014)⁴⁶;

iii) La Unión Temporal Fosyga 2014, emitió el informe respectivo, a través del cual sustentó la no aceptación de las aclaraciones presentadas por la EPS y por tanto, confirmó la existencia de reconocimiento indebido de recursos del sector salud, para lo cual solicitó a la firma interventora concepto previo⁴⁷;

iv) La firma interventora, emitió concepto favorable sobre el informe de reintegro presentado por el administrador fiduciario, al encontrarlo debidamente soportado en la información allegada al procedimiento, por valor de \$7.568.712,50⁴⁸; y

v) La entidad responsable (Unión Temporal Fosyga 2014) notificó a la EPS el informe con las conclusiones del caso, determinando la existencia de dichas apropiaciones sin justa causa, por lo que continuó el proceso respecto a los referidos recobros al considerar que el valor reconocido no resultaba concordante con lo ordenado por el Juez competente que emitió los fallos de tutela que soportaban el suministro de los medicamentos o servicios no POS, liquidando el valor a reintegrar en la suma de \$7.568.712,50, por concepto de capital involucrado y \$888.227,99, por concepto de la actualización del IPC, sin que dentro de 20 días siguientes la EPS realizara la devolución de los recursos al Fosyga⁴⁹.

⁴⁴ Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Primera, Subsección B, providencia del 10 de agosto de 2020, Magistrado Ponente: Oscar Armando Dimaté Cárdenas, Radicación 250002341000202000054-00.

⁴⁵ Ídem 20.

⁴⁶ Ídem 21.

⁴⁷ Ídem 22.

⁴⁸ Ídem 23.

⁴⁹ Ídem 24.

Segunda etapa

i) Por lo anterior, la Unión Temporal Fosyga 2014, remitió a la Superintendencia Nacional de Salud el proceso de reintegro de recursos apropiados o reconocidos sin justa causa adelantado contra la EPS y Medicina Prepagada Suramericana SURA SA, para lo cual aportó los documentos que soportaron el hallazgo⁵⁰;

ii) La Superintendente Delegada para la Supervisión Institucional, presentó informe de Análisis Técnico respecto a la gestión realizada por el Ministerio de Salud y Protección Social en relación al procedimiento de recobro realizado a Famisanar, estableciendo entre otras, que revisada la actuación surtida y los documentos que la soportan, se evidenció el cumplimiento de las etapas previstas en la normatividad que rige la materia, así como el respecto al debido proceso y la existencia de la obligación a restituir los recursos reconocidos sin justa causa, en los montos descritos por el administrador fiduciario⁵¹;

iii) La Superintendencia Nacional de Salud, en el marco de sus competencias, profirió la Resolución 003639 del 07 de diciembre de 2016, a través de la cual ordenó a la EPS hoy demandante el reintegro al Fosyga de la suma antes descritas⁵²;

iv) En ejercicio del derecho de defensa SURA EPS interpuso recurso de reposición contra el mencionado acto administrativo⁵³; y

iv) Mediante Resolución 000348 del 24 de febrero de 2017, la Superintendencia Nacional de Salud resolvió de manera adversa el recurso de reposición, para lo cual expuso de manera clara los fundamentos fácticos y jurídicos que no permitían acceder a lo solicitado por la recurrente⁵⁴.

Así, en la Resolución 003639 del 07 de diciembre de 2016, la entidad demandada señaló que la Unión Temporal Fosyga 2014 dentro de sus competencias como participe en el flujo de caja de los recursos del sector salud⁵⁵, llevó a cabo la revisión de una muestra de solicitudes presentadas por SURA EPS al Fosyga, en las cuales se cobraron medicamentos y/o tecnologías no POS ordenados en fallos de tutela proferidos en los años 2009 y 2010, cuyos recobros fueron pagados entre el 04 de abril y el 07 de junio de 2014; encontrando que dicho valor no concordaba con el porcentaje ordenado por el Juez respectivo.

