

## **CONCEPTO - Participación y las facultades de la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud (ADRES) en los procesos de liquidación de las Entidades Promotoras de Salud / SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD – Funcionamiento**

La Constitución Política de 1991 estableció el derecho de todos los colombianos a la atención en salud como un servicio público cuya prestación se realiza bajo la organización, dirección y regulación estatal, y en el que se permite la participación de agentes públicos y privados, sobre los cuales el Estado ejerce vigilancia y control (arts. 48 y 49). Asimismo, se consagró la exigencia de un manejo adecuado y específico de los recursos de la seguridad social en salud, con la prohibición de destinar o utilizar los recursos de las instituciones de la Seguridad Social para fines diferentes a ellas. Bajo estos principios constitucionales se construyó el Sistema General de Seguridad Social en Salud (SGSSS) que se instituyó en la Ley 100 de 1993. En esta normativa, se diseñó un sistema de prestación de servicios de salud de competencia regulada, basado en la mezcla pública-privada y mercado-regulación, financiado principalmente por las cotizaciones de empleados y empleadores, en el caso del régimen contributivo, y con recursos fiscales obtenidos por medio de impuestos, para el régimen subsidiado. En consonancia con los preceptos de la Constitución Política, esta ley dispuso que “no se podrán destinar ni utilizar los recursos de las instituciones de la seguridad social para fines diferentes a ella (art. 9). Asimismo, se previó la intervención del Estado en el SGSSS, en procura, entre otros objetivos, de evitar que los recursos que se destinan al servicio público de seguridad social en salud se utilicen en fines diferentes, reforzando así el mandato constitucional del artículo 48. Para estos efectos, el manejo y administración de los recursos que integran los dos regímenes del Sistema General de Seguridad Social en Salud, se atribuyó en gran medida al FOSYGA, hoy la ADRES. En efecto, actualmente la ADRES está encargada de “gestionar y proteger el adecuado uso de los dineros que soportan la prestación de los servicios de salud, así como de los pagos, giros y transferencias que se deben realizar a los diferentes agentes que intervienen en el mismo sistema”. Uno de esos agentes son precisamente las EPS, entidades que pueden ser naturaleza pública o privada, que están encargadas de afiliar a los usuarios al sistema y garantizarles la prestación de los servicios de salud, en especial el Plan Integral de Protección de salud, llamado inicialmente Plan Obligatorio de Salud (POS), hoy Plan de Beneficios en Salud (PBS) y consagrado en la Ley 100 de 1993 a favor de todos los usuarios del sistema.

**FUENTE FORMAL:** CONSTITUCIÓN POLÍTICA – ARTÍCULO 48 / CONSTITUCIÓN POLÍTICA – ARTÍCULO 49 / LEY 100 DE 1993 – ARTÍCULO 9

### **RÉGIMEN CONTRIBUTIVO – Financiamiento de las UPC**

a) En el régimen contributivo, la UPC con la cual se garantiza la prestación de los servicios del Plan de Beneficios en Salud, antes POS, son financiados, fundamentalmente, con las cotizaciones que realizan conjuntamente los empleadores y sus trabajadores dependientes, los trabajadores independientes, los pensionados, entre otros. b) Los dineros de las contribuciones son recaudados directamente por la EPS, por delegación de la ADRES, antes FOSYGA. c) Por expresa disposición legal, estos dineros son recursos del SGSSS, que deben ser manejados por las EPS en cuentas independientes del resto de rentas y bienes de la entidad. d) De los valores recaudados por las EPS, por concepto de cotizaciones de los afiliados al sistema, las EPS tenían la facultad de recaudar las cotizaciones y descontar los valores por UPC que les deben ser reconocidos para el aseguramiento en salud. Como se verá, la facultad de realizar los referidos

descuento se encuentra radicada en la actualidad en la ADRES, antes Fosyga. e) Si los valores recaudados por concepto de contribuciones no son suficientes para cubrir las UPC, la ADRES deberá cancelar directamente la diferencia a las EPS.

**FUENTE FORMAL:** LEY 100 DE 1993 – ARTÍCULO 202 / LEY 100 DE 1993 – ARTÍCULO 177 / LEY 100 DE 1993 – ARTÍCULO 182 / LEY 100 DE 1993 – ARTÍCULO 205

### **RÉGIMEN SUBSIDIADO – Fuentes de financiamiento de las UPC**

Inicialmente, la Ley 100 de 1993 asignó a las entidades territoriales la administración de estos recursos que financian las UPC en el régimen subsidiado y su pago a las EPS, previo contrato de aseguramiento celebrado entre estas. Posteriormente, el legislador cambió sustancialmente la operación del régimen subsidiado, eliminando el esquema de contratación entre las entidades territoriales y las EPS. En su lugar, se creó el mecanismo de giro directo, para transferir las UPC, directamente desde el Gobierno Nacional a las EPS, en nombre de las entidades territoriales, o directamente a las IPS.

**FUENTE FORMAL:** LEY 100 DE 1993 – ARTÍCULO 211 / LEY 100 DE 1993 – ARTÍCULO 214

### **ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD (ADRES) – Funciones**

Es importante destacar que, además de los recursos de las UPC, destinados a cubrir el aseguramiento obligatorio en salud de todos los usuarios del Sistema, el Estado, a través de la ADRES, administra, reconoce y transfiere a las EPS e IPS, otros recursos, de origen fiscal o de solidaridad, destinados a la prestación de servicios de salud. [...] Como se observa, es de la esencia del sistema la existencia de un complejo flujo de recursos del SGSSS entre sus diferentes actores o agentes; recursos que tienen distinto origen y son administrados en gran medida por la ADRES, antes al FOSYGA, la cual los reconoce y transfiere a los agentes del sistema, en especial a las EPS y las IPS, para cubrir, fundamentalmente, el aseguramiento en salud, así como la promoción y prevención de los servicios de salud, las incapacidades originadas por enfermedades de los afiliados cotizantes y el pago de los recobros por servicios no cubiertos por el Plan de Beneficios en Salud, antes POS.

### **FOSYGA – Subcuentas / ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD (ADRES) – Naturaleza de los recursos que administra / RÉGIMEN CONTRIBUTIVO – Recursos parafiscales**

El Fosyga se creó como una cuenta adscrita al Ministerio de Salud, que operaba por encargo fiduciario, sin personería jurídica ni planta de personal propia. De este hacían parte cinco subcuentas independientes, a saber: a) de compensación interna del régimen contributivo ; b) de solidaridad del régimen de subsidios en salud ; c) de promoción de la salud , d) del seguro de riesgos catastróficos y accidentes de tránsito , y e) de garantías para la salud. [...] En consonancia con el artículo 48 de la Constitución Política, que prohíbe destinar los recursos de las instituciones de la Seguridad Social en Salud para fines diferentes a ella, el reglamento previó que los recursos del Fosyga se manejarían de manera independiente dentro de cada subcuenta y se destinarían exclusivamente a las finalidades consagradas para estas en la ley. Posteriormente, la Ley 1753 del

2015, por la cual se expidió el Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018, con el fin de garantizar el adecuado flujo y los respectivos controles de los recursos del SGSSS, creó la ADRES, como una entidad adscrita al Ministerio de Salud y Protección Social, con personería jurídica, autonomía administrativa y financiera y patrimonio independiente. Asimismo, le asignó a la entidad el objeto administrar los recursos que hacían parte del Fosyga – el cual debía suprimirse una vez entrara en operación la ADRES-, los del Fondo de Salvamento y Garantías para el Sector Salud (Fonsaet), los que financien el aseguramiento en salud, los copagos por concepto de prestaciones no incluidas en el plan de beneficios del Régimen Contributivo y los recursos que se recauden como consecuencia de las gestiones que realiza la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP). [...] En definitiva, el ordenamiento le otorgó, inicialmente al Fosyga, y con posterioridad a la ADRES, la función de administrar, reconocer y transferir los recursos del SGSSS destinados a cubrir el aseguramiento en salud, en especial, aquellos recursos con los cuales se cubre la UPC, tanto en el régimen contributivo como subsidiado. La Sala considera importante resaltar los términos utilizados por el ordenamiento respecto de los recursos que administra la ADRES y su recaudo y manejo por las EPS u otras entidades, que demuestran que son recursos del SGSSS y no pertenecen al patrimonio de las EPS. Lo anterior, de manera independiente de las autorizaciones otorgadas por la ley a la ADRES, para que realice el cucre de cuentas entre los dineros que se deben reconocer a las EPS para garantizar los servicios de salud. [...] es evidente que, en términos generales, de acuerdo con la línea jurisprudencial de la Corte Constitucional, los conceptos recaudados por concepto de cotización de los afiliados al régimen contributivo son recursos parafiscales destinados a cubrir el aseguramiento en salud; naturaleza que se mantienen aun cuando estos recursos son reconocidos a las EPS para cubrir el pago de la UPC.

**FUENTE FORMAL:** CONSTITUCIÓN POLÍTICA – ARTÍCULO 48 / LEY 1753 DE 2015

**NOTA DE RELATORÍA:** Sobre la naturaleza de los recursos que recaudan las EPS, en nombre de la ADRES, antes Fosyga, y con los cuales se cubren las UPC (recursos parafiscales), ver: Corte Constitucional, sentencia C-262 de 2013

**NOTA DE RELATORÍA:** Sobre la titularidad de los recursos de la UPC dirigidos al pago de administración de las EPS, ver: Corte Constitucional, sentencia C-262 de 2013

**NOTA DE RELATORÍA:** Sobre la naturaleza los conceptos recaudados por concepto de cotización de los afiliados al régimen contributivo, ver: Consejo de Estado. Sección Primera. Sentencia del 10 de julio de 2014. Rad. 11001-03-24-000-2008-00385-00

## **SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD – Recursos**

a) Los recursos recaudados por concepto de cotizaciones, así como los demás recursos con los cuales se cubren las UPC para el aseguramiento en salud, no pueden ser considerados rentas propias de las EPS, pues pertenecen al SGSSS y mantienen su calidad de recursos públicos del SGSSS. Lo anterior, salvo el porcentaje de administración que les corresponde a dichas entidades, una vez determinado el valor de las UPC a que tienen derecho. [...] b) Los recursos que las EPS deben transferir a la ADRES por concepto de superávit entre las cotizaciones recaudadas y las reconocidas para cubrir la UPC, o por reintegro de recursos

reconocidos y pagados sin justa causa, mantienen su calidad de recursos del SGSSS, que tienen naturaleza pública y una destinación específica.

### **ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD (ADRES) – Proceso de compensación legal especial / COMPENSACIÓN LEGAL ESPECIAL A CARGO DE LA ADRES – Distinto al concepto civilista de la compensación legal de deudas**

[L]os procesos de compensación legal especial o descuentos a cargo de la ADRES no corresponden al concepto civilista de la compensación legal de deudas. Lo anterior, en forma consonante con la naturaleza jurídica de los recursos públicos administrados por la ADRES y las reglas especiales previstas en la ley y el reglamento para estos procesos. [...] A diferencia de la compensación regulada por el Código Civil, la compensación legal especial del régimen contributivo implica una actuación administrativa a cargo de la ADRES, con el cumplimiento de los procedimientos y requisitos previstos en el régimen del SGSSS. Asimismo, en este proceso de compensación especial no se presenta el requisito de la reciprocidad de deudas, pues en estos casos no existen dos deudas y acreencias mutuas entre los sujetos involucrados (ADRES y la EPS).

**FUENTE FORMAL:** CÓDIGO CIVIL – ARTÍCULO 1714 / CÓDIGO CIVIL – ARTÍCULO 1715 / CÓDIGO CIVIL – ARTÍCULO 1716 / CÓDIGO CIVIL – ARTÍCULO 1719

### **COMPENSACIÓN LEGAL DE DEUDAS (CÓDIGO CIVIL) – Requisitos**

De conformidad con estas disposiciones, la doctrina identifica, de manera pacífica, los siguientes requisitos de la compensación: i) La reciprocidad actual de las deudas, ii) La fungibilidad del objeto y, iii) La exigibilidad y liquidez de ambas deudas.

**FUENTE FORMAL:** CÓDIGO CIVIL – ARTÍCULO 1714 / CÓDIGO CIVIL – ARTÍCULO 1715 / CÓDIGO CIVIL – ARTÍCULO 1716 / CÓDIGO CIVIL – ARTÍCULO 1719

### **COMPENSACIONES LEGALES ESPECIALES – Descuento para el flujo de los recursos del SGSSS**

Ahora bien, además de la compensación legal regulada por el Código Civil, existen otras compensaciones legales, en las que la ley atribuye a un particular o una autoridad administrativa la facultad de descontar directamente y previo cumplimiento de los procedimientos y requisitos previstos por el ordenamiento, los valores que les adeudan otros sujetos. Dentro de estas compensaciones legales se pueden identificar las siguientes: - La compensación legal autorizada por la ley a los bancos, para debitar en la cuenta corriente de su titular el importe de las obligaciones exigibles de que sean recíprocamente deudores o acreedores (art. 1385 C.Co). - La compensación legal prevista en el artículo 861 del Estatuto Tributario a favor de la DIAN, cuando se señala que, en todos los casos, la devolución de saldo se efectuará una vez compensadas las deudas y obligaciones de plazo vencido a cargo del contribuyente. - La compensación que, de manera excepcional, puede realizar el liquidador dentro del proceso de toma de posesión para liquidar a una entidad financiera, de conformidad con los art. 301 y 295 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero. Lo anterior, siempre que no se afecte la igualdad de los acreedores de acuerdo con la ley. En este orden de ideas, es importante señalar que los procesos de compensación o descuento autorizados

por el ordenamiento para el flujo de los recursos del SGSSS se constituyen en compensaciones legales especiales, que deben ser aplicadas directamente por la ADRES, a través de los procedimientos y actos regulados por las normas legales y reglamentarias correspondientes. De manera adicional, no corresponde al concepto de compensación establecido en el Código Civil, porque el carácter público de estos, pertenientes al SGSSS, se mantiene intangible.

**FUENTE FORMAL:** CÓDIGO DE COMERCIO – ARTÍCULO 1385 / ESTATUTO TRIBUTARIO – ARTÍCULO 861 / ESTATUTO ORGÁNICO DEL SISTEMA FINANCIERO – ARTÍCULO 295 / ESTATUTO ORGÁNICO DEL SISTEMA FINANCIERO – ARTÍCULO 301

### **CUENTAS DE ALTO COSTO - Concepto**

En cuanto a los descuentos a favor de la Cuenta de Alto Costo, se debe señalar que esta es “un instrumento de administración financiera de los recursos destinados al cubrimiento de la atención de las enfermedades ruinosas y catastróficas – alto costo- y de los correspondientes a las actividades de protección específica, detección temprana y atención de enfermedades de interés en salud pública directamente relacionadas con el alto costo”. Mediante Resolución 3511 de 2009, el Gobierno Nacional estableció que la administración y financiación de la Cuenta de Alto Costo la tienen de manera conjunta las Entidades Promotoras de Salud del Régimen Contributivo -EPS y del Régimen Subsidiado -EPS-S y las Entidades Obligadas a Compensar –EOC.

### **RÉGIMEN CONTRIBUTIVO – Proceso de compensación**

El proceso de compensación que se enmarca en el régimen contributivo y que se encuentra a cargo de la ADRES comprende por una parte los valores que deben ser reconocidos por la ADRES a las EPS por concepto de UPC para el aseguramiento y otras prestaciones de salud y, de otra parte, los valores recaudados por la EPS por concepto de afiliaciones, que pertenecen al SGSSS y son administrados por la ADRES, así: Por un lado: - Los valores recaudados por las EPS por concepto de las cotizaciones de los usuarios del régimen contributivo, los cuales pertenecen al SGSSS. Su administración corresponde a la ADRES y deben ser manejados en una cuenta aparte de los demás bienes y rentas de las EPS (art. 182 de la Ley 100 de 1993). Por el otro: - Los recursos del SGSS que deben ser reconocidos por la ADRES a las EPS por concepto de UPC. - Los recursos del SGSSS que deben ser reconocidos por la ADRES a las EPS para el pago de las incapacidades originadas por enfermedad general de los afiliados cotizantes y, - Los recursos del SGSSS que deben ser reconocidos por la ADRES a las EPS, para financiar las actividades de promoción de la salud y de prevención de la enfermedad, de los afiliados al régimen contributivo conforme con lo definido por el Ministerio de Salud y Protección Social.