Explica la entidad demandada que, frente a los hallazgos de posibles apropiaciones indebidas o giros de recursos sin justa causa, resultado de la auditoria, el administrador de los recursos del Fondo adelantó el procedimiento establecido en el Decreto Ley 1281 de 2002 y la Resolución 3361 de 2013, respecto de la EPS hoy demandante, para lo cual se cumplieron cada una de

⁵⁰ Ídem 25.

⁵¹ Ídem 26.

⁵² Ídem 27.

⁵³ Ídem 24 y 25.

⁵⁴ Ídem 26.

⁵⁵ Entonces administrador fiduciario de los recursos del Fondo de Solidaridad y Garantía, Fosyga.

las actuaciones definidas en la normatividad aplicable como fueron: La solicitud de aclaración remitida a SURA EPS y el otorgamiento del término de 20 días para su respuesta; La contestación emitida por la aquí demandante manifestando su desacuerdo y rechazo de lo imputado; El informe de reintegro de recursos reconocidos sin justa causa emitido por la Unión Temporal Fosyga 2014, donde determinó la existencia de recursos del SGSS que debían ser reintegrados; El concepto favorable de auditoría sobre el mismo; y su posterior remisión a la EPS involucrada.

Finalmente, la entidad Superintendencia Nacional de Salud señaló que **en atención a sus precisas competencias** asignadas en el artículo 3 del Decreto Ley 1281 de 2002 **y verificada la información allegada por el administrador fiduciario resolvió ordenar el reintegro al entonces Fosyga de las sumas allí señaladas.**

Ahora bien, considera la demandante que el informe que presenta la entidad o autoridad que detecte la presunta apropiación de recursos del Fosyga, constituye un acto administrativo de trámite, mientras que el acto administrativo que emite la Superintendencia Nacional de Salud es aquel que resulta definitivo pues es el que modifica la situación jurídica concreta de la EPS requerida y por tanto debe contar con la motivación suficiente que dé cuenta de su decisión, pues de lo contrario se deja sin imposibilidad de cuestionar las actuaciones adelantadas en su momento por la Unión Temporal Fosyga 2014.

Al respecto cabe señalar que efectivamente cuando el procedimiento de reintegro de recursos apropiados o reconocidos sin justa causa no culmina en la primera etapa, la orden de reintegro que emite la Superintendencia Nacional de Salud constituye el acto administrativo definitivo con el cual culmina la actuación, y, por tanto, este junto con aquel que resuelve el recurso de reposición (único precedente), resultan enjuiciables ante esta jurisdicción.

No obstante, ello no significa, como erradamente entiende la demandante, que al acudir a esta jurisdicción no se puedan cuestionarse las actuaciones surtidas en la primera etapa del procedimiento, puesto que el análisis de legalidad, al tratarse de un acto administrativo complejo, debe extenderse a la totalidad del acto entendido como uno solo, no obstante, en el presente caso, la demandante no atacó la legalidad del informe final presentado por la Unión Temporal Fosyga 2014, así como tampoco presentó cargo de nulidad alguno tendiente a cuestionar el actuar de esta última entidad.

Por el contrario, en el presente caso la demandante reprocha una presunta falsa motivación de la Resolución 001270 del 13 de mayo de 2016, por cuanto en su criterio, la Superintendencia Nacional de Salud debió explicar las razones por las cuales existía apropiación o reconocimiento de recursos sin justa causa, así como debió valorar las pruebas aportadas por el administrador fiduciario.

Pues bien, lo primero que debe precisarse es que tal y como se ha expuesto a lo largo de la presente providencia, para este Juzgado es claro que el deber de motivación del acto administrativo por parte de la Superintendencia Nacional de Salud, debe ceñirse a las facultades que frente a este procedimiento a previsto la ley, esto es, a ordenar el reintegro una vez el

administrador fiduciario o la entidad o autoridad pública requirente, remita la actuación por no haberse subsanado (o pagado) la suma previamente determinada dentro del plazo previsto para ello, junto con las pruebas correspondientes; ello por cuanto, se reitera, es en la primera etapa del procedimiento donde previo agotamiento de las oportunidades de contradicción, se determina la existencia o no de recursos apropiados sin justa causa y el monto a reintegrar.