### **RÉGIMEN SUBSIDIADO – Giro directo / GIRO DIRECTO – Concepto y causales**

En su lugar, creó el mecanismo de giro directo, para transferir directamente desde el Gobierno Nacional a las EPS, en nombre de las entidades territoriales, o directamente a las IPS, las UPC. [...] Posteriormente, el art. 10 de la Ley 1608 de 2003 extendió la figura del giro directo al régimen contributivo. En efecto, la norma estableció, tanto para el régimen contributivo como subsidiado, el giro directo del Fosyga a las IPS, de por lo menos el 80% de las UPC que deban ser reconocidas a las EPS que se encuentren bajo una medida de vigilancia especial, intervención

o liquidación [...].A juicio de la Sala, una interpretación sistemática de estas últimas disposiciones, con las normas especiales consagradas en los arts 29 de la Ley 1438 de 2011 y 10 de la Ley 1608 de 2003, permite afirmar que la normativa vigente regula la figura del giro directo, así: - En el régimen subsidiado, el giro directo de la ADRES a la EPS o IPS se constituye en el mecanismo general y ordinario previsto por el ordenamiento para transferir los recursos que el sistema debe reconocer a las EPS para cubrir los gastos del aseguramiento en salud (Art. 29 de la Ley 1438 de 2011). - En el régimen subsidiado y contributivo, como medida especial prevista para transferir directamente a las IPS el 80% de los recursos de UPC, cuando se trata de una EPS que se encuentra en estado de vigilancia especial, insolvencia o liquidación, o para transferir a las IPS los montos finados por realizar (artículos 10 de la Ley 1608 de 2003). - En el régimen contributivo y subsidiado, el giro directo que reglamente el Gobierno Nacional, en los porcentajes y condiciones que considere procedente y, transitoriamente, para cubrir los recursos asociados al pago de los servicios y tecnologías de salud no financiados con recursos de la UPC, así como el giro directo de los recursos dispuestos por la Nación o las entidades territoriales para el saneamiento fiscal y financiero de los recursos a su cargo y para las líneas de crédito estructuradas por la banca (arts. 239 de la Ley 1955 de 2019 y 12 de la Ley 1966 del mismo año, respectivamente).

**FUENTE FORMAL:** LEY 1438 DE 2011 – ARTÍCULO 29 / LEY 1608 DE 2003 – ARTÍCULO 10 / LEY 1955 DE 2019 – ARTÍCULO 239 / LEY 1966 DE 2019 – ARTÍCULO 12

#### **RÉGIMEN SUBSIDIADO – Giro directo / GIRO DIRECTO – Proceso para determinar el monto del giro**

De acuerdo con las anteriores disposiciones, se extraen las siguientes conclusiones sobre el proceso para determinar el monto del giro directo en el régimen subsidiado: 1. La ADRES tiene a cargo el proceso de liquidación mensual de afiliados (LMA), a través del cual se determinan los valores que corresponde al giro directo a las EPS, en nombre de las entidades territoriales, o las IPS en nombre de las EPS, por concepto de UPC. 2. El décimo día hábil de cada mes, la ADRES debe publicar en la página web el listado de IPS y proveedores registrados para el giro directo del siguiente mes (artículo 2.6.4.3.2.3). 3. Las EPS, de acuerdo con la información publicada por la ADRES, debe informar a más tardar el décimo quinto (15) día hábil de cada mes, los montos a girar a IPS y proveedores (artículo 2.6.4.3.2.3). 4. En este proceso de liquidación mensual de afiliados se descuentan: los valores correspondientes a las operaciones financieras realizadas en el marco del artículo 41 del Decreto-ley 4107 de 2011, la Ley 1608 de 2013; los que resulten de aplicar el reintegro de recursos apropiados o reconocidos sin justa causa, y los de la cuenta de alto costo.

**FUENTE FORMAL:** DECRETO LEY 4107 DE 2011 – ARTÍCULO 41 / LEY 1608 DE 2013

**ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD (ADRES) – Proceso de compensación / ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD (ADRES) – Reclamación de los recursos adeudados por parte de las entidades promotoras de salud o instituciones prestadoras de servicios de salud en liquidación / LIQUIDADOR DE UNA EPS – Cubrimiento de los recursos adeudados a la ADRES**

Para dar cumplimiento al art. 12 de la Ley 1797 de 2016 y cubrir los recursos adeudados a la ADRES de manera previa a la aplicación de la prelación de créditos a los acreedores, el liquidador de una EPS debe realizar, en un período máximo de 6 meses contados a partir del acto administrativo que ordena la liquidación, la identificación de las deudas que se tengan con esa entidad. Lo anterior, de conformidad con la reglamentación de la Resolución 574 de 2017, del Ministerio de Salud y Protección Social. Dentro del referido período, la ADRES debe determinar los dineros que deben permanecer en su poder y reclamar los demás que le deben ser restituidos por la EPS en liquidación, de conformidad con los procesos de compensación o descuento que están a su cargo, en los términos expuestos en este concepto. Lo anterior, para que sean cubiertos por el liquidador antes de aplicar la prelación de créditos a sus acreedores y sin perjuicio de las observaciones, oposiciones y reclamaciones que, a su vez, puede y debe realizar el liquidador en nombre de la EPS en liquidación. Asimismo, el liquidador debe realizar las respectivas reservas de recursos financieros para el pago de los recursos que le corresponden a la ADRES y que hacen parte del SGSSS.

**FUENTE FORMAL:** LEY 1797 DE 2016 – ARTÍCULO 12

**ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD (ADRES) – Puede realizar las compensaciones y descuentos que están a su cargo, aun en los procesos de liquidación de las EPS**

La ADRES puede realizar las compensaciones y descuentos que están a su cargo, aun en los procesos de liquidación de las EPS, en los términos y plazos analizados en este concepto. En consecuencia, la ADRES puede determinar y reclamar los recursos del SGSSS que, como resultado de las referidas compensaciones o descuentos, deben permanecer en su poder, aunque el liquidador no haya realizado las correspondientes reservas de los recursos financieros. Las actuaciones de la ADRES corresponden a actos administrativos, sujetos al control de legalidad. Los recursos del SGSSS que administra la ADRES no integran la masa de liquidación de la respectiva EPS y deben ser cubiertos de manera previa a la aplicación de la prelación de crédito de la entidad, de conformidad con lo previsto en el art. 12 de la Ley 1797 de 2016.

**FUENTE FORMAL:** LEY 1797 DE 2016 – ARTÍCULO 12

**GIRO DIRECTO – Medida cautelar de suspensión / LIQUIDADOR DE UNA EPS – Giro directo**

Si el liquidador levanta la medida cautelar de suspensión de giro directo, la ADRES deberá realizar estos giros en los términos señalados por el liquidador, en ejercicio de sus competencias legales. Lo anterior, sin perjuicio de la facultad que tiene la ADRES para aplicar las compensaciones y descuentos, la cual se mantiene en los procesos de liquidación de las EPS, en los términos y plazos analizados en este concepto. No obstante, si luego de realizada la compensación, resultan valores en favor de [...], estos deberán ser girados por la ADRES, en las condiciones que determine el liquidador de la EPS, quien deberá adoptar las medidas que considere pertinentes.

**CONSEJO DE ESTADO**

## SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL

**Consejero ponente: ÉDGAR GONZÁLEZ LÓPEZ**

Bogotá D.C., veinte (20) de mayo de dos mil veintiuno (2021)

**Radicación número: 11001-03-06-000-2021-00019-00(2461)**

**Actor: MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL**

**Referencia:** Consulta sobre la participación y las facultades de la ADRES en los procesos de liquidación de las Entidades Promotoras de Salud.

El Ministerio de Salud y Protección Social presentó una consulta, mediante la cual pretende determinar la participación y las facultades de la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud (en adelante ADRES) en los procesos de liquidación de las Entidades Promotoras de Salud (en adelante EPS).

### I. ANTECEDENTES

Con el propósito de exponer el contexto fáctico y jurídico de la consulta en el que se enmarcan la Consulta, el Ministerio realizó un recuento en el que hizo alusión a los siguientes textos normativos:

1. En primer lugar, señaló la normativa que rige los procesos de intervención forzosa administrativa para administrar o para liquidar EPS (públicas y privadas).

Destacó que los procesos de intervención forzosa administrativa de las EPS tienen regulación especial. Para las EPS que tienen la calidad de entidades públicas del orden nacional, se aplica el Decreto Ley 254 de 2000<sup>1</sup> y la Ley 1105 de 2006<sup>2</sup>. Por su parte, para las demás EPS de naturaleza privada, se aplica el proceso consagrado en el Decreto 663 de 1993, Estatuto Orgánico del Sistema Financiero (en adelante EOSF), modificado por la Ley 510 de 1993.

En este sentido, advierte que el artículo 2.5.5.1.1. del Decreto 780 de 2016 señala que la Superintendencia Nacional de Salud (en adelante Supersalud) aplicará en los procesos de intervención forzosa administrativa para administrar o para liquidar a las EPS, las normas de procedimiento previstas en el artículo 116 del Decreto Ley 663 de 1993, en la Ley 510 de 1999 y en las demás disposiciones que lo modifican y desarrollan.

De conformidad con estas disposiciones, el ministerio destacó las facultades que se atribuyen a los liquidadores en los procesos de liquidación de las EPS.

---

<sup>1</sup> Por el cual se expide el régimen para la liquidación de las entidades públicas del orden nacional.

<sup>2</sup> Por medio de la cual se modifica el Decreto Ley 254 de 2000, sobre procedimiento de liquidación de entidades públicas de la Rama Ejecutiva del Orden Nacional y se dictan otras disposiciones.



2. Posteriormente, resaltó que el art. 12 de la Ley 1797 de 2016<sup>3</sup>, mediante el cual se regula la prelación de créditos en los procesos de liquidación de las EPS e IPS, señala:

**Artículo 12. Prolación de créditos en los procesos de liquidación de las instituciones prestadoras de servicios de salud, (IPS), y de las entidades promotoras de salud (EPS).** En los procesos de liquidación de las Entidades Promotoras de Salud, incluso los que están en curso, e Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud se aplicará la siguiente prelación de créditos, **previo el cubrimiento de los recursos adeudados al Fosyga o la entidad que haga sus veces si fuere el caso** y los recursos relacionados con los mecánicos de redistribución de riesgo (...) Resalta la Sala.

3. Asimismo, expuso las siguientes normas del Código Civil relativas a la compensación y las normas especiales que regulan esta figura en los procesos de liquidación de las IPS y las EPS:

• **Código Civil:**

**Artículo 1714. Compensación.** Cuando dos personas son deudoras una de otra, se opera entre ellas una compensación que extingue ambas deudas, del modo y en los casos que van a explicarse.

**Artículo 1715. Operancia de la compensación.** La compensación se opera por el solo ministerio de la ley y aún sin conocimiento de los deudores; y ambas deudas se extinguen recíprocamente hasta la concurrencia de sus valores, desde el momento que una y otra reúnen las calidades siguientes:

- 1.) Que sean ambas de dinero o de cosas fungibles o indeterminadas de igual género y calidad.
- 2.) Que ambas deudas sean líquidas; y
- 3.) Que ambas sean actualmente exigibles.

Las esperas concedidas al deudor impiden la compensación; pero esta disposición no se aplica al plazo de gracia concedido por un acreedor a su deudor.

**Artículo 1720. Prohibición de compensar en perjuicio de terceros.** La compensación no puede tener lugar en perjuicio de los derechos de terceros.

• **Decreto Ley 663 de 1993:**

**Artículo 301. Otras disposiciones.**

**1. Acuerdos de acreedores.** En cualquier estado del proceso se podrá inducir o promover entre los acreedores acuerdos que se someterán, en lo que resulte pertinente, al régimen concordatario previsto en la ley; para su perfeccionamiento se requerirá del consentimiento de la mayoría absoluta de los acreedores reconocidos en la resolución que decidió sobre las reclamaciones, que a la vez represente no menos del setenta y cinco por ciento (75%) de los créditos reconocidos. En estos casos las decisiones podrán estar orientadas al restablecimiento de la intervenida, en cuyo caso el Fondo presentará a la Superintendencia Bancaria la respectiva solicitud. Igualmente se podrá acordar:

- a. La concesión de quitas de las deudas;
- b. La enajenación de los bienes necesarios para llevar a efecto el restablecimiento, o

---

<sup>3</sup> “Por la cual se dictan disposiciones que regulan la operación del Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones”.

c. Cualquiera otra que facilite el pago de las obligaciones a cargo del deudor o que regule las relaciones de éste con sus acreedores.

**2. Compensación. Con el fin de asegurar la igualdad de los acreedores en el proceso liquidatorio, no procederá la compensación de obligaciones de la intervenida para con terceros que a su vez sean deudores de ella.**

(Resalta la Sala)

#### **Artículo 295. Régimen aplicable al liquidador y al contralor.**

[...]

**9. Facultades y deberes del liquidador.** El liquidador designado por el Director del Fondo de Garantías de Instituciones Financieras tendrá la guarda y administración de los bienes que se encuentren en poder de la intervenida, de la masa de la liquidación o excluidos de ella y, además, los siguientes deberes y facultades:

[...]

i. Celebrar todos los actos y contratos requeridos para el debido desarrollo de la liquidación, incluidos los negocios o encargos fiduciarios que faciliten su adelantamiento, restituir bienes recibidos en prenda, cancelar hipotecas y representar a la entidad en las sociedades en que sea socia o accionista, así como transigir, comprometer, **compensar o desistir, judicial o extrajudicialmente, siempre que no se afecte la igualdad de los acreedores de acuerdo con la ley;**

[...]. (Resalta la Sala)

4. En relación con estas normas, el ministerio señaló la Sentencia C-429 de 2000, mediante la cual la Corte Constitucional declaró exequible el numeral 2 del art. 301 del Decreto Ley 663 de 1993, bajo la consideración de que este es concordante con el art. 1720 del C.C., disposición que consagra que la compensación no puede aplicarse por fuera del proceso liquidatorio, so pena de desconocer el principio de igualdad, pues se privilegiaría a los acreedores que, por ser al mismo tiempo deudores de la entidad intervenida, podrían compensar anticipadamente las obligaciones a su favor.

De manera adicional, el ministerio advierte que, sin perjuicio de la anterior, la Corte aclaró lo siguiente:

*Así las cosas, de interpretar el numeral 2º. del artículo 301 del Decreto 663 de 1993 que se cuestiona, con lo preceptuado por el artículo 295, numeral 9º. literal i), se infiere inequívocamente que la compensación que prohíbe el numeral 2º. del acusado artículo 301 del Decreto 663 de 1993, es la automática e indiscriminada que pudiera tener lugar por fuera del proceso liquidatorio, pues es claro que el literal i) del numeral 9º. del artículo 295 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero sí la autoriza, al prever que el liquidador tiene la facultad de compensar dentro del proceso liquidatorio, respecto de casos concretos y de obligaciones específicas, **a condición de que, al efectuarla, no afecte la igualdad de los acreedores, que es la misma condición a la que la supedita el artículo 1720 del Código Civil.***

Por ello, tampoco encuentra la Corte que tenga fundamento el cargo que aduce una supuesta modificación a las reglas sobre procedibilidad de la compensación previstas en el artículo 1720 del Código Civil. Contrariamente a lo sostenido por el demandante, halla que las reglas sobre la compensación facultativa aplicable en el proceso liquidatorio forzoso de una entidad financiera, de acuerdo al numeral 2º. del artículo 301 del Decreto 663 de 1993 en concordancia con el literal i), numeral 9º. del artículo 295 ibídem, son enteramente consonantes con las estatuidas en materia civil, como quiera que

en ambos regímenes se contempla su improcedencia cuando con ella se afecte la igualdad de los acreedores.

Para esta Corte, **una compensación anterior al proceso liquidatorio que operase en forma automática y por vía general, resulta constitucionalmente inaceptable**, pues, ciertamente, si se permitiera que, en esa hipótesis a través de la compensación, el acreedor de una entidad liquidada recibiera la satisfacción de su crédito, éste no entraría al prorratio a que están sujetos los otros acreedores, y ello constituiría una verdadera injusticia frente a los demás acreedores, quienes sí están obligados a hacerse parte en el proceso concursal, para poder obtener el pago de sus acreencias.