En ese sentido, no existió falsa o falta de motivación, ni violación al debido proceso respecto de los actos administrativos acusados en tanto que, la Resolución 003639 de 2016, no sólo contó previamente con informe de Análisis Técnico de Restitución de Recursos emitido por la Superintendente Delegada para la Supervisión Institucional, sino que además en dicho acto administrativo la Superintendencia explicó que se había cumplido a cabalidad el procedimiento previsto en el artículo 3 del Decreto Ley 1281 de 2002, reglamentado por la Resolución 3361 de 2013, entre ellos, las etapas de contradicción y defensa, así como se había informado y soportado la existencia de reconocimiento de recursos del sector salud en favor de SURA EPS, sin que mediara justa causa, para lo cual se había indicado de manera concreta el monto a reintegrar.

Tampoco se observa irregularidad alguna respecto de la Resolución 000795 del 5 de mayo de 2017, en tanto en ella se resolvieron cada uno de los aspectos que fundamentaron el recurso de reposición y se explicaron las razones de su improcedencia, en razón a la imposibilidad de la entidad de definir, modificar o controvertir los recursos objeto de restitución y la inexistencia de vulneración al debido proceso dado que dentro del marco establecido en la norma que rige la actuación, la EPS tuvo la oportunidad de ejercer su derecho de defensa.

Así las cosas, se insiste que la etapa de aclaración o discusión sobre la procedencia del reintegro y la determinación de los conceptos y montos de los valores a restituir, no se surte ante la Superintendencia Nacional de Salud, sino ante la entidad que haya detectado la apropiación sin justa causa, actualmente ADRES, con la debida intervención que hacen los sujetos que tengan en su poder los recursos y en las oportunidades previstas en la primera parte del trámite, es decir, que contrario a lo manifestado por la parte actora, no podía la demandada entrar a debatir aspectos como la existencia o no de la apropiación sin justa causa y el monto del valor a restituir.

Sobre este punto, dado que la parte actora lo reseñó como fundamento de su demanda, el Juzgado efectuó lectura concepto emitido por la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado⁵⁶, y encontró que incluso en dicho documento, y contrario a lo expuesto por la demandante, se precisa que el acto administrativo que profiere la Superintendencia Nacional de Salud, se produce luego de agotarse la etapa respectiva donde el administrador valora las razones de oportunidad y legalidad que justifican la orden de reintegro y determina o corrobora si efectivamente existió o no el

⁵⁶ Consejero Ponente Álvaro Namén Vargas, Radicación 11001-03-06-000-2014-00258-00 (2235 y 2235 adición), 07 de diciembre de 2015.

reconocimiento sin justa causa. Así, respecto a la función asignada a la demandada, dicha corporación explicó:

"En efecto, la función que el legislador asignó a la Superintendencia Nacional de Salud en el artículo 3 del Decreto Ley 1281 de 2011, se limita a la posibilidad de que la entidad dé las órdenes para obtener el reintegro del monto de los recursos involucrados, incluyendo los intereses de mora calculados con base en la tasa de interés moratorio establecida para los impuestos administrados por la DIAN, o actualizado mediante la aplicación del Índice de Precios al Consumidor (IPC), según corresponda, sin que esta actividad implique, en principio, establecer responsabilidades respecto de la conducta de los sujetos llamados a reintegrar los recursos, ni se imponga en la resolución del asunto sanciones de algún tipo."