Por ello, la Corporación estima que de aceptarse la tesis del accionante según la cual la compensación debe operar en forma automática y por fuera del proceso liquidatorio, en presencia de una intervención forzada ocurriría que se estaría privilegiando a aquellos acreedores que siendo deudores, pudieron compensar anticipadamente sus obligaciones con la entidad liquidada, con sacrificio injusto de los otros acreedores, pues estos, por la vía de la disminución de la masa activa, verían aún más difícil la recuperación así fuese parcial de sus acreencias.

Conclúyese de lo anterior que, por este aspecto, la acusación no prospera, pues, paradójicamente la compensación legal, antes del proceso liquidatorio sí comportaría desconocimiento del principio de igualdad, según quedó analizado.

En efecto, de acuerdo con el principio según el cual el patrimonio del deudor es prenda general para responder de sus obligaciones con los acreedores, se explica el fundamento de la norma acusada.

Ella coloca en pie de igualdad a todos los acreedores quirografarios, de tal suerte que todas sus deudas sean satisfechas en la misma proporción, con el patrimonio del acreedor que se encuentra en un proceso concursal, principio que se conoce como "*par conditio creditorum (...)*". (*Negrilla fuera de texto*).

5. El ministerio destacó además la siguiente normativa, relativa a la obligación del liquidador de emplazar a quienes tengan reclamaciones contra una sociedad intervenida, para que presente sus créditos para los fines de devolución y cancelación:

#### **Decreto 2555 de 2010<sup>4</sup>**

**Artículo 9.1.3.2.1. Emplazamiento.** Dentro de los cinco (5) días siguientes a la fecha en que se disponga la liquidación de la institución, se emplazará a quienes tengan reclamaciones de cualquier índole contra la intervenida y a quienes tengan en su poder, a cualquier título, activos de la intervenida, para los fines de su devolución y cancelación.

**[...] Cuando la liquidación se decida en el mismo acto que dispuso la toma de posesión, se deberá dar cumplimiento a lo previsto en el artículo 9.1.1.1.1 del presente decreto y las menciones hechas al agente especial en dicho artículo, se entenderán hechas al liquidador.**

El aviso de emplazamiento contendrá lo siguiente:

---

<sup>4</sup> Por el cual se recogen y reexpiden las normas en materia del sector financiero, asegurador y del mercado de valores y se dictan otras disposiciones.

a) La citación a todas las personas naturales o jurídicas de carácter público o privado que se consideren con derecho a formular reclamaciones de cualquier índole contra la institución financiera en liquidación, a fin de que se presenten con prueba siquiera sumaria de sus créditos, en el lugar que para el efecto se señale.

[...]

b) El término para presentar las reclamaciones oportunamente, con la advertencia de que una vez vencido este, el liquidador no tendrá facultad para aceptar ninguna reclamación, y que las obligaciones no reclamadas y las reclamaciones presentadas en forma extemporánea, que aparezcan debidamente comprobadas en los libros de contabilidad oficiales de la intervenida, serán calificadas como pasivo cierto no reclamado;

c) La advertencia sobre la cesión y terminación de los contratos de seguro, de conformidad con el artículo 117 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero;

d) La advertencia sobre la suspensión de los procesos de ejecución en curso y la imposibilidad de admitir nuevos procesos de esta clase, así como la obligación de los secuestres, auxiliares de la justicia y demás funcionarios que tengan activos de la intervenida para que procedan de manera inmediata a entregarlos al liquidador, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 9.1.1.1 del presente decreto. (Resalta la Sala)

6. De manera adicional, advirtió el ministerio que de acuerdo con el artículo 9.1.3.2.2 Decreto 2555 de 2010, que reglamenta algunos aspectos del proceso de liquidación forzosa administrativa en concordancia con el EOSF, el término para presentar las reclamaciones de cualquier índole contra la intervenida es de máximo un mes, contado a partir de la fecha de publicación del último aviso de emplazamiento.

7. De conformidad con este marco normativo, el Ministerio de Salud y Protección Social expuso las discrepancias de posturas frente a la participación de la ADRES en los procesos de liquidación. En específico, sobre la facultad de compensación automática de obligaciones mutuas del Sistema y las entidades en liquidación.

8. De igual manera, planteó las discrepancias de posturas frente a una **“Situación particular. Vigencia de una medida cautelar de suspensión de giros directos frente al acto que ordena la liquidación de la EPS”**.

9. Las referidas discrepancias fueron resumidas en el numeral 7 del escrito de consulta, denominado “necesidad la Consulta, el Ministerio de Salud y Protección Social resume las citadas discrepancias, así:

Como se evidenció, existen diversas posturas en torno a la forma cómo debe intervenir y a las facultades con que cuenta la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud – ADRES en los procesos de liquidación de las entidades promotoras de salud e instituciones prestadoras de servicios de salud.

En efecto, la Superintendencia Nacional de Salud y el Ministerio de Salud y Protección Social han sostenido que la ADRES debe someterse a las reglas de los procesos de intervención forzosa administrativa para liquidar a las EPS o IPS, esto es, que, por ejemplo, únicamente puede efectuar compensaciones con la previa aceptación del liquidador, quien debe garantizar que no se afecte la igualdad de los acreedores.

Conforme con el criterio expuesto por ambas entidades, la ADRES debe proteger los recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud y,

en tal sentido, de conformidad con lo establecido en los artículos 9.1.3.2.1. y 9.1.3.2.2 del Decreto 2555 de 2010, debe presentar las reclamaciones ante la entidad intervenida, para que el liquidador excluya de la masa de liquidación los recursos que pertenecen al Sistema, como lo ordena el artículo 12 de la Ley 1797 de 2016, en el plazo señalado por el artículo 2 de la Resolución 574 de 2017.

Por otra parte, podría considerarse que, en la situación expuesta en el punto 6 de este documento, el acto administrativo que ordenó la liquidación de una entidad promotora de salud dejó sin efectos jurídicos la medida cautelar de suspensión de los giros directos solicitados en los términos del artículo 10 de la Ley 1608 de 2013, máxime cuando ambos actos administrativos son dictados por la misma autoridad, esto es, por la Superintendencia Nacional de Salud. Lo anterior, de acuerdo con lo establecido en el artículo 3 de la Ley 153 de 1887, que señala:

“Artículo 3. Estímese insubsistente una disposición legal por declaración expresa del legislador, o por incompatibilidad con disposiciones especiales posteriores, o por existir una ley nueva que regula íntegramente la materia a que la anterior disposición se refería”.

De ser así, a criterio de este Ministerio, no habría lugar a que la ADRES efectuara compensaciones con los recursos que estaban destinados a esos giros directos, o a que los retuviera, a la espera de que la Superintendencia Nacional de Salud dictara otro acto en el que se determinara la vigencia del anterior. De acuerdo con lo indicado con anterioridad, la ADRES tendría que girar esos recursos a la entidad en liquidación.

Sin embargo, la entidad administradora ha sostenido que el artículo 12 de la Ley 1797 de 2016 le confiere una condición especial que amerita un trato diferente en los procesos liquidatorios de las EPS e IPS, pues establece que, de manera previa a la graduación y calificación de créditos, se deben cubrir los recursos adeudados al Fondo de Solidaridad y Garantía – FOSYGA o la entidad que haga sus veces. Lo anterior, teniendo en cuenta que los recursos que administra son parafiscales con destinación específica para la prestación de los servicios de salud de la población. Con base en eso, la ADRES alega que su intervención en esos procesos se rige por las Leyes 1751 y 1753 de 2015 y los Decretos 780 y 1429 de 2016, y que no le son aplicables a las reglas establecidas en el Decreto Ley 663 de 1993 ni en el Decreto 2555 de 2010, por lo que no está obligada a presentar reclamaciones como los demás acreedores.

Además, señala que su posición no se ve afectada por el principio de igualdad de los acreedores, justamente porque el artículo 12 de la Ley 1797 de 2016 la pone en una posición de privilegio, esto es, diferenciada de los demás intervinientes del proceso concursal, y que, por lo tanto, no está en imposibilidad de efectuar de manera directa la compensación o cruce de cuentas de las obligaciones con la EPS o IPS, máxime cuando el artículo 293 del Decreto Ley 663 de 1993 señala que dicho principio se aplica “sin perjuicio de las disposiciones legales que le confieren privilegios de exclusión y preferencia a determinada clase de créditos”.

Sobre el particular, la ADRES explica que el artículo 12 de la Ley 1797 de 2016 es una norma posterior y de igual nivel jerárquico que los Decretos 663 de 193 y 2555 de 2010, pero que, al ser norma especial, debe ser aplicada con prelación. Que, en tal sentido, satisface de manera completa los criterios tradicionales de ordenación material de las normas jurídicas: especialidad (*lex specialis derogat legi generali*), jerarquía (*lex superior derogat legi inferiori*) y expedición en el tiempo (*lex posterior derogat legi*

priori), que se encuentran incorporados en los artículos 2º y 3º de la Ley 153 de 1887.

Al respecto, añade que, ante la existencia de norma especial que reconoce el derecho preferente, no es aplicable la disposición genérica del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, que consagra el principio de igualdad de los acreedores, pues este regula acreencias de índole diferente al derecho del que es titular, como administradora de los recursos del Sistema.

Sostuvo, además, que el Sistema General de Seguridad Social en Salud no es un acreedor en la liquidación sino un titular de un recurso que no es objeto de liquidación, por lo que no debe concurrir a la liquidación para participar en la distribución a prorrata de los activos en los órdenes de prelación establecidos. Para la ADRES, los recursos del Sistema están destinados a la prestación de los servicios de salud, que son un derecho colectivo, mientras que los derechos de los acreedores de la liquidación son recursos individualizados que están sometidos al riesgo ordinario del acreedor cuyo deudor incumple universalmente sus obligaciones.

10. De acuerdo con lo expuesto, el ministerio planteó a la Sala las siguientes preguntas:

1. *¿La Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud está obligada a presentar reclamaciones ante las entidades promotoras de salud o instituciones prestadoras de servicios de salud en liquidación, en los plazos que determinen los agentes especiales liquidadores?*
2. *¿La Administradora de los Recursos (sic) del Sistema General de Seguridad Social en Salud está facultada para compensar de manera automática, sin la previa aceptación del agente especial liquidador, las obligaciones mutuas que tengan la entidad en liquidación y el Sistema?*
3. *En caso de que (sic) agente especial liquidador no acredite la constitución de las reservas de que trata el literal b del numeral 1º del artículo 2 de la Resolución 574 de 2017, ¿puede la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud retener los recursos de la entidad en liquidación que tenga en su poder y practicar compensaciones automáticas?*
4. *¿El acto administrativo que decretó la medida cautelar de suspensión de los giros directos de una entidad promotora de salud bajo medida de vigilancia especial se entiende derogado o insubsistente como consecuencia de la expedición del acto que ordenó la liquidación de esa entidad, o es necesario que la Superintendencia Nacional de Salud expida un nuevo acto administrativo que termine expresamente su vigencia?*
5. *De acuerdo con la respuesta dada al interrogante anterior, terminada la vigencia del acto administrativo que decretó la medida cautelar de suspensión de giros directos, ¿la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud tendría que girar a la entidad en liquidación los recursos correspondientes a los giros directos que no se realizaron como consecuencia de dicha medida cautelar, o, por el contrario, se encuentra facultada para compensar, con esos recursos, las obligaciones mutuas que tengan la entidad en liquidación y el Sistema?*

11) De conformidad con las funciones de la Sala invocadas por el Ministerio de Salud y Protección Social para absolver la consulta, el magistrado ponente convocó a audiencia, en cumplimiento de lo previsto en el numeral 7 del art. 112 de la Ley 1437 de 2011, modificado por el art. 19 de la Ley 2080 de 2021, a

efectos de que se ampliaran los fundamentos de hecho y de derecho de la consulta.

12) La citada audiencia se surtió el 17 de febrero de 2021. En el curso de la audiencia el Ministerio de Salud y Protección Social, la ADRES y la Superintendencia Nacional de Salud ampliaron los fundamentos de hecho y de derecho de la consulta. Asimismo, los representantes de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado y del Ministerio Público expusieron sus consideraciones sobre el asunto objeto de consulta.

13) Mediante escrito radicado con el No 202122600301121, y recibido en esta Sala el 3 de febrero de 2021, el ministro de Salud y Protección Social solicitó a la Sala tramitar la consulta únicamente con base en la función consagrada en el numeral 1º del artículo 112 de la Ley 1437 de 2011 y reformuló las preguntas 2, 4 y 5 planteadas en el escrito de consulta. Por lo tanto, los interrogantes planteados quedaron así:

1. *¿La Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud está obligada a presentar reclamaciones ante las entidades promotoras de salud o instituciones prestadoras de servicios de salud en liquidación, en los plazos que determinen los agentes especiales liquidadores?*
2. *¿La Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud está facultada para retener recursos que resulten a favor de las entidades en liquidación y para compensar unilateralmente, sin la previa aceptación del agente especial liquidador, las obligaciones mutuas que existan con estas?*
3. *En caso de que (sic) agente especial liquidador no acredite la constitución de las reservas de que trata el literal b del numeral 1º del artículo 2 de la Resolución 574 de 2017, ¿puede la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud retener los recursos de la entidad en liquidación que tenga en su poder y practicar compensaciones automáticas?*
4. *¿La Resolución 6266 de 2019, expedida por la Superintendencia Nacional de Salud, que ordenó a la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud no realizar el giro directo autorizado por Emdisalud E.S.S. EPS-S, se entiende derogada por la Resolución 8929 de 2019, que ordenó la liquidación de esa entidad, o es necesario que el ente de inspección, vigilancia y control expida un nuevo acto administrativo que termine expresamente su vigencia?*
5. *Terminada la vigencia de la Resolución 6266 de 2019, ¿la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud tendría que girar a Emdisalud E.S.S. EPS-S, en Liquidación, los recursos correspondientes a los giros directos que no se realizaron como consecuencia de la medida cautelar, o, por el contrario, se encuentra facultada para compensar con esos recursos, las obligaciones mutuas que tengan la entidad en liquidación y el Sistema?*

En relación con la reformulación de la pregunta no. 2, el ministerio señala que “[...] resulta de gran importancia para el Gobierno nacional tener claridad sobre si el inciso del artículo 12 de la Ley 1797 de 2016 y las normas que consagran el carácter parafiscal y la destinación específica facultan a la administradora para *retener* recursos que resulten a favor de las entidades que se encuentren en proceso de liquidación – sin efectuar aún la compensación-, al menos hasta que se llega a acuerdos con el liquidador”.

15) En el escrito No 202122600301121, del 23 de febrero de 2021, el Ministerio de Salud y Protección Social también expuso las particularidades que se han

presentado con las siguientes entidades promotoras de salud, frente a las cuales la Superintendencia Nacional de Salud ha iniciado procesos de intervención forzosa administrativa, por considerarlas relevantes para el estudio que realizará la Sala y anexó los documentos que dan cuenta de estos casos:

- **Caso de la Asociación de Cabildos del Resguardo Indígena Zenú de San Andrés de Sotavento de Córdoba y Sucre, Manexka, Entidad Promotora de Salud Indígena – EPSI en Liquidación**

Destacó que, dentro del término fijado por el agente especial liquidador de Manexka EPSI en liquidación (el cual fue de un mes de acuerdo con lo previsto en el artículo 9.1.3.2.2., del Decreto 2555 de 2010), la ADRES no presentó reclamación de los valores adeudados al Sistema por la entidad en liquidación.

Por su parte, el liquidador, vencido el término correspondiente, expidió la Resolución 008 del 15 de julio de 2019, que determinó las sumas y bienes excluidos y los créditos a cargo de la masa de liquidación.

La ADRES interpuso recurso de reposición contra la citada resolución y alegó que el liquidador no tuvo en cuenta el art. 12 de la Ley 1797 de 2016, que dispone que en los procesos de liquidación de las entidades promotoras de salud, antes de la determinación de la prelación de créditos, se deben cubrir los recursos adeudados al SGSSS, por lo que la ADRES no está obligada a participar en la distribución a prorrata de los activos de la entidad en liquidación. Asimismo, que el funcionario no dio cumplimiento a la Resolución 574 de 2017, expedida por el Ministerio de Salud y Protección Social.

De manera adicional, señaló que mediante Resolución del 8 de septiembre de 2020, el liquidador de la EPSI, resolvió el recurso de reposición interpuesto por la ADRES y confirmó la decisión, al considerar que:

En consecuencia, si bien los recursos de la seguridad social, deben ser cubiertos de manera previa al pago de los recursos de la masa de la liquidación, de conformidad con el artículo 12 de la Ley 1797 de 2016, esto no obsta a las entidades que administran dichos recursos a reclamarlos en las oportunidades y términos establecidos por el ordenamiento jurídico en el marco de los procesos de liquidación forzosa administrativa. En el mismo sentido, se pudo evidenciar que ADRES de conformidad con el artículo 3 del Decreto 1281 de 2002, cuenta con la facultad de determinar y ordenar el pago de las sumas apropiadas injustificadamente por los actos del sector salud, mediante el procedimiento administrativo regulado en la Ley 1437 de 2011, tal y como puede establecerse en la sentencia C-607 de 2012. Por lo tanto, una vez determinadas las cuantías, tienen la facultad de cobro coactivo para ejecutar dichas obligaciones, e incluso, tienen la facultad para descontar previo al giro que realizan de manera mensual a las EPS e IPS. Por otra parte, es importante mencionar que se violaría el principio *par conditio creditorum*, en el caso que se permitiera a la ADRES el reintegro de recursos respecto de los cuales no ha reclamado, no ha presentado pruebas, y no ha contribuido a esclarecer, toda vez que considera que se encuentra excluido del proceso de liquidación, y en este sentido, se castigaría de forma injustificada a los acreedores que han ejercido sus derechos en el proceso liquidatorio en los términos señalados por las normas que regulan la liquidación forzosa administrativa”. (Subrayado del Ministerio de Salud y Protección Social).

Finalmente indicó el ministerio que, de acuerdo con lo informado por la ADRES, en febrero de 2020, presentó demanda de nulidad y restablecimiento del derecho en contra de la Resolución 008 del 15 de julio de 2019.



## - **Caso de Cruz Blanca EPS, en Liquidación**

En relación con este caso, el Ministerio de Salud y Protección Social expuso lo siguiente:

Mediante el radicado [...] del 11 de octubre de 2019, el liquidador de Cruz Blanca EPS, en liquidación, informó al Ministerio de Salud y Protección Social que, de conformidad con lo ordenado por el Decreto 1424 del 6 de agosto de 2019, pese a encontrarse en intervención forzosa para liquidar, la entidad debía continuar garantizando el aseguramiento de los afiliados hasta que estos fueran trasladados a otras entidades promotoras de salud. Además, sostuvo que, teniendo en cuenta justamente que la entidad había entrado en liquidación, la ADRES había retenido los recursos de la UPC del régimen contributivo, correspondiente al primer proceso de compensación del mes de octubre de 2019, sin autorización y por fuera del proceso de liquidación, lo que le imposibilitaba garantizar el aseguramiento en salud, en los términos del referido Decreto.

En atención a una solicitud de concepto solicitado por la entonces viceministra de protección social, respecto de lo informado por el liquidador de Cruz Blanca EPS, en Liquidación, la Dirección Jurídica de este Ministerio, [...] señaló que no existía ninguna disposición normativa que facultara a la ADRES para efectuar compensación automática, retención o cruce de cuentas con las EPS en liquidación, sin contar con la aquiescencia del liquidador, más aún, cuando, con ocasión del Decreto 1424 de 2019, la EPS en liquidación aún debía garantizar la prestación de los servicios de salud hasta que se hiciera efectivo el traslado de todos los afiliados.

A la par del trámite antes referido, en el mes de octubre de 2019, el agente liquidador de Cruz Blanca EPS, en Liquidación, interpuso una acción de tutela contra la ADRES, agenciando los derechos a la vida, integridad personal y a la salud de algunos afiliados, por la falta de giro de los recursos de las UPC por parte de la ADRES.

El 1 de noviembre de 2019, el Juzgado 26 del Circuito de Bogotá negó la tutela, con fundamento en que, durante el trámite de la acción se había superado la vulneración de los derechos invocados, pues la ADRES había girado [...], de los cuales el 80% debía ser girado a la red prestadora de servicios conforme con lo establecido en el artículo 10 de la Ley 1608 de 2013. [...].

Inconforme con lo decidido, el liquidador de Cruz Blanca EPS, Liquidación, impugnó el fallo, y alegró que el 20% restante de los recursos no había sido girado por la ADRES a la EPS [...].

Ahora, en replica al concepto dado por la Dirección Jurídica de este Ministerio [...], la ADRES señaló que, a su juicio, el art. 12 de la Ley 1797 de 2016 establece un mandato de trato diferenciado para la entidad administradora, por lo que en ningún caso está obligada a concurrir a los procesos liquidatorios de las entidades promotoras de salud, ni participar en la distribución a prorrata de los activos en los órdenes de prelación establecidos [...] si se tiene en cuenta que los

recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud deberían haber sido cubiertos antes de dicha etapa.

La Dirección Jurídica de este Ministerio [...] agregó que el concepto no desconocía el mandato de trato diferenciado de los recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud en los procesos de liquidación, sino que, por el contrario, sostenía que el liquidador, en atención a lo ordenado por el artículo 294 del Decreto Ley 663 de 1993, Estatuto Orgánico del Sistema Financiero –EOSF, es quien debe dar cumplimiento al artículo 12 de la Ley 1797 de 2016.

En tal sentido, la Dirección jurídica sostuvo que la compensación automática o unilateral no es permitida, y que esta tendría que hacerse en el proceso de liquidación, “cuando el liquidador la halle justificada, razonable y ajustada a los fines de dicho trámite”, de acuerdo con lo establecido en el artículo 295, numeral 9, literal i, del EOSF. [...].

## **II. CONSIDERACIONES**

### **Aclaración previa**

En virtud de lo solicitado por el Ministerio de Salud y Protección Social, en su escrito no. 202122600301121, del 23 de febrero de 2021, mediante el cual dio alcance a la consulta formulada a la Sala, esta se tramitó, a partir de dicha fecha, en los términos del numeral 1º del artículo 112 de la Ley 1437 de 2011. Asimismo, se incorporaron a la consulta las preguntas reformuladas por el ministerio consultante en el citado escrito.

Por las mismas razones, el presente concepto se emite en ejercicio de la función consagrada en el numeral 1, y no en desarrollo de la función prevista en el numeral 7 art. 112 de la Ley 1437 de 2011. Por lo tanto, la Sala absolverá los problemas jurídicos generales planteados por el Ministerio de Salud y Protección Social en ejercicio de su labor de absolver consultas generales y particulares planteadas por el Gobierno Nacional: en este caso, las generales relativas a las facultades de la ADRES en los procesos de liquidación de las EPS particulares relacionadas con el caso concreto de EMDISALUD.

Por su parte, la Sala no realizará un pronunciamiento concreto sobre los conflictos que se han presentado en el caso de la Asociación de Cabildos del Resguardo Indígena Zenú de San Andrés de Sotavento de Córdoba y Sucre, Manexka, Entidad Promotora de Salud Indígena – EPSI en Liquidación y en el de Cruz Blanca EPS, en Liquidación. En especial en relación con el conflicto de la Asociación de Cabildos del Resguardo Indígena Zenú de San Andrés de Sotavento de Córdoba y Sucre, en el cual, de acuerdo con lo informado por el Ministerio de Salud y Protección Social, la ADRES presentó demanda judicial.

Lo anterior, especialmente teniendo en cuenta que el Ministerio no formuló interrogantes concretos en relación con estos conflictos.

### **Problemas jurídicos**

De acuerdo con el contexto fáctico y normativo expuesto en la consulta del Ministerio de Salud y Protección Social; con las preguntas formuladas a la Sala,

y las precisiones y planteamientos realizados en la audiencia efectuada el 17 de febrero de 2020, la Sala debe resolver dos problemas jurídicos centrales:

1. ¿Si la facultad atribuida a la ADRES para realizar procesos de compensación o descuento con los recursos reconocidos a las EPS o IPS, se mantiene en el marco de un proceso de liquidación de una EPS o IPS?.
2. ¿Si los procesos de compensación o descuento a cargo de la ADRES, operan con los mismos requisitos de la compensación legal regulada por el Código Civil?

Para resolver los problemas jurídicos enunciados, la Sala considera necesario analizar: I) consideraciones preliminares sobre el flujo de los recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud; II) la naturaleza de los recursos que la ADRES reconoce a las EPS para garantizar el aseguramiento en salud (UPC) y demás prestaciones de salud; III) los procesos de compensación legal especial a cargo de la ADRES y su relación con la compensación legal regulada por el Código Civil; IV) el régimen jurídico de las medidas preventivas y de toma de posesión para administrar o liquidar a las EPS y las IPS y, V) el caso concreto de EMDISALUD.

### **I. Consideraciones preliminares sobre el flujo de los recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud (SGSSS)**

De manera previa a estudiar los asuntos consultados, la Sala considera necesario realizar algunas consideraciones sobre el funcionamiento del Sistema General de Seguridad Social en Colombia.

La Constitución Política de 1991 estableció el derecho de todos los colombianos a la atención en salud como un servicio público cuya prestación se realiza bajo la organización, dirección y regulación estatal, y en el que se permite la participación de agentes públicos y privados, sobre los cuales el Estado ejerce vigilancia y control (arts. 48 y 49). Asimismo, se consagró la exigencia de un manejo adecuado y específico de los recursos de la seguridad social en salud, con la prohibición de destinar o utilizar los recursos de las instituciones de la Seguridad Social para fines diferentes a ellas<sup>5</sup>.

Bajo estos principios constitucionales se construyó el Sistema General de Seguridad Social en Salud (SGSSS) que se instituyó en la Ley 100 de 1993. En esta normativa, se diseñó un sistema de prestación de servicios de salud de competencia regulada, basado en la mezcla pública-privada y mercado-regulación<sup>6</sup>, financiado principalmente por las cotizaciones de empleados y empleadores, en el caso del régimen contributivo, y con recursos fiscales obtenidos por medio de impuestos, para el régimen subsidiado.

En consonancia con los preceptos de la Constitución Política, esta ley dispuso que “no se podrán destinar ni utilizar los recursos de las instituciones de la seguridad social para fines diferentes a ella (art. 9). Asimismo, se previó la intervención del Estado en el SGSSS, en procura, entre otros objetivos, de evitar que los recursos

---

<sup>5</sup> Cfr. Constitución Política, artículo 48, inciso 5.

<sup>6</sup> C.A. AGUDELO CALDERÓN; J. CARDONA BOTERO; J. ORTEGA BOLAÑOS; R. ROBLEDO MARTÍNEZ. *Sistema de salud en Colombia: 20 años de logros y problemas*. En *Ciênc. saúde coletiva* [online]. 2011, vol.16, n.6, pp. 2817-2828.

que se destinen al servicio público de seguridad social en salud se utilicen en fines diferentes<sup>7</sup>, reforzando así el mandato constitucional del artículo 48.

Para estos efectos, el manejo y administración de los recursos que integran los dos regímenes del Sistema General de Seguridad Social en Salud<sup>8</sup>, se atribuyó en gran medida al Fosyga, hoy la ADRES.

En efecto, actualmente la ADRES está encargada de “gestionar y proteger el adecuado uso de los dineros que soportan la prestación de los servicios de salud, así como de los pagos, giros y transferencias que se deben realizar a los diferentes agentes que intervienen en el mismo sistema”<sup>9</sup>.

Uno de esos agentes son precisamente las EPS, entidades que pueden ser naturaleza pública o privada, que están encargadas de afiliar a los usuarios al sistema y garantizarles la prestación de los servicios de salud<sup>10</sup>, en especial el Plan Integral de Protección de salud<sup>11</sup>, llamado inicialmente Plan Obligatorio de Salud (POS), hoy Plan de Beneficios en Salud (PBS) y consagrado en la Ley 100 de 1993 a favor de todos los usuarios del sistema.

Para estos efectos, el Estado se encarga de cubrir el aseguramiento en salud, reconociendo a las EPS las UPC<sup>12</sup> por cada usuario, como prima de riesgos que garantiza que todos los usuarios reciban el Plan de Beneficios en Salud.

---

<sup>7</sup> Ley 100 de 1993. Artículo 154. Intervención del Estado. El Estado intervendrá en el servicio público de Seguridad Social en Salud, conforme a las reglas de competencia de que trata esta Ley, en el marco de lo dispuesto en los artículos 48, 49, 334 y 365 a 370 366, 367, 368, 369 de la Constitución Política. Dicha intervención buscará principalmente el logro de los siguientes fines:// (...) // g) Evitar que los recursos destinados a la seguridad social en salud se destinen a fines diferentes.

<sup>8</sup> Ibídem. “Artículo 201.- Conformación del sistema general de seguridad social en salud. En el sistema de seguridad social en salud coexisten articuladamente, para su financiamiento y administración, un régimen contributivo de salud y un régimen de subsidios en salud, con vinculaciones mediante el fondo de solidaridad y garantías”.

<sup>9</sup> ADRES. Página Web  
<https://www.adres.gov.co/Portals/0/Atencion%20al%20Ciudadano/Documentos/PORTAFOLIO%20ADMINISTRADORA%20DE%20LOS%20RECURSOS%20DEL%20SGSSS%20ADRES.pdf?ver=2021-03-25-075645-423>.

<sup>10</sup> Art. 156 de la Ley 100 de 1993.

<sup>11</sup> El art. 156 de la Ley 100 de 1993 establece: «Características básicas del Sistema de Seguridad Social en Salud en Colombia: [...]

Todos los afiliados al Sistema General de Seguridad Social en Salud recibirán un Plan Integral de protección de la salud, con atención preventiva, médico-quirúrgica y medicamentos esenciales, que será denominado el Plan Obligatorio de Salud;

d) El recaudo de las cotizaciones será responsabilidad del Sistema General de Seguridad Social-Fondo de Solidaridad y Garantía, quien delegará en lo pertinente esta función en las Entidades Promotoras de Salud;

e) Las Entidades Promotoras de Salud tendrán a cargo la afiliación de los usuarios y la administración de la prestación de los servicios de las Instituciones Prestadoras. Ellas están en la obligación de suministrar, dentro de los límites establecidos en el numeral 5 del artículo 180, a cualquier persona que desee afiliarse y pague la cotización o tenga el subsidio correspondiente, el Plan Obligatorio de Salud, en los términos que reglamente el gobierno;

f) Por cada persona afiliada y beneficiaria, la Entidad Promotora de Salud recibirá una Unidad de Pago por Capitación - UPC - que será establecida periódicamente por el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud».

Este régimen fue parcialmente modificado por la Ley 1751 de 2015 y sus normas complementarias, en lo relativo al POS, en el cual se le denominó Plan de Beneficios en Salud.

<sup>12</sup> Esto es, un valor per cápita fijado periódicamente por el Minsiterio de Salud y Protección Social, por cada usuario del sistema.

Por su parte, para garantizar los servicios de salud a sus afiliados, las EPS pueden prestarlos directamente, a través de sus propias Instituciones Prestadoras de Salud (IPS), o celebrar contratos con otras IPS, para la prestación de los servicios de salud a sus afiliados.

En relación con los recursos con los cuales se financian los servicios de salud en el SGSSS, en especial aquellos que cubren el aseguramiento en salud (UPC), es importante resaltar las disposiciones que se enuncian a continuación:

## 1. Para el régimen contributivo

Cuando se trata del régimen contributivo, los recursos con los cuales se financian los valores de las UPC reconocidos a las EPS para el aseguramiento en salud provienen, fundamentalmente, de las contribuciones obligatorias de los afiliados a este régimen, y cuando estos no son suficientes, de los demás recursos de los cuales se alimenta la ADRES. Al respecto, vale la pena resaltar las siguientes disposiciones:

### • Ley 100 de 1993

**Artículo 202. Definición.** Artículo modificado por el artículo 30 de la Ley 1607 de 2012. El régimen contributivo es un conjunto de normas que rigen la vinculación de los individuos y las familias al Sistema General de Seguridad Social en Salud, cuando tal vinculación se hace a través del pago de una cotización, individual y familiar, o un aporte económico previo financiado directamente por el afiliado o en concurrencia entre este y el empleador o la Nación, según el caso.