En consecuencia, señaló que la orden de reintegro de los recursos constituye el efecto propio que tiene lugar por la ausencia de una causal legal que justifique el reconocimiento o apropiación de recursos de la salud, por lo tanto, la decisión proferida por la Superintendencia Nacional de Salud es esencialmente una orden de restitución de carácter patrimonial. Al respecto expuso:

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

Así entonces, no se evidencia la alegada causal de nulidad de los actos administrativos, dado que, no le competía a la Superintendencia Nacional de Salud en el marco del procedimiento de reintegro de recursos apropiados o reconocidos sin justa causa, determinar la existencia o no de dicho aspecto, y mucho menos analizar la conducta del sujeto llamado a reintegrar los recursos, sino por el contrario, como en efecto ocurrió en el *sub judice*, verificado el cumplimiento del trámite previo previsto en la ley y corroborada la adecuación de los soportes que sustentaron el hallazgo, esta debía emitir la orden de restitución de carácter patrimonial.

Cabe reiterar igualmente que, lo expuesto por la Corte Constitucional en sentencia C-607 de 2012, fue que en el trámite de restitución de recursos se deben respetar todas las garantías que comprenden el debido proceso, las cuales se encuentran satisfechas cuando se cumple con el derecho de contradicción que debe ejercerse en la primera etapa respecto a la determinación de o no de la obligación de reintegro, y en aplicación de las normas generales contenidas en la primera parte del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en tanto dicho aspecto no está regulado en la norma especial, en la posibilidad que los actos proferidos por la Superintendencia Nacional de Salud sean objeto de recursos en vía administrativa.

En ese sentido, y en concordancia también con lo señalado por el Consejo de Estado en providencia ya citada, no le asiste razón a SURA EPS cuando afirma que se vulneró su derecho al debido proceso, pues como ya se expuso, **los aspectos relativos a la determinación de la existencia de valores a reintegrar al Fosyga no le compete dirimirlo a la Superintendencia Nacional de Salud**, sino que se determina por el administrador de los recursos de destinación específica, en este caso, la Unión Temporal Fosyga 2014; instancia en la cual, se otorga la oportunidad de efectuar las manifestaciones que la requerida considere, dentro de las cuales puede hacer uso del derecho de defensa y de contradicción, así como aportar o solicitar el material probatorio que estime pertinente⁵⁷.

Así mismo, cabe precisar que la intervención que realiza la entidad hoy demandada **no se enmarca dentro sus funciones de inspección, vigilancia y control sobre los actores del sistema**, sino que se trata de una **competencia especial destinada a vigilar la correcta ejecución y administración de los recursos del SGSS**. Situaciones estas distintas, y por tanto, la Superintendencia Nacional de Salud no constituye una segunda instancia dentro del procedimiento especial de reintegro, y por tanto, no ejerce control de legalidad sobre los actos que este emite. Por el contrario, su intervención tiene como finalidad lograr la recuperación efectiva de los recursos en tanto es quien emite la orden de reintegro.

En ese sentido, el procedimiento previsto no tiene la característica de sancionatorio, sino por el contrario está estatuido para garantizar el adecuado manejo de los recursos del SGSS, dada su destinación específica y su vinculación directa con la satisfacción y garantía de derechos superiores de los ciudadanos, y en consecuencia, las funciones de intervención que realiza el administrador de los recursos, y la Superintendencia Nacional de Salud y sus decisiones no constituyen decisión de una pena o condena administrativa, sino por el contrario, se circunscriben a sus funciones especiales que buscan la recuperación de recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud y su adecuada destinación.

Adicionalmente, como ya se expuso, no se observa un actuar irregular o arbitrario de la entidad demandada, pues sus actuaciones se encuadran dentro de las normas y etapas procesales previstas en la ley y la regulación, las concretas funciones asignadas y las pruebas obrantes en el expediente administrativo.

Así las cosas, y retomando la alegada violación al debido proceso por no haberse permitido controvertir el informe emitido por la Unión Temporal Fosyga 2014, en el cual se determina la existencia de reconocimiento sin justa causa de recursos del sector salud, el Juzgado debe reiterar que, dado el concepto de acto administrativo complejo, entendido como aquel que para su formación requiere la reunión de varias voluntades de la misma entidad o de varias entidades que se integran con unidad de objeto y fin⁵⁸, resulta evidente

⁵⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, providencia del 05 de diciembre de 2016, Magistrada Ponente María Elizabeth García González, radicación número 11001-03-24-000-2015-00098-00.