**Artículo 177. Definición.** Las Entidades Promotoras de Salud son las entidades responsables de la afiliación, y el registro de los afiliados y del recaudo de sus cotizaciones, por delegación del Fondo de Solidaridad y Garantía. Su función básica será organizar y garantizar, directa o indirectamente, la prestación del Plan de Salud Obligatorio a los afiliados y girar, dentro de los términos previstos en la presente Ley, la diferencia entre los ingresos por cotizaciones de sus afiliados y el valor de las correspondientes Unidades de Pago por Capitación al Fondo de Solidaridad y Garantía, de que trata el título III de la presente Ley.

**Artículo 182. De los ingresos de las entidades promotoras de salud.** Las cotizaciones que recauden las Entidades Promotoras de Salud pertenecen al Sistema General de Seguridad Social en Salud.

Por la organización y garantía de la prestación de los servicios incluidos en el Plan de Salud Obligatorio para cada afiliado, el Sistema General de Seguridad Social en Salud reconocerá a cada Entidad Promotora de Salud un valor per cápita <sic>, que se denominará Unidad de Pago por Capitación UPC. Esta Unidad se establecerá en función del perfil epidemiológico de la población relevante, de los riesgos cubiertos y de los costos de prestación del servicio en condiciones medias de calidad, tecnología y hotelería, y será definida por el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, de acuerdo con los estudios técnicos del Ministerio de Salud:

**Parágrafo 1o.** Las Entidades Promotoras de Salud manejarán los recursos de la seguridad social originados en las cotizaciones de los afiliados al sistema en cuentas independientes del resto de rentas y bienes de la entidad”.

**Artículo 205. Administración del régimen contributivo.** Las Entidades Promotoras de Salud recaudarán las cotizaciones obligatorias de los afiliados, por delegación del Fondo de Solidaridad y Garantía. De este monto descontarán el valor de las Unidades de Pago por Capitalización - UPC - fijadas para el Plan de Salud Obligatorio y trasladará la diferencia al Fondo de Solidaridad y Garantía a más tardar el primer día hábil siguiente a la fecha límite establecida para el pago de las cotizaciones. En caso de ser la suma de las Unidades de Pago por Capitalización mayor que los ingresos por cotización, el Fondo de Solidaridad y Garantía deberá cancelar la diferencia el mismo día a las Entidades Promotoras de Salud que así lo reporten.

(Resalta y subraya la Sala)

De estas disposiciones, se observa lo siguiente:

- a) En el régimen contributivo, la UPC con la cual se garantiza la prestación de los servicios del Plan de Beneficios en Salud, antes POS, son financiados, fundamentalmente, con las cotizaciones que realizan conjuntamente los empleadores y sus trabajadores dependientes, los trabajadores independientes, los pensionados, entre otros.
- b) Los dineros de las contribuciones son recaudados directamente por la EPS, por delegación de la ADRES, antes FOSYGA.
- c) Por expresa disposición legal, estos dineros son recursos del SGSSS, que deben ser manejados por las EPS en cuentas independientes del resto de rentas y bienes de la entidad.
- d) De los valores recaudados por las EPS, por concepto de cotizaciones de los afiliados al sistema, las EPS tenían la facultad de recaudar las cotizaciones y descontar los valores por UPC que les deben ser reconocidos para el aseguramiento en salud. Como se verá, la facultad de realizar los referidos descuento se encuentra radicada en la actualidad en la ADRES, antes Fosyga.
- e) Si los valores recaudados por concepto de contribuciones no son suficientes para cubrir las UPC, la ADRES deberá cancelar directamente la diferencia a las EPS.

## **2. En el régimen subsidiado**

De acuerdo con el art. 211 de la Ley 100 de 1993, el régimen subsidiado “es un conjunto de normas que rigen la vinculación de los individuos al Sistema General de Seguridad Social en Salud, cuando tal vinculación se hace a través del pago de una cotización subsidiada, total o parcialmente, con recursos fiscales o de solidaridad de que trata la presente Ley”.

En concordancia con lo anterior, el art. 214 establece las siguientes fuentes de financiamiento de las UPC en este régimen:

**Artículo 214. Recursos para aseguramiento.** Artículo modificado por el artículo 44 de la Ley 1438 de 2011. La Unidad de Pago por Capitalización del Régimen Subsidiado se financiará con los siguientes recursos:

### **1. De las entidades territoriales**

1. Los recursos del Sistema General de Participaciones para salud, [...].
2. Los recursos obtenidos como producto del monopolio de juegos de suerte y

azar [...].

3. Sin perjuicio de lo previsto en el primer inciso del artículo 60 de la Ley 715 de 2001, del monto total de las rentas cedidas destinadas a salud de los departamentos y el Distrito Capital, se destinarán por lo menos el 50% a la financiación del Régimen [...].

4. Los recursos de regalías [...].

5. Otros recursos propios de las entidades territoriales que hoy destinan o que puedan destinar en el futuro a la financiación del Régimen Subsidiado.

## **2. Del Fondo de Solidaridad y Garantía (Fosyga)**

1. Uno punto cinco puntos (1.5) de la cotización de los regímenes especiales y de excepción y hasta uno punto cinco (1.5) puntos de la cotización de los afiliados al Régimen Contributivo.

2. El monto de las Cajas de Compensación Familiar de que trata el artículo 217 de la Ley 100 de 1993.

3. Recursos del Presupuesto General de la Nación [...].

4. Las cotizaciones que realizarán los patronos al Fondo de Solidaridad cuando el trabajador no quiera retirarse del Régimen Subsidiado, en los términos de la presente ley.

5. Los recursos que para tal efecto sean aportados por gremios, asociaciones y otras organizaciones.

## **3. Otros**

1. Recursos definidos por recaudo de IVA definidos en la Ley 1393 de 2010.

2. Los rendimientos financieros que produzcan las diferentes fuentes que financian el Régimen Subsidiado.

3. Recursos de la contribución parafiscal de las Cajas de Compensación Familiar.

Inicialmente, la Ley 100 de 1993 asignó a las entidades territoriales la administración de estos recursos que financian las UPC en el régimen subsidiado y su pago a las EPS, previo contrato de aseguramiento celebrado entre estas.

Posteriormente, el legislador cambió sustancialmente la operación del régimen subsidiado, eliminando el esquema de contratación entre las entidades territoriales y las EPS. En su lugar, se creó el mecanismo de **giro directo**, para transferir las UPC, directamente desde el Gobierno Nacional a las EPS, en nombre de las entidades territoriales, o directamente a las IPS. Sobre este mecanismo regresará la Sala más adelante.

## **3. Otros recursos del SGSS administrados por la ADRES y reconocidos a las EPS e IPS para el aseguramiento en salud y demás prestaciones de salud**

Es importante destacar que, además de los recursos de las UPC, destinados a cubrir el aseguramiento obligatorio en salud de todos los usuarios del Sistema, el Estado, a través de la ADRES, administra, reconoce y transfiere a las EPS e IPS, otros recursos, de origen fiscal o de solidaridad, destinados a la prestación de servicios de salud.

Entre estos, los destinados al pago de las incapacidades originadas por enfermedad general de los afiliados cotizantes y los recursos dirigidos a financiar las actividades de promoción de la salud y de prevención de la enfermedad de los afiliados al régimen contributivo conforme con lo definido por el Ministerio de Salud y Protección Social.

Asimismo, los recursos para cubrir los recobros presentados por las EPS, por concepto de servicios de salud no incluidos en el Plan Obligatorio de Salud, autorizados por el Comité Técnico Científico u ordenados por fallos de tutela.

De manera adicional, los recursos dirigidos a cubrir las reclamaciones presentadas con cargo a la Subcuenta de Eventos Catastróficos y Accidentes de Tránsito (ECAT) del Fosyga, hoy ADRES.

Como se observa, es de la esencia del sistema la existencia de un complejo flujo de recursos del SGSSS entre sus diferentes actores o agentes; recursos que tienen distinto origen y son administrados en gran medida por la ADRES, antes al FOSYGA, la cual los reconoce y transfiere a los agentes del sistema, en especial a las EPS y las IPS, para cubrir, fundamentalmente, el aseguramiento en salud, así como la promoción y prevención de los servicios de salud, las incapacidades originadas por enfermedades de los afiliados cotizantes y el pago de los recobros por servicios no cubiertos por el Plan de Beneficios en Salud, antes POS.

## **II. La naturaleza de los recursos que la ADRES reconoce a las EPS para garantizar el aseguramiento en salud (UPC) y demás prestaciones de salud**

Como se deduce de las normas analizadas en precedencia, la administración de los recursos que integran los dos regímenes del SSGSSS<sup>13</sup> fue atribuida por la Ley 100 de 1993 al Fosyga y a las entidades territoriales y, a partir de la Ley 1438 de 2011, concentrada en gran medida en el Fosyga.

El Fosyga se creó como una cuenta adscrita al Ministerio de Salud, que operaba por encargo fiduciario, sin personería jurídica ni planta de personal propia<sup>14</sup>. De este hacían parte cinco subcuentas independientes, a saber: a) de compensación interna del régimen contributivo<sup>15</sup>; b) de solidaridad del régimen de subsidios en salud<sup>16</sup>; c) de promoción de la salud<sup>17</sup>, d) del seguro de riesgos catastróficos y accidentes de tránsito<sup>18</sup>, y e) de garantías para la salud<sup>19</sup>.

Resulta oportuno destacar que, el art. 220 de la Ley 100 de 1993 reguló la financiación de la subcuenta de compensación así:

**Art. 220: Financiación de la subcuenta de compensación.** Los recursos que financian la compensación en el régimen contributivo provienen de la diferencia entre los ingresos por cotización de sus afiliados y el valor de las

---

<sup>13</sup> Ley 100 de 1993. Artículo 201 Conformación del sistema general de seguridad social en salud. En el sistema de seguridad social en salud coexisten articuladamente, para su financiamiento y administración, un régimen contributivo de salud y un régimen de subsidios en salud, con vinculaciones mediante el fondo de solidaridad y garantías.

<sup>14</sup> Artículo 218 de la Ley 100 de 1993.

<sup>15</sup> Decreto 1283 de 1996, "Por el cual se reglamenta el funcionamiento del Fondo de Solidaridad y Garantía del Sistema General de Seguridad Social en Salud":

"Artículo 8. Objeto. Esta subcuenta tiene por objeto permitir la operación de la compensación en el régimen contributivo del Sistema General de Seguridad Social en Salud. Se entiende por operación de compensación el procedimiento mediante el cual se descuenta de las cotizaciones recaudadas, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 204 de la Ley 100 de 1993, los recursos que el sistema reconoce a las entidades promotoras de salud para garantizar la prestación de 106 servicios de salud a sus afiliados y demás beneficios del sistema".

<sup>16</sup> Ibídem: "Artículo 21. Objeto. Los recursos de esta subcuenta tienen por objeto permitir la afiliación de la población pobre y vulnerable al régimen subsidiado del sistema de seguridad social en salud, a través de la cofinanciación de los subsidios correspondientes".

<sup>17</sup> Ibídem: "Artículo 25. Objeto. La subcuenta de promoción tiene por objeto financiar las actividades de educación, información y fomento de la salud y de prevención secundaria y terciaria de la enfermedad, de acuerdo con las prioridades que al efecto defina el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud".

<sup>18</sup> Esta cuenta fue inicialmente regulada por el art. 30 del Decreto 1283 de 1996, posteriormente por el art. 19 del Decreto 3990 y actualmente por el Decreto 056 de 2015.

<sup>19</sup> Cfr. Decreto Ley 4107 de 2011, artículo 41.



Unidades de Pago por Capitación - UPC - que le serán reconocidos por el sistema a cada Entidad Promotora de Salud. Las entidades cuyos ingresos por cotización sean mayores que las Unidades de Pago por Capitación reconocidas trasladarán estos recursos a la subcuenta de compensación, para financiar a las entidades en las que aquéllos sean menores que las últimas. [...].

En consonancia con el artículo 48 de la Constitución Política, que prohíbe destinar los recursos de las instituciones de la Seguridad Social en Salud para fines diferentes a ella, el reglamento previó que los recursos del Fosyga se manejarían de manera independiente dentro de cada subcuenta y se destinarían exclusivamente a las finalidades consagradas para estas en la ley<sup>20</sup>.

Posteriormente, la Ley 1753 del 2015, por la cual se expidió el Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018, con el fin de garantizar el adecuado flujo y los respectivos controles de los recursos del SGSSS, creó la ADRES, como una entidad adscrita al Ministerio de Salud y Protección Social, con personería jurídica, autonomía administrativa y financiera y patrimonio independiente.

Asimismo, le asignó a la entidad el objeto administrar los recursos que hacían parte del Fosyga – el cual debía suprimirse una vez entrara en operación la ADRES-, los del Fondo de Salvamento y Garantías para el Sector Salud (Fonsaet), los que financien el aseguramiento en salud, los copagos por concepto de prestaciones no incluidas en el plan de beneficios del Régimen Contributivo y los recursos que se recauden como consecuencia de las gestiones que realiza la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP).

Para desarrollar este objeto, el art. 66 de la Ley 1753 de 2015 le atribuyó a la ADRES, entre otras, las siguientes funciones:

- Administrar los recursos del Sistema señalados en el art. 67<sup>21</sup> de la misma ley.

---

<sup>20</sup> Decreto 1283 de 1996.

<sup>21</sup> **Ley 1753 de 2015.**

**Artículo 67. Recursos que administrará la entidad administradora de los recursos del sistema general de seguridad social en salud.** La Entidad administrará los siguientes recursos:

a) **Los recursos del Sistema General de Participaciones en Salud del componente de subsidios a la demanda de propiedad de las entidades territoriales**, en los términos del artículo 44 de la Ley 1438 de 2011, los cuales se contabilizarán individualmente a nombre de las entidades territoriales.

b) Los recursos del Sistema General de Participaciones que financian Fonsaet.

c) Los recursos obtenidos como producto del monopolio de juegos de suerte y azar (...) destinados a financiar el aseguramiento, los cuales se contabilizarán individualmente a nombre de las entidades territoriales.

d) **Las cotizaciones de los afiliados al Sistema General de Seguridad Social en Salud (SGSSS), incluidos los intereses, recaudados por las Entidades Promotoras de Salud. Las cotizaciones de los afiliados a los regímenes especiales y de excepción con vinculación laboral adicional respecto de la cual estén obligados a contribuir al SGSSS y el aporte solidario de los afiliados a los regímenes de excepción o regímenes especiales a que hacen referencia el artículo 279 de la Ley 100 de 1993 y el párrafo del artículo 57 de la Ley 30 de 1992.**

e) Los recursos correspondientes al monto de las Cajas de Compensación Familiar de que trata el artículo 217 de la Ley 100 de 1993.

[...] g) **Los recursos del Presupuesto General de la Nación asignados para garantizar la universalización de la cobertura y la unificación de los planes de beneficios, los cuales serán girados directamente a la Entidad por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, entendiéndose así ejecutados.**

- Efectuar el reconocimiento y pago de las UPC y demás recursos del aseguramiento obligatorio en salud.
- Realizar los pagos, efectuar giros directos, a los prestadores de servicios de salud y proveedores de tecnologías en salud, de acuerdo con lo autorizado por el beneficiario de los recursos y adelantar las transferencias que correspondan a los diferentes agentes del Sistema, que en todo caso optimice el flujo de recursos.
- Adelantar las verificaciones para el reconocimiento y pago por los distintos conceptos, que promueva la eficiencia en la gestión de los recursos.

En desarrollo de la Ley 1753 de 2015, el Gobierno Nacional, mediante Decreto 1429 de 2016, modificado por los Decretos 546 y 1264 de 2017, definió la estructura interna de la entidad, reiterando las funciones asignadas por la Ley 1753 de 2015.