⁵⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, Consejero Ponente: Milton Chaves García, providencia del 19 de abril de 2018, Radicación número: 76001-23-31-000-2008-00510-01 (22380).

que la parte actora debió controvertir dicho acto administrativo en el presente medio de control de manera conjunta con aquellos que emitió la Superintendencia Nacional de Salud, integrando como litisconsorte necesario al ADRES; no obstante, la demandante no lo hizo y por ello, conforme las características del procedimiento señalado en la ley, las razones ya expuestas y lo fijado en litigio, el Despacho no observa la alegada causal de nulidad respecto a las resoluciones demandadas.

En atención a lo anterior, los cargos estudiados no prosperan.

2.5.2 Actuación irregular – agotamiento de términos para ejercer la restitución de recursos

Manifiesta la demandante, que la Superintendencia Nacional de Salud impuso una obligación pecuniaria sin tener en cuenta que los hechos en los cuales se fundamenta, es decir, los reconocimientos por servicios no POS realizados de manera injustificada, correspondían al periodo comprendido entre el 04 de abril y el 07 de junio de 2014, lo que implica que ya habían transcurrido más de dos años desde la fecha de corte final del periodo auditado, por lo que, si bien no existe norma específica que establezca un término de caducidad para el ejercicio administrativo de restitución, se debe dar aplicación al contenido general del CPACA, resultando aplicable el término de dos años previsto para el ejercicio del medio de control de reparación directa, conforme lo expuesto por la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado el 07 de diciembre de 2015, Radicación 11001-03-06-000-2014-00258-00.

2.5.2.1 Análisis del Juzgado

Para resolver el cargo formulado, y dado que la demandante refiere al precitado concepto emitido por la Sala de Consulta y Servicio Civil, el Juzgado traerá a colación algunos apartes de dicho documento así:

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

(...)

En síntesis, las reglas del último inciso del artículo 9 del Decreto 20280 de 2004, que indicaban un límite temporal para que las declaraciones de giro y compensación por concepto de giro de UPC quedaran en firme, no son aplicables en relación con el término que tiene la administración para iniciar el procedimiento administrativo especial de reintegro de los recursos al Sistema General de Seguridad Social en Salud, apropiados o reconocidos sin justa causa conforme al artículo 3 del Decreto 1281 de 2002, pues aquella disposición debe considerarse derogada.

(...)

Observa la Sala que la Ley 1753 de 2015 por la cual se expidió el Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018, determinó en el último inciso de su artículo 73 que los procesos de reconocimiento y giro de los recursos del

aseguramiento de Seguridad Social en Salud que se surten ante el Fosyga, quedarán en firme transcurrido un plazo de **dos (2) años después de su realización**, cumplido el cual no procederá reclamación alguna.

(...)

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

(...)

Ahora bien, teniendo en cuenta que **la regla del artículo 73 de la Ley 1753 de 2015 solo es aplicable desde el 9 de junio de 2015**, y que el Decreto Ley 1281 de 2001 no contempló expresamente un término de caducidad para el ejercicio de facultad que tenía la administración para iniciar el reintegro de los recursos apropiados o reconocidos sin justa causa, habrá la Sala de analizar cual es la norma aplicable antes de la vigencia de la mencionada Ley (...)

(...)

Por tanto, ante el silencio del legislador sobre el término de caducidad antes de la expedición de la Ley 1753 de 2015, en relación con el procedimiento especial regulado por el Decreto Ley 1281 de 2001, la Sala considera que es posible suplirlo con base en las disposiciones que rigen el trámite común a los juicios contencioso administrativos, en cuanto sean aplicables.

(...)

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

(...)