Finalmente, de conformidad con lo establecido en el artículo 31 del Decreto 1429 de 2016, a partir de la fecha en la cual la ADRES asumió la administración de los recursos del Sistema, cualquier referencia realizada a la normativa del Fosyga, a las subcuentas que lo conformaban o a la Dirección de Administración de Fondos de la Protección Social se entenderá realizada a nombre de la ADRES.

En definitiva, el ordenamiento le otorgó, inicialmente al Fosyga, y con posterioridad a la ADRES, la función de administrar, reconocer y transferir los recursos del SGSSS destinados a cubrir el aseguramiento en salud, en especial, aquellos recursos con los cuales se cubre la UPC, tanto en el régimen contributivo como subsidiado.

La Sala considera importante resaltar los términos utilizados por el ordenamiento respecto de los recursos que administra la ADRES y su recaudo y manejo por las EPS u otras entidades, que demuestran que son recursos del SGSSS y no pertenecen al patrimonio de las EPS. Lo anterior, de manera independiente de las autorizaciones otorgadas por la ley a la ADRES, para que realice el cucre de

h) Los recursos por recaudo del IVA definidos en la Ley 1393 de 2010.

i) Los recursos del Fonsaet creado por el Decreto-ley 1032 de 1991.

j) Los recursos correspondientes a la contribución equivalente al 50% del valor de la prima anual establecida para el Seguro Obligatorio de Accidentes de Tránsito (SOAT) que se cobra con adición a ella.

[...] **Estos recursos se destinarán a:**

**a) El reconocimiento y pago a las Entidades Promotoras de Salud por el aseguramiento y demás prestaciones que se reconocen a los afiliados al Sistema General de Seguridad Social en Salud, incluido el pago de incapacidades por enfermedad de origen común que superen los quinientos cuarenta (540) días continuos.** El Gobierno Nacional reglamentará, entre otras cosas, el procedimiento de revisión periódica de la incapacidad por parte de las EPS, el momento de calificación definitiva, y las situaciones de abuso del derecho que generen la suspensión del pago de esas incapacidades.

b) El pago de las indemnizaciones por muerte o incapacidad permanente y auxilio funerario a víctimas de eventos terroristas o eventos catastróficos, así como los gastos derivados de la atención psicosocial de las víctimas del conflicto en los términos que señala la Ley 1448 de 2011.

c) El pago de los gastos derivados de la atención en salud inicial a las víctimas de eventos terroristas y eventos catastróficos de acuerdo con el plan y modelo de ejecución que se defina.

d) El pago de los gastos financiados con recursos del impuesto social a las armas y de municiones y explosivos y los correspondientes a las multas en aplicación de la Ley 1335 de 2009 que financiarán exclusivamente los usos definidos en la normatividad vigente.

[...] f) A la financiación de los programas de promoción y prevención en el marco de los usos definidos en el artículo 222 de la Ley 100 de 1993. [...] (Resalta la Sala)

cuentas entre los dineros que se deben reconocer a las EPS para garantizar los servicios de salud.

Por su parte, el art. 23 de la Ley 1438 de 2011 establece que los gastos de administración de las EPS serán máximos del 10% de las UPC en el régimen contributivo, y hasta del 8% de las UPC en el régimen subsidiado. De manera adicional, la norma señala que “los recursos para la atención en salud no podrán usarse para adquirir activos fijos, ni en actividades distintas a la prestación de servicios de salud. Tampoco lo podrá hacer el Régimen Subsidiado”.

Así, las EPS solo pueden utilizar como máximo el 10% de las UPC en el régimen contributivo, y hasta el 8% en el régimen subsidiado, para gastos de administración. Los demás recursos recibidos por concepto de UPC deberán ser invertidos en la prestación de los servicios de salud.

Bajo este esquema normativo, la jurisprudencia de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado han concluido, de manera reiterada, que los recursos que recaudan las EPS, en nombre de la ADRES, antes Fosyga, y con los cuales se cubren las UPC, son recursos parafiscales<sup>22</sup> y, por tanto, tienen naturaleza pública y una destinación específica. Por lo tanto, no se pueden considerar como rentas propias de las EPS, incluso una vez sean reconocidas por la ADRES, para que sean transferidas o apropiadas por las EPS a efectos de cubrir el aseguramiento en salud de sus usuarios<sup>23</sup>.

En este sentido, la Sentencia C- 262 de 2013 de la Corte Constitucional destaca los siguientes fallos de la misma corporación:

[...] En la **sentencia SU-480 de 1997**, al revisar los fallos de tutela dictados con ocasión de varias solicitudes de amparo de afiliados al sistema, a quienes distintas EPS negaban varios medicamentos y procedimientos por no estar en el POS, la Sala Plena hizo un examen de la estructura financiera del SGSSS y resaltó lo siguiente: **(i)** los recursos que las EPS reciben –recaudan– por concepto de cotizaciones, copagos, bonificaciones y similares son recursos parafiscales que, en consecuencia, deben ser administrados en cuentas diferentes a los de los recursos propios de las EPS; para estos efectos, las EPS actúan como meros recaudadores de recursos públicos; **(ii)** para que las EPS cumplan sus funciones, el SGSSS les reconoce una UPC por cada afiliado, cuyo valor es definido por los órganos rectores del sistema atendiendo a criterios indicados en la ley 100; **(iii)** la UPC debe destinarse por las EPS a garantizar el contenido del POS; **(iv)** no obstante, las EPS tienen derecho a una legítima ganancia..

---

<sup>22</sup> Los recursos parafiscales han sido definidos por el artículo 81 de la Ley 1687 de 2013, que modificó el artículo 12 de la Ley 179 de 1994, compilada a su vez por el Decreto 111 de 1996, como “(...) los gravámenes establecidos con carácter obligatorio por la ley, que afectan a un determinado y único grupo social o económico y se utilizan para beneficio del propio sector. El manejo, administración y ejecución de estos recursos se hará exclusivamente en la forma dispuesta en la ley que los crea y se destinarán sólo al objeto previsto en ella, lo mismo que los rendimientos y excedentes financieros que resulten al cierre del ejercicio contable”.

<sup>23</sup> Como se verá más adelante, las cotizaciones de los usuarios son recaudadas directamente por la EPS, por delegación de la ADRES, pero es a esta última entidad a la que le corresponde realizar el proceso de liquidación y reconocimiento de los dineros que las EPS deben apropiarse (de los recaudos realizados) para cubrir la UPC, o los recursos que deben ser transferidos por la ADRES a las EPS para la misma finalidad, cuando lo recaudado por concepto de cotización no sea suficiente para cubrir las UPC.

[...] En la **sentencia C-828 de 2001**, al abordar una demanda contra el artículo 1º de la ley 633 de 2000 por gravar con el Gravamen a los Movimientos Financieros (GMF) todas las transacciones entre EPS e IPS, incluidos los pagos de los servicios del POS, la Corte sostuvo que los recursos del SGSSS son parafiscales, incluidos los pagos de las EPS a las IPS por contenidos del POS, y por tanto, no pueden ser gravados con impuestos generales como el GMF, so pena de violar el artículo 48 de la Constitución.

Respecto a la UPC, este tribunal precisó que representa el pago de los servicios administrativos en los que incurre la EPS, así como el costo de la prestación de los contenidos del POS, razón por la cual no puede catalogarse como una renta propia de las EPS. También aclaró que la UPC no puede interpretarse en estricto sentido como una prima de seguro, ya que la relación entre la EPS y sus afiliados no es la de un contrato de seguros clásico “(...) porque en primer lugar, construye un manejo financiero de prestación media para todos por igual, tanto para el régimen contributivo, como para el régimen subsidiado, y en segundo lugar, los recursos, una vez son captados por el Sistema de Salud, no le pertenecen a quien los cancela, sino al sistema en general”.

[...] 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<sup>[90]</sup>, 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 [...].

[...] En la **sentencia C-549 de 2004**, con ocasión de una demanda contra el literal d) del artículo 16 de la ley 790 de 2002 y la totalidad del decreto 1750 de 2003 -sobre la escisión del Instituto de Seguros Social (ISS) y el traslado de varios centros hospitalarios y clínicas a las nuevas ESE creadas con ocasión de la escisión-, la Corte reiteró que “las cotizaciones al sistema de seguridad social en salud se erigen como contribuciones parafiscales”. [...].

La Corte sostuvo que efectivamente las cotizaciones que se recaudan por el SGSSS son contribuciones parafiscales, “(...) pues constituyen un gravamen que se cobra a un grupo de personas afiliadas al Sistema de Seguridad Social en Salud, cuya destinación específica es financiar ese mismo Sistema, con fundamento en los principios de solidaridad, eficiencia y universalidad”. En consecuencia -continuó-, las cotizaciones no son recursos propios de las EPS “[...] sino dineros públicos que deben destinarse a la prestación del servicio público de salud”. Sin embargo, en el fallo se aclaró que “(...) el carácter parafiscal se predica tan solo los recursos provenientes de las cotizaciones, más no de los bienes y rentas propios de las entidades que prestan el servicio. Por ello la Corte ha distinguido entre los recursos parafiscales que administran las entidades del Sistema de Seguridad Social en Salud y su propio patrimonio y rentas” (negrilla fuera del texto).

[...]. (Subrayado fuera de texto)

Como se deduce de este recuento jurisprudencial, de acuerdo con la posición reiterada de la Corte Constitucional, las cotizaciones recaudadas por las EPS, en nombre de la ADRES, ante Fosyga, destinadas a cubrir la UPC, no pueden ser

consideradas rentas propias de las EPS, aun después de ser liquidadas y reconocidas por la ADRES a las EPS.

Por otra parte, se debe tener en cuenta que la misma Corte Constitucional ha precisado que los recursos de la UPC dirigidos al pago de administración de las EPS, se constituyen en una renta propia de la entidad. Así, la Corte Constitucional, en la referida Sentencia C- 262 de 2013, precisó lo siguiente:

No obstante, la naturaleza parafiscal y, por tanto, la destinación específica de los recursos originados en las cotizaciones, copagos, tarifas, etc., (...) es importante resaltar dos aspectos:

En primer lugar, la Corte ha reconocido que es legítimo desde el punto de vista constitucional que los particulares que participan en el sistema de salud sean recompensados por los gastos de administración en los que incurren y perciban una utilidad razonable [95], pero que la consecución de esa retribución no puede afectar el derecho fundamental de los usuarios a un servicio de calidad, oportuno y eficiente. Tal interpretación es acorde con la protección de la libertad de empresa y del derecho de propiedad de las EPS.

Dicho beneficio económico –utilidad-, por su propia naturaleza, hace parte de los recursos propios de la EPS y, en consecuencia, es de libre destinación. En este contexto deben ser leídas particularmente las sentencias C-828 de 2001, C-1040 de 2003 y C-824 de 2004, es decir, si bien es cierto la UPC se origina en recursos parafiscales y su finalidad principal es pagar el aseguramiento del POS a cargo de las EPS y sus gastos de administración, la remuneración incluye un margen de utilidad que es propiedad de las EPS. [...].

Sin perjuicio de lo anterior, es evidente que, en términos generales, de acuerdo con la línea jurisprudencial de la Corte Constitucional, los conceptos recaudados por concepto de cotización de los afiliados al régimen contributivo son recursos parafiscales destinados a cubrir el aseguramiento en salud; naturaleza que se mantienen aun cuando estos recursos son reconocidos a las EPS para cubrir el pago de la UPC.

En este sentido también se ha pronunciado la Sección Tercera de esta Corporación, tanto para el régimen contributivo como subsidiado<sup>24</sup>:

Ahora bien, cabe señalar que la UPC construye (sic) la unidad de medida y cálculo de los mínimos recursos que el Sistema General de Seguridad Social en Salud requiere para cubrir en condiciones de prestación del servicio de salud tanto en el régimen contributivo como en el régimen subsidiado.

Dada la naturaleza pública y parafiscal de dichos recursos, las EPS deben asumir una administración absolutamente cuidadosa y prudente de los recursos recibidos por concepto de UPC y solo pueden hacer uso de ellas para actividad dirigidas esencialmente a la prestación del plan obligatorio de salud a sus afiliados y su administración, constituyéndose en irregular el uso de los recursos de la unidad de pago por citación para otros fines.

**Es preciso indicar que las Entidades Promotoras de Salud no pueden hacer uso de los recursos de la seguridad social en salud, recibidos por concepto de la UPC, para actividades diferentes a la aprobación del POS**

---

<sup>24</sup> Consejo de Estado. Sección Primera. Sentencia del 10 de julio de 2014. Rad. 11001-03-24-000-2008-00385-00.

**a sus afiliados. Solo con los recursos que provengan de los excedentes al finalizar el ejercicio, de la comercialización de planes complementarios de salud, el aumento del capital generado con recursos que provengan de incremento en los aportes, donaciones, o cualquier otra fuente de ingresos legal distinta a la UPC, pueden, las EPS, ejecutar inversiones, construir reservas o en general realizar gastos ajenos, aunque relacionados con su objeto, a la obligación Constitucional de prestar el plan obligatorio de salud para los habitantes del territorio nacional.**

(Resalta la Sala)

De conformidad con esta línea jurisprudencial, y para efectos de las consulta, se extraen las siguientes conclusiones:

- a) Los recursos recaudados por concepto de cotizaciones, así como los demás recursos con los cuales se cubren las UPC para el aseguramiento en salud, no pueden ser considerados rentas propias de las EPS, pues pertenecen al SGSSS y mantienen su calidad de recursos públicos del SGSSS.

Lo anterior, salvo el porcentaje de administración que les corresponde a dichas entidades, una vez determinado el valor de las UPC a que tienen derecho.

Todo esto, en armonía con la jurisprudencia de la Corte Constitucional que se cita, sobre este punto, en el mismo proyecto.

- b) Los recursos que las EPS deben transferir a la ADRES por concepto de superávit entre las cotizaciones recaudadas y las reconocidas para cubrir la UPC, o por reintegro de recursos reconocidos y pagados sin justa causa, mantienen su calidad de recursos del SGSSS, que tienen naturaleza pública y una destinación específica.

Como se verá más adelante, es precisamente esta naturaleza especial de los recursos que son objeto de flujo permanente entre la ADRES y las EPS e IPS, lo que justifica y da fundamento a lo dispuesto en el art. 12 de la Ley 1797 de 2016, sobre la exigencia de que el liquidador, previo a aplicar la prelación de créditos sobre el patrimonio de la entidad en liquidación (masa de liquidación), cubra los recursos adeudados a la ADRES, antes Fosyga.

### **III. Los procesos de compensación legal especial a cargo de la ADRES y su relación con la compensación legal regulada por el Código Civil**

Se procede ahora a analizar los referidos procesos de compensación y descuento asignados a la ADRES, antes Fosyga, para el flujo de los recursos del SGSSS destinados al aseguramiento en salud y demás prestaciones de salud.

Al respecto, la Sala desea anticipar la siguiente conclusión: los procesos de compensación legal especial o descuentos a cargo de la ADRES no corresponden al concepto civilista de la compensación legal de deudas. Lo anterior, en forma consonante con la naturaleza jurídica de los recursos públicos administrados por la ADRES y las reglas especiales previstas en la ley y el reglamento para estos procesos.

En este sentido, vale la pena recordar las normas que regulan esta última figura, así como sus requisitos:

## • Código Civil

**Artículo 1714. Compensación.** Cuando dos personas son deudoras una de otra, se opera entre ellas una compensación que extingue ambas deudas, del modo y en los casos que van a explicarse.

**Artículo 1715. Operancia de la compensación.** La compensación se opera por el solo ministerio de la ley y aún sin conocimiento de los deudores; y ambas deudas se extinguen recíprocamente hasta la concurrencia de sus valores, desde el momento que una y otra reúnen las calidades siguientes:

- 1.) Que sean ambas de dinero o de cosas fungibles o indeterminadas de igual género y calidad.
- 2.) Que ambas deudas sean líquidas; y
- 3.) Que ambas sean actualmente exigibles.

Las esperas concedidas al deudor impiden la compensación; pero esta disposición no se aplica al plazo de gracia concedido por un acreedor a su deudor.

### **Artículo 1716. Requisito de la compensación**

Para que haya lugar a la compensación es preciso que las dos partes sean recíprocamente deudoras.

Así, el deudor principal no puede oponer a su acreedor, por vía de compensación, lo que el acreedor deba al fiador. [...]

**Artículo 1719. Conservación de garantías.** Sin embargo, de efectuarse la compensación por ministerio de la ley, el deudor que no la alegare, ignorando un crédito que puede oponer a la deuda, conservará junto con el crédito mismo las fianzas, privilegios, prendas\* e hipotecas constituidas para su seguridad.

De conformidad con estas disposiciones, la doctrina identifica, de manera pacífica, los siguientes requisitos de la compensación<sup>25</sup>:

- i) La reciprocidad actual de las deudas,
- ii) La fungibilidad del objeto y,
- iii) La exigibilidad y liquidez de ambas deudas.

El primer requisito expresa la esencia de la figura, esto es, que existan dos personas, naturales o jurídicas, que sean mutuamente deudoras y acreedoras, lo que significa que ambas partes tienen en su patrimonio una acreencia a su favor, a la cual se opone una deuda que tienen con el mismo sujeto que funge como deudor de su acreencia.

En consecuencia, no hay lugar a ella entre el crédito del acreedor que demanda y el de un tercero cuyo crédito pretenda hacer valer el deudor-acreedor demandado contra un tercero, ni, en fin, entre el crédito demandante y el de un codeudor o fiador del demandado (art. 1716).

En cuanto a la fungibilidad de las prestaciones, el requisito se traduce en la exigencia de que ambas deudas sean susceptibles de remplazarse la una por la otra, pues los bienes objeto de las prestaciones pertenecen a un mismo género; circunstancia que se presenta, fundamentalmente, frente a obligaciones pecuniarias.

---

<sup>25</sup> Cfr. F. Hinestrosa. *Tratado de las Obligaciones. Concepto, estructura y vicisitudes*. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, primera reimpresión, junio de 2008. Pp. 819 ss.

El requisito de la liquidez, por su parte, se verifica cuando está determinado de manera explícita qué, cómo y cuándo se debe. Por lo tanto “si el pago debe aguardar a una liquidación previa, la deuda no puede entrar en compensación”<sup>26</sup>.

Por su parte, la deuda es exigible, ante todo, cuando es cierta y definida, en otras palabras, cuando ha llegado la oportunidad de hacer el pago y el deudor puede incluso exigirlo por vía de un proceso ejecutivo.

Por último, es importante resaltar un aspecto esencial de la compensación legal regulada por el Código Civil, esto es, que se trata de un modo de extinción de las obligaciones que opera por virtud de la ley (*ipso iure*)<sup>27</sup>, cuando se reúnen las condiciones previstas en los artículos 1714 y 1715 del Código Civil. Lo anterior, con independencia de la discusión doctrinaria y jurisprudencial existente sobre la exigencia o no de alegar la compensación en juicio y que sea declarada judicialmente<sup>28</sup>.

Ahora bien, además de la compensación legal regulada por el Código Civil, existen otras compensaciones legales, en las que la ley atribuye a un particular o una autoridad administrativa la facultad de descontar directamente y previo cumplimiento de los procedimientos y requisitos previstos por el ordenamiento, los valores que les adeudan otros sujetos.

Dentro de estas compensaciones legales se pueden identificar las siguientes:

- La compensación legal autorizada por la ley a los bancos, para debitar en la cuenta corriente de su titular el importe de las obligaciones exigibles de que sean recíprocamente deudores o acreedores (art. 1385 C.Co).
- La compensación legal prevista en el artículo 861 del Estatuto Tributario a favor de la DIAN, cuando se señala que, en todos los casos, la devolución de saldo se efectuará una vez compensadas las deudas y obligaciones de plazo vencido a cargo del contribuyente.
- La compensación que, de manera excepcional, puede realizar el liquidador

---

<sup>26</sup> Ibídem, p. 822.

<sup>27</sup> Art. 1715 del Código Civil.

<sup>28</sup> Sobre este debate da cuenta el profesor Hinestrosa, cuando señala lo siguiente: En la presentación y las explicaciones de la doctrina (...) ha sido un quebradero de cabeza esa antinomia entre la eficacia *ipso iure* y la necesidad de oposición de parte y pronunciamiento de juez. (...) La compensación legal, esto es, aquella que no practican y celebran las partes de común acuerdo, sino que propone u opone una de ellas a la otra, demanda, dentro del sistema nacional, un pronunciamiento judicial, en virtud de la interposición de una excepción por el demandado o eventualmente (como también ocurre con la prescripción), de la formulación de una demanda (...) La exigencia de la oposición de la compensación es incuestionable: esta es un instrumento de tutela o defensa de los intereses de las partes, y cada cual es árbitro de los suyos; la alegación es una carga, y si el interesado no ejerce en tiempo el derecho, esto es, si no se ejecuta el “acto necesario”, no se beneficiará del resultado benéfico. Esa alegación es una declaración de parte, que ha de cumplir con los varios requisitos propios del proceso, y que en lo que reza con el derecho sustancial es catalogable como un acto jurídico *strictu sensu*, es decir, como un hecho que hace parte del *factum* normativo en cuanto conducta humana, realizada a propósito, pero cuyos efectos están dispuestos íntegra y exclusivamente por la ley. Esa es la explicación lógica de la frase del art. 1715 c.c. “La compensación se opera [...] aun sin conocimiento de los deudores...”, previsión que necesariamente ha de ser complementada con la contenida en la norma del art. 1719 c.c: Sin embargo de efectuarse la compensación por ministerio de la ley, el deudor que no la alegare, ignorando un crédito que puede oponer a la deuda, conservará junto con el crédito mismo las fianzas, privilegios, prendas\* e hipotecas constituidas para su seguridad. Ibídem, pp. 815-818.



dentro del proceso de toma de posesión para liquidar a una entidad financiera, de conformidad con los art. 301 y 295 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero. Lo anterior, siempre que no se afecte la igualdad de los acreedores de acuerdo con la ley.

En este orden de ideas, es importante señalar que los procesos de compensación o descuento autorizados por el ordenamiento para el flujo de los recursos del SGSSS se constituyen en compensaciones legales especiales, que deben ser aplicadas directamente por la ADRES, a través de los procedimientos y actos regulados por las normas legales y reglamentarias correspondientes. De manera adicional, no corresponde al concepto de compensación establecido en el Código Civil, porque el carácter público de estos, pertenientes al SGSSS, se mantiene intangible.

Bajo estos presupuestos, procede la Sala a analizar estos procesos de compensación o descuento que están a cargo de la ADRES, como administradora de los recursos del SGSSS y garante de su adecuado flujo entre los diferentes actores del sistema, en especial los destinados a cubrir el aseguramiento obligatorio en salud.

### **1. El proceso de compensación y los descuentos a cargo de la ADRES, para la liquidación y reconocimiento de las UPC a las EPS, en el régimen contributivo**

Como se analizó en este concepto, el artículo 205 de la Ley 100 de 1993 estableció que del recaudo de las cotizaciones las EPS deberán descontar el valor de las UPC fijadas para el plan de salud obligatorio y trasladar la diferencia al Fosyga, *“a más tardar el primer día hábil siguiente a la fecha límite establecida para el pago de las cotizaciones. En caso de ser la suma de las unidades de pago por capitación mayor que los ingresos por cotización, el fondo de solidaridad y garantía deberá cancelar la diferencia el mismo día a la entidad promotora de salud que así lo reporte”*.

En concordancia con esta disposición, el art. 220 ibídem le atribuyó al Fosyga, hoy ADRES, el manejo de la cuenta de compensación interna del régimen contributivo, en la que se administran los recursos que resultan del proceso de compensación del régimen contributivo, los cuales deben ser girados por las EPS a la referida cuenta, en aquellos eventos en los que existe una diferencia entre los valores recaudados por las cotizaciones y los reconocidos a estas entidades para cubrir la UPC.

De conformidad con estos preceptos, el Decreto 2280 de 2004 reglamentó el procedimiento de compensación descrito en el artículo 205 de la Ley 100 de 1993, a manos de las EPS y demás Entidades Obligadas a Compensar (EOC). Posteriormente, el Decreto 4023 de 2011, compilado por el Decreto 780 de 2016, reglamentó este proceso a cargo del Fosyga.

Luego, con la creación de la ADRES, el Decreto 2265 de 2017<sup>29</sup> modificó las normas del Decreto 780 de 2016 que regulaban el proceso de compensación del

---

<sup>29</sup> Por el cual se modifica el Decreto 780 de 2016, Único Reglamentario del Sector Salud y Protección Social adicionando el artículo 1.2.1.10, y el Título 4 a la Parte 6 del Libro 2 en relación con las condiciones generales de operación de la ADRES - Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones.

régimen contributivo a cargo del Fosyga (art. 4). No obstante, las nuevas disposiciones mantuvieron en gran medida la estructura del proceso establecido en el Decreto 4023 de 2011.

Lo primero que se destaca en dicha normativa es la definición del proceso de compensación, en los siguientes términos:

**Artículo 2.6.4.3.1.1.1. Proceso de Compensación.** Se entiende por compensación el proceso mediante el cual la ADRES determina y reconoce la Unidad de Pago por capitación (UPC), los recursos para el pago de las incapacidades originadas por enfermedad general de los afiliados cotizantes y los recursos para financiar las actividades de promoción de la salud y de prevención de la enfermedad, de los afiliados al régimen contributivo conforme con lo definido por el Ministerio de Salud y Protección Social, por cada período al que pertenece el pago de la cotización recaudada y conciliada entre el mecanismo de recaudo y la base de datos de afiliación al SGSSS.

El resultado de la compensación será: i) el monto a apropiar por la EPS o EOC, ii) el valor a girar a la ADRES por parte de la EPS o EOC en el caso de superávit y iii) el valor a girar por la ADRES a la EPS o EOC en el caso de déficit.

Ahora bien, dentro del proceso de compensación se estableció la elaboración de la liquidación, reconocimiento y pago de los recursos derivados del proceso de compensación y se estableció que la ADRES descontaría del resultado de este proceso, entre otros, los valores que resulten de aplicar el proceso de reintegro por dineros reconocidos o pagados sin justa causa, así:

**Artículo 2.6.4.3.1.1.2. Liquidación, reconocimiento y pago en el proceso de compensación.** La ADRES elaborará la liquidación y reconocimiento de los recursos derivados del proceso de compensación a cada EPS y EOC, según la información de los afiliados que estas registren en la base de datos de afiliados, la información adicional que remitan estas entidades a la ADRES, la información de recaudo de las cuentas maestras, la registrada en la Planilla Integrada de Liquidación de Aportes PILA, y las demás bases de datos disponibles que resulten pertinentes para salvaguardar los recursos del SGSSS.

**Parágrafo 1.** Se descontará del resultado del proceso de compensación, los valores correspondientes a las operaciones financieras realizadas en el marco del artículo 41 del Decreto - Ley 4107 de 2011, la Ley 1608 de 2013 y demás normas que las reglamenten, modifiquen o sustituyan, los que resulten de aplicar el reintegro de recursos apropiados o reconocidos sin justa causa, los descuentos a favor de la cuenta de alto costo en los casos de incumplimiento en el giro de los recursos y los demás que se definan en la normatividad (sic). [...].

(Resalta la Sala)

Sobre el proceso de reintegro de recursos apropiados o reconocidos sin justa causa, al que hace referencia esta norma, regresará la Sala más adelante.

En relación con los valores correspondientes a las operaciones financieras realizadas en el marco del artículo 41 del Decreto - Ley 4107 de 2011 y la Ley

1608 de 2013, resulta oportuno señalar que, el referido art. 41<sup>30</sup> regula la subcuenta de Garantías para la Salud del Fosyga, hoy administrada por la ADRES, y señala cuales son las fuentes y los usos de sus recursos.

Por su parte, el art. 9 de la Ley 1608 de 2013 señala lo siguiente:

**Artículo 9°. Recursos de la Subcuenta de Garantías para la Salud del Fosyga.** Los recursos de la Subcuenta de Garantías para la salud, además de los usos previstos en el artículo 41 del Decreto número 4107 de 2011, se podrán utilizar para adelantar desde la Subcuenta de Garantías para la Salud, de manera directa, compra de cartera reconocida de Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud con Empresas Promotoras de Salud. **En este caso, la recuperación de cartera podrá darse a través de descuentos de los recursos que a cualquier título, el Fosyga o el mecanismo único de recaudo y giro creado en virtud del artículo 31 de la Ley 1438 de 2011, efectúen a las EPS. [...]** (Resalta la Sala).

En cuanto a los descuentos a favor de la Cuenta de Alto Costo, se debe señalar que esta es “un instrumento de administración financiera de los recursos destinados al cubrimiento de la atención de las enfermedades ruinosas y catastróficas – alto costo- y de los correspondientes a las actividades de protección específica, detección temprana y atención de enfermedades de interés en salud pública directamente relacionadas con el alto costo”<sup>31</sup>.

Mediante Resolución 3511 de 2009, el Gobierno Nacional estableció que la administración y financiación de la Cuenta de Alto Costo la tienen de manera conjunta las Entidades Promotoras de Salud del Régimen Contributivo -EPS y del Régimen Subsidiado -EPS-S y las Entidades Obligadas a Compensar –EOC.

Asimismo, el monto a girar por cada EPS y EOC será el que resulte del mecanismo definido por el Ministerio de Salud y la Protección Social y el Ministerio de Hacienda y Crédito Público<sup>32</sup>.

---

<sup>30</sup> **Artículo 41. Subcuenta de Garantías para la Salud.** En el Fondo de Solidaridad y Garantía, Fosyga, funcionará la Subcuenta de Garantías para la Salud con el objeto de:

- a) Procurar que las instituciones del sector salud tengan medios para otorgar la liquidez necesaria para dar continuidad a la prestación de servicios de salud;
- b) Servir de instrumento para el fortalecimiento patrimonial de aseguradores y prestadores de servicios de salud y de garantía para el acceso a crédito y otras formas de financiamiento;
- c) Participar transitoriamente en el capital de los aseguradores y prestadores de servicios de salud;
- d) Apoyar financieramente los procesos de intervención, liquidación y de reorganización de aseguradores y prestadores de servicios de salud.

Los ingresos de la subcuenta podrán ser:

- a) Recursos del Presupuesto General de la Nación como aporte inicial;
- b) Aportes de los aseguradores con cargo al porcentaje de administración y los prestadores con cargo a sus ingresos o excedentes;
- c) Recursos de la cotización del Régimen Contributivo de Salud no compensados por los aseguradores en salud dentro del año siguiente al recaudo;
- d) Los rendimientos financieros de sus inversiones.

Los términos y condiciones para la administración de la subcuenta los establecerá el Ministerio de Salud y Protección Social. Los recursos que se recauden en cada vigencia, los intereses y rendimientos financieros que se produzcan se incorporarán al portafolio del Fosyga, no harán parte del Presupuesto General de la Nación y se entenderán ejecutados con la transferencia presupuestal a la respectiva subcuenta.

<sup>31</sup> Cfr. Oficio de la ADRES, del 14 de enero de 2020, anexo a la formulación de la consulta del Ministerio de Salud y Protección Social.

<sup>32</sup> En desarrollo de lo anterior, el Ministerio de Salud y Protección Social determinó el mecanismo de cálculo de los valores a pagar por la Cuenta de Alto Costo en la Resolución 1912 de 2015 y en

Ahora, el Decreto 2265 de 2017 atribuyó a la ADRES la facultad de realizar el proceso de compensación para determinar el valor a reconocer por concepto de UPC en el régimen contributivo, y la obligación de entregar la información resultado de este proceso a las EPS y a las EOC, el día hábil siguiente a que se ejecuta.

**Artículo 2.6.4.3.1.1.4. Ejecución del proceso de compensación y entrega de resultados. El proceso de compensación lo ejecutará la ADRES el segundo día hábil de cada semana del mes,** con la información del recaudo de cotizaciones disponible a esa fecha, independientemente del periodo de cotización al que correspondan los aportes, así como con la información registrada en las bases de datos de afiliados. La ADRES publicará, a más tardar en el mes de diciembre de cada año, el calendario de las fechas de los procesos de compensación de la vigencia fiscal siguiente.