En conclusión, (...) ese límite temporal debe aplicarse mutatis mutandis para el ejercicio de la facultad que tiene el administrador fiduciario o cualquier entidad o autoridad pública que en ejercicio de sus competencias o actividades participe como actor en el flujo de caja, **para iniciar el procedimiento administrativo especial de reintegro (...).**⁵⁹

(Negrillas y subraya del Juzgado)

Pues bien, al respecto debe señalarse que la interpretación realizada en el mencionado concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, en cuanto a la aplicación del término de dos (2) años contemplado para ejercer el medio de control de reparación directa, no resulta vinculante pues existe norma concreta que subsanó el vacío legal que existía sobre dicho aspecto.

59 Ídem 56.

Así, el inciso final del artículo 73 de la Ley 1753 de 2015⁶⁰, establece:

"ARTÍCULO 73. PROCESOS DE RECOBROS, RECLAMACIONES Y RECONOCIMIENTO Y GIRO DE RECURSOS DEL ASEGURAMIENTO EN SALUD.

Los procesos de cobros, reclamaciones y reconocimiento y giro de recursos del aseguramiento en Salud que se surten ante el Fosyga o la entidad que asuma sus funciones se regirán por las siguientes reglas:

(...)

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

Por tanto, como la norma entró en vigencia el 9 de junio de 2015, el término allí previsto resultaría aplicable a aquellos cobros pagados a partir de dicha fecha. Luego, el artículo 16 de la Ley 1797 de 2016 "Por la cual se dictan disposiciones que regulan la operación del Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones", indicó:

"ARTÍCULO 16. DESCUENTOS POR MULTIAFILIACIÓN Y OBLIGACIÓN DE RESTITUCIÓN DE RECURSOS EN EL SGSSS. (...)

No habrá lugar a la restitución de recursos según lo establecido en el artículo 3o del Decreto-ley 1281 de 2002 cuando se trate de afiliados que hayan ingresado a la EPS en virtud del mecanismo de afiliación a prevención o por cesión obligatoria de afiliados. La EPS receptora contará con un término de un (1) año para verificar si el afiliado presenta o no multiafiliación con otra EPS o con los regímenes especiales o de excepción.

Los reconocimientos y giros de los recursos del aseguramiento en salud realizados dos años antes de la vigencia de la Ley 1753 de 2015 quedarán en firme a partir de la entrada en vigencia de la presente ley." (Resalta del Juzgado)

Bajo el anterior marco normativo, la firmeza de los reconocimientos y giros realizados antes del 9 de junio de 2013, sería predicable a partir del 13 de julio de 2016, fecha en la cual fue publicada la señalada Ley 1797. Sin embargo, nada se dijo respecto a la firmeza de los reconocimientos y giros efectuados entre el 9 de junio de 2013 y el 8 de junio de 2015.

Por lo tanto, el Decreto 1829 de 2016 "Por medio del cual se adiciona el capítulo 6 al título 1 de la parte 6 del Libro 2 del Decreto 780 de 2016, Único Reglamentario para el Sector Salud", **aclaró que los reconocimientos y giros efectuados entre el 9 de junio de 2013 y el 8 de junio de 2015, quedarían en firme trascurridos dos años después de la entrada en vigencia de la Ley 1753 de 2015.** Así mismo, reiteró que la firmeza de los reconocimientos y giros de los recursos del aseguramiento en salud realizados con anterioridad al 9 de junio de 2013, se predica exigible a partir del 13 de julio de 2016 fecha en la cual

⁶⁰ "Por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018 "Todos por un nuevo país".

entró a regir la Ley 1797 del mismo año, razón por la cual, sobre estos ya no procedería reclamación alguna⁶¹.

Teniendo en cuenta lo anterior, se observa que en *sub judice*, la realización del giro correspondiente a los recobros objeto de la actuación administrativa **corresponden al periodo comprendido entre el 04 de abril y el 07 de junio de 2014**, es decir que, conforme a la norma antes descrita, la firmeza de dichos giros o reconocimientos habría ocurrido si la administradora de los recursos del SGSS no hubiera iniciado el respectivo proceso de determinación de reintegro de recursos reconocidos o apropiados sin justa causa, antes del **09 de junio de 2017**. Lo cual no ocurrió, dado que el procedimiento de reintegro inició el **06 de abril de 2015**, fecha en la cual la Unión Temporal Fósyga 2014 solicitó las aclaraciones respectivas a SURA EPS; comunicación que fue recibida por dicha empresa el 13 del mismo mes y año.

Sobre este punto es del caso precisar que conforme a las normas citadas, **dicho término de firmeza o límite temporal se predica respecto** de la posibilidad que tiene la autoridad competente de presentar la reclamación frente a dichos giros, es decir que en lo que respecta al caso objeto de estudio, ello corresponde **a la facultad que tiene el administrador fiduciario** o cualquier entidad o autoridad pública que en ejercicio de sus competencias o actividades participe como actor en el flujo de caja, para **iniciar el procedimiento administrativo especial de reintegro y no para culminarlo** como erradamente parece entenderlo la parte actora.

En ese orden, para el Despacho no se evidencia la alegada actuación irregular de la Superintendencia Nacional de Salud por agotamiento de términos para ejercer la restitución de recursos al proferir los actos administrativos cuya nulidad se solicita, dado que los recobros o giros que fueron objeto de orden de reintegro no cobraron firmeza, pues antes de haberse cumplido el término de dos (2) años de que trata la parte final del inciso primero del artículo 2.6.1.6.2. del Decreto 780 de 2016⁶², adicionado por el artículo 1 del Decreto 1829 del mismo año, la Unión Temporal Fósyga 2014, ejerció la respectiva reclamación, consistente en su facultad de iniciar el procedimiento administrativo especial de reintegro.

Ahora bien, cabe advertir que aun cuando se aceptara que dicho plazo debía cortarse a partir de la fecha en que se efectuó el giro indebido, tampoco se observa configurada la mencionada causal de nulidad, pues entre el 04 de abril al 07 de junio de 2014 (periodo de los pagos realizados a

⁶¹ **"ARTÍCULO 2.6.1.6.2.** De la firmeza de los reconocimientos y giros de recursos del aseguramiento en salud. En el marco de lo establecido en el artículo 73 de la Ley 1753 de 2015, los reconocimientos y giros de los recursos del aseguramiento en salud quedarán en firme transcurridos 2 años después de su realización; 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 en mención. Cumplido dicho plazo, no procederá reclamación alguna.

De conformidad con la Ley 1797 de 2016, a partir de su entrada en vigencia se predica la firmeza de los reconocimientos y giros de los recursos del aseguramiento en salud realizados con anterioridad al 9 de junio de 2013 y sobre estos no procede reclamación alguna

PARÁGRAFO. El reporte de las novedades de afiliación y el pago de aportes por parte de las EPS se realizará conforme a las regías y términos establecidos para cada uno de los regímenes." (Subraya el Despacho)

⁶² Único Reglamentario del Sector Salud y Protección Social

la EPS), y el 06 de abril de 2015 (fecha en la cual se inició la actuación administrativa), tampoco transcurrieron más de dos (2) años.

Por tanto, el cargo analizado tampoco prospera y, en consecuencia, serán negadas las pretensiones de la parte actora.

Así mismo, se tendrán por probadas las excepciones de inexistencia de vicios en los actos administrativos y presunción de legalidad, así como legalidad del procedimiento adelantado propuestas por la Superintendencia Nacional de Salud y el tercero con interés, respectivamente, en lo que concierne con los dos primeros cargos de la demanda.

No obstante, se negarán las excepciones en lo que se refiere al último cargo de la demanda y aquella denominada por el ADRES como "*Imposibilidad de aplicar la firmeza por haberse dispuesto en norma posterior a que se realizara el pago por parte del demandante*", en tanto que, los argumentos expuestos sobre dicho aspecto no resultan aceptables, pues por un lado, no es cierto que el término de firmeza de que trata la Ley 1797 de 2016 y el Decreto 1829 del mismo año, aplique únicamente para los giros o reconocimientos correspondientes a la Unidad de Pago por Capitación, pues las normas se refiere de manera general a los recursos del aseguramiento en salud que se surten ante el Fosyga, lo cual, aunque se trate de servicios o medicamentos no POS, deben incluirse por cuanto estos finalmente se están financiando con recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud que son administrados por el otrora Fosyga; y por otro, porque la aplicación del término de firmeza nada tiene que ver con la fecha en que la demandante reintegró los dineros al entonces Fosyga, como consecuencia de la determinación de la existencia del reconocimiento que dichos recursos se giraron en su momento sin tener justa causa para ello, y por tanto, la entrada en vigencia de las señaladas normas frente a dicho momento, también resulta irrelevante.

2.6 Condena en costas

Por último, el Despacho señala que en atención a lo dispuesto por el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011, el criterio para la imposición de costas debe ser el objetivo, por tanto, teniendo en cuenta lo previsto en el numeral 1 del artículo 365 del CGP, y como quiera que la sentencia es desfavorable a las pretensiones de la demanda, se condenará en costas a EPS Y MEDICINA PREPAGADA SURAMERICANA S.A. - EPS SURA.

De igual manera, toda vez que en la sentencia debe fijarse el valor de las agencias en derecho a ser incluidas en la respectiva liquidación, dado el valor de las pretensiones de la demanda que tienen un contenido pecuniario, el Despacho fijará por dicho concepto la suma de \$432.247, equivalente al 5% de la cuantía de la demanda y de la pretensión económica, teniendo en cuenta lo normado en el artículo 5 del Acuerdo PSAA16 – 10554 de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura; norma aplicable por cuanto la demanda fue presentada con posterioridad al 5 de agosto de 2016, fecha en la que entró en vigencia. Así mismo, porque el Despacho advierte una gestión diligente de los apoderados de la parte demandada quienes asistieron a las audiencias realizadas, presentaron contestación a la demanda y alegatos de conclusión y se mostraron prestos a colaborar con el recaudo

probatorio; pero también teniendo en cuenta la duración del proceso (más de tres años).

En mérito de lo expuesto, el **Juzgado Tercero Administrativo de Bogotá, sección primera**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley.

FALLA:

PRIMERO: Negar las pretensiones de la demanda, por las razones expuestas.

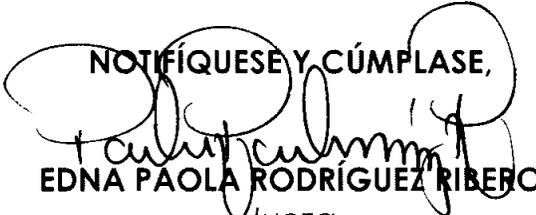
SEGUNDO. Declarar probadas las excepciones de inexistencia de vicios en los actos administrativos y presunción de legalidad, así como legalidad del procedimiento adelantado, propuestas por la Superintendencia Nacional de Salud y el tercero con interés, respectivamente, en los términos y por las razones expuestas en la parte motiva.

TERCERO. Declarar no probadas las referidas excepciones en lo que se refiere al último cargo de la demanda, así como aquella denominada por la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud – ADRES como *“Imposibilidad de aplicar la firmeza por haberse dispuesto en norma posterior a que se realizara el pago por parte del demandante”*, en los términos y por las razones expuestas.

CUARTO. Condenar en costas a la parte demandante, en los términos de los artículos 365 y 366 del Código General del Proceso, aplicables por remisión expresa del artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Por Secretaría, liquídense las costas a que haya lugar, de conformidad con la parte motiva de esta providencia.

Así mismo, fijar la suma de \$432.247, equivalente al 5% de la cuantía de la demanda y de la pretensión económica, por concepto de agencias en derecho a favor de la parte demandada, de conformidad con lo establecido en el artículo 5 del Acuerdo PSSAA16 – 10554 proferido por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura.

QUINTO. Ejecutoriada la presente providencia, **archívese** el expediente, previas las anotaciones en el sistema de gestión Justicia Siglo XXI.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

EDNA PAOLA RODRÍGUEZ RIBERO
Jueza