**La información resultado del proceso de compensación lo publicará la ADRES por medios electrónicos en el transcurso del día hábil siguiente al que ejecuta el proceso.** Esta información contendrá entre otros: el consolidado del resultado del proceso, los registros aprobados y no aprobados por periodo compensado, los valores a reconocer a las EPS y EOC, los valores a trasladar de las cuentas maestras de recaudo de cotizaciones, los recursos reconocidos por afiliado, los valores deducidos o descontados y los recursos objeto de giro directo a las IPS y a los proveedores de tecnologías y servicios en salud, según corresponda.

**La ADRES autorizará la apropiación de los recursos a que tengan derecho las EPS y EOC y girará los recursos que procedan como resultado del proceso de compensación.** (Resalta la Sala)

Adicionalmente, el decreto prevé una serie de validaciones de la información de registros no compensados y un proceso de corrección de registros aprobados, que muestre que los valores iniciales determinados por la ADRES pueden ser objeto de validaciones y las revisiones correspondientes<sup>33</sup>.

---

conjunto con el Ministerio de Hacienda y Crédito Público expidió la Resolución 185 de 2017, modificó la Resolución 248 de 2014, respecto al monto de giro y distribución de los recursos de la cuenta de alto costo frente a la enfermedad renal crónica.

<sup>33</sup> **Artículo 2.6.4.3.1.1.5. Ajuste de información de registros no compensados.** Con el fin de proceder a efectuar el proceso de compensación sobre registros no compensados por inconsistencias en la información registrada en la PILA, o en la base de datos de afiliados, las EPS y EOC efectuarán las gestiones ante la ADRES para aclarar esta información de acuerdo con el procedimiento establecido por esta.

De encontrarse inconsistencias en el valor de los aportes recaudados en la cuenta maestra de recaudo contra la información reportada por la PILA, los operadores de información y los operadores financieros, a través de los mecanismos disponibles, adelantarán las gestiones para que sea ajustada la información que deberá reflejarse en la PILA y en la cuenta maestra de recaudo.

**En caso de presentarse transferencias de las cuentas maestras de recaudo entre las EPS y EOC, estas deberán aceptarlas a más tardar el día hábil siguiente a la publicación del proceso por parte de la ADRES.**

Parágrafo. Las cotizaciones no conciliadas únicamente podrán ser compensadas dentro de los doce (12) meses siguientes a la fecha de recaudo de las mismas; superado este término tales recursos se constituirán en el ingreso a que hace referencia el literal c) del artículo 41 del Decreto - Ley 4107 de 2011.

**Artículo 2.6.4.3.1.1.6. Proceso de corrección de registros aprobados. Las correcciones de los registros aprobados en el proceso de compensación se presentarán por las EPS y las EOC, el último día hábil de la segunda semana de cada mes y se corregirán los registros en las bases de datos del proceso de compensación.**

La ADRES efectuará la validación y entrega de resultados dentro de los cinco (5) días hábiles

Por último, se establece la certificación de los procesos de compensación que debe realizar el revisor fiscal de cada EPS y EOC<sup>34</sup>.

Finalmente, es importante señalar que el proceso de compensación del régimen contributivo también se presenta para **el giro directo de las UPC a las IPS y proveedores de tecnologías y servicios de salud**, en nombre de las EPS, cuando estas se encuentran en estado de vigilancia especial, intervención o liquidación, o no cumplen las metas de vigilancia especial.

Así lo establecen los arts. 2.6.4.3.1.3.1. y ss. de la Ley 1608 de 2013, que modificó el Decreto 760 de 2016, que regula actualmente el giro directo en el régimen contributivo:

**Artículo 2.6.4.3.1.3.1. Giro directo a prestadores y proveedores de tecnologías y servicios en salud.** La ADRES realizará el giro directo a los prestadores y proveedores de tecnologías y servicios en salud, en los términos de las Leyes 1608 de 2013, 1753 de 2015 y 1797 de 2016, o las normas que las modifiquen o sustituyan, de conformidad con el procedimiento definido por Ministerio de Salud y Protección Social.

**Artículo 2.6.4.3.1.3.2. Giro directo de la Unidad de Pago por Capitación de EPS del régimen contributivo en medida de vigilancia especial, intervención o liquidación o que no cumplan con las metas del régimen de solvencia.** El giro directo de la UPC de las EPS del régimen contributivo en medida de vigilancia especial, intervención o liquidación o que no cumplan con las metas del régimen de solvencia se efectuará de acuerdo con el siguiente procedimiento:

[...] 2. La ADRES abrirá una cuenta bancaria para cada EPS del régimen contributivo que se encuentre incurso en cualquiera de las situaciones mencionadas.

3. Realizado el proceso de compensación y previa deducción de los valores correspondientes a descuentos que se deban aplicar en este proceso, de las UPC reconocidas, la ADRES transferirá el 80% del valor resultante, desde la cuenta maestra de recaudo a la cuenta abierta por la ADRES a nombre de la EPS.

[...] 4. A través de esta cuenta la ADRES administrará los recursos dispuestos para el giro directo, de forma independiente a los demás recursos que administra y efectuará los giros respectivos a las instituciones de prestación de

---

siguientes a la fecha de presentación. Los montos a favor de la ADRES o de las EPS y EOC que resulten del proceso de corrección y el reconocimiento de recursos a que hubiere lugar, se girarán de acuerdo con el mecanismo definido para el efecto.

Las EPS y EOC tendrán un plazo máximo de seis (6) meses para solicitar corrección de registros compensados, salvo en los casos en que la corrección se cause por efecto de ajustes en los pagos de aportes a través de PILA o por orden judicial.

[...]

<sup>34</sup> Artículo 2.6.4.3.1.1.7. *Certificación de los procesos de compensación.* El último día hábil de la cuarta semana de cada mes, el revisor fiscal de cada EPS y EOC o quien haga sus veces, cuando las mismas no estén obligadas a tener revisor fiscal, presentarán ante la ADRES la certificación relacionada con cada uno de los procesos de compensación realizados en el mes anterior. La certificación de los procesos de compensación deberá indicar y contener lo siguiente:

[...] **Parágrafo 1.** La no presentación de la certificación de los procesos de compensación, se deberá informar el primer día hábil del mes siguiente, a la Superintendencia Nacional de Salud para que se adelanten las actuaciones administrativas correspondientes.

servicios y a los proveedores de tecnologías en salud, de acuerdo con la autorización y la relación que presente la EPS, en los términos y condiciones definidas por el Ministerio de Salud y Protección Social.

[...] **Parágrafo 1°.** La EPS podrá autorizar el giro por un valor superior al 80% del valor reconocido por las UPC. [...].

(Subraya la Sala)

De acuerdo con estas disposiciones, se concluye lo siguiente:

1. El proceso de compensación que se enmarca en el régimen contributivo y que se encuentra a cargo de la ADRES comprende por una parte los valores que deben ser reconocidos por la ADRES a las EPS por concepto de UPC para el aseguramiento y otras prestaciones de salud y, de otra parte, los valores recaudados por la EPS por concepto de afiliaciones, que pertenecen al SGSSS y son administrados por la ADRES, así:

**Por un lado:**

- Los valores recaudados por las EPS por concepto de las cotizaciones de los usuarios del régimen contributivo, los cuales pertenecen al SGSSS. Su administración corresponde a la ADRES y deben ser manejados en una cuenta aparte de los demás bienes y rentas de las EPS (art. 182 de la Ley 100 de 1993).

**Por el otro:**

- Los recursos del SGSS que deben ser reconocidos por la ADRES a las EPS por concepto de UPC.
- Los recursos del SGSSS que deben ser reconocidos por la ADRES a las EPS para el pago de las incapacidades originadas por enfermedad general de los afiliados cotizantes y,
- Los recursos del SGSSS que deben ser reconocidos por la ADRES a las EPS, para financiar las actividades de promoción de la salud y de prevención de la enfermedad, de los afiliados al régimen contributivo conforme con lo definido por el Ministerio de Salud y Protección Social.

2. Como resultado de este proceso operativo de compensación, la ADRES liquida y reconoce:

- El monto a apropiar por la EPS o EOC para el aseguramiento en salud, de los dineros recaudados por delegación de la ADRES.
- Los valores recaudados por las EPS por cotizaciones, y que deben ser girados por la EPS a la ADRES, en caso de superávit. Esto es, cuando estos valores sean mayores que los reconocidos a las EPS por UPC.
- El valor de los recursos del SGSSS, que la ADRES debe girar a las EPS o EOC en el caso de déficit. Esto es, cuando los recursos de las cotizaciones recaudadas por las EPS por delegación de la ADRES, no sean suficientes para cubrir las UPC que le son reconocidas.

3. Como se evidencia, este proceso de compensación legal especial, que está a cargo de la ADRES, busca garantizar el flujo de los recursos destinados al aseguramiento en salud. Lo anterior, debido a la complejidad que caracteriza su recaudo, reconocimiento y administración por parte de los diferentes actores del sistema y su naturaleza de recursos parafiscales destinados a cubrir la prestación de los servicios de salud.

4. A diferencia de la compensación regulada por el Código Civil, la compensación legal especial del régimen contributivo implica una actuación administrativa a cargo de la ADRES, con el cumplimiento de los procedimientos y requisitos previstos en el régimen del SGSSS.

Asimismo, en este proceso de compensación especial no se presenta el requisito de la reciprocidad de deudas, pues en estos casos no existen dos deudas y acreencias mutuas entre los sujetos involucrados (ADRES y la EPS).

En efecto, lo que existe en este caso es, por un lado, unos recursos recaudados por la EPS, por delegación de la ADRES, que son recursos del SGSSS administrado por la ADRES y que deben ser manejados por las EPS en una cuenta independiente al de sus bienes y rentas y, entregados a la entidad de acuerdo con lo que resulte del proceso de compensación. Por el otro, los dineros que deben reconocerse a las EPS por la ADRES, con cargos a los mismos recursos recaudados.

Se destaca que este proceso es consonante con la naturaleza parafiscal que mantienen los recursos recaudados por concepto de cotizaciones de los usuarios, destinados a cubrir las UPC, tal como se analizó en este concepto, de conformidad con la jurisprudencia de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado.

5. De manera adicional, se debe tener en cuenta que este proceso de compensación legal especial se complementa con los descuentos que debe realizar la ADRES a la EPS, por los siguientes conceptos:

- Reintegro de recursos apropiados o reconocidos sin justa causa (Párrafo 1 del art. Artículo 2.6.4.3.1.1.2.). Como se verá más adelante, el referido reintegro es el resultado de un proceso que se encuentra a cargo de la ADRES y que se adelanta frente a las EPS y otros agentes del sistema que se apropian de recursos del SGSSS, sin fundamento. Este proceso comprende, a su vez, la compensación de los recursos que la ADRES ordena reintegrar al sistema, con los que, a su vez, la ADRES debe reconocer a los sujetos implicados en el orden de reintegro. Así lo indica expresamente la Ley 1949 de 2019. La Sala se referirá a estos procesos más adelante.
- Los valores correspondientes a las operaciones financieras realizadas en el marco del artículo 41 del Decreto - Ley 4107 de 2011, la Ley 1608 de 2013 y demás normas que las reglamenten, modifiquen o sustituyan<sup>35</sup>.
- Los descuentos a favor de la cuenta de alto costo<sup>36</sup> en los casos de incumplimiento en el giro de los recursos y los demás que se definan en la normativa.

Como se observa, los referidos descuentos se constituyen en otra compensación legal especial a cargo de la ADRES.

6. Finalmente, se destaca que el proceso de compensación del régimen contributivo también se aplica para **el giro directo de las UPC a las IPS y proveedores de tecnologías y servicios de salud**, en nombre de las EPS,

---

<sup>35</sup> Ver infra, p. 35.

<sup>36</sup> Ver infra, p. 35.

cuando estas se encuentran en estado de vigilancia especial, intervención o liquidación, o no cumplen las metas de vigilancia especial.

## **2. Las compensaciones o descuentos a cargo de la ADRES, en los procesos mediante los cuales se determina el monto del giro directo de las UPC, en el régimen contributivo y subsidiado**

### **2.1. La figura del giro directo**

La Ley 100 de 1993 asignó a las entidades territoriales la administración de estos recursos que financian las UPC en el régimen subsidiado y su pago a las EPS, previo contrato de aseguramiento celebrado entre estas. Así lo contempló la siguiente disposición de la Ley 100:

**Art. 215. Administración del régimen subsidiado.** Las direcciones locales, Distritales o Departamentales de salud suscribirán contratos de administración del subsidio con las Entidades Promotoras de Salud que afilien a los beneficiarios del subsidio. Estos contratos se financiarán con los recursos del Fondo de Solidaridad y Garantía y los recursos del subsector oficial de salud que se destinen para el efecto. [...].

Posteriormente, la Ley 1438 de 2011, que se propuso reformar algunos aspectos sustantivos del SGSSS, cambió sustancialmente la operación del régimen subsidiado, eliminando el esquema de contratación y flujo de recursos entre las entidades territoriales y las EPS.

En su lugar, creó el mecanismo de **giro directo**, para transferir directamente desde el Gobierno Nacional a las EPS, en nombre de las entidades territoriales, o directamente a las IPS, las UPC. Todo lo anterior, de conformidad con el procedimiento que fije el Gobierno, así:

**Artículo 29. Administración del régimen subsidiado.** Los entes territoriales administrarán el Régimen Subsidiado mediante el seguimiento y control del aseguramiento de los afiliados dentro de su jurisdicción, garantizando el acceso oportuno y de calidad al Plan de Beneficios.

**El Ministerio de la Protección Social girará directamente, a nombre de las Entidades Territoriales, la Unidad de Pago por Capitación a las Entidades Promotoras de Salud, o podrá hacer pagos directos a las Instituciones Prestadoras de Salud con fundamento en el instrumento jurídico definido por el Gobierno Nacional. [...]** (Resalta la Sala)

Posteriormente, el art. 10 de la Ley 1608 de 2003 extendió la figura del giro directo al régimen contributivo. En efecto, la norma estableció, tanto para el régimen contributivo como subsidiado, el giro directo del Fosyga a las IPS, de por lo menos el 80% de las UPC que deban ser reconocidas a las EPS que se encuentren bajo una medida de vigilancia especial, intervención o liquidación, así:

**Art. 10. Giro directo de EPS en medidas de vigilancia especial, intervenidas o en liquidación.** Las Entidades Promotoras de Salud, que se encuentren en medida de vigilancia especial, intervención o liquidación por parte del organismo de control y vigilancia competente, girarán como mínimo el 80% de las Unidades de Pago por Capitación reconocidas, a las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud, directamente desde el Fosyga o desde el mecanismo de recaudo o giro creado en desarrollo del artículo 31 de la Ley 1438 de 2011.



En esta medida, se garantiza el flujo de los recursos de aseguramiento en salud, directamente a las IPS que prestan los servicios de salud a los afiliados de las EPS que se encuentran en estado de vigilancia especial intervención o liquidación.

Ahora bien, el art. 239<sup>37</sup> de la Ley 1955 de 2019, por medio de la cual se expidió el Plan Nacional de Desarrollo 2018-2022, reguló el instrumento del giro directo a cargo de la ADRES, tanto en el régimen contributivo como subsidiado<sup>38</sup>, así:

**Artículo 239. Giro Directo.** La Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud (ADRES) en nombre de las Entidades Promotoras de Salud y demás Entidades Obligadas a Compensar, realizará el giro directo de los recursos de las Unidades de Pago por Capitación (UPC) de los regímenes contributivo y subsidiado destinadas a la prestación de servicios de salud, a todas las instituciones y entidades que presten dichos servicios y que provean tecnologías incluidas en el plan de beneficios, así como a los proveedores, de conformidad con los porcentajes y condiciones que defina el Ministerio de Salud y Protección Social. También aplicará transitoriamente el giro directo de los recursos asociados al pago de los servicios y tecnologías de salud no financiados con recursos de la UPC para los regímenes contributivo y subsidiado, según lo dispuesto en el presente artículo. [...].

Por último, tiempo después de promulgada la Ley 1955 de 2019, en el mismo año fue sancionada la Ley 1966, por medio de la cual se adoptaron medidas para la gestión y transparencia en el SGSSS. En esta normativa se autorizó el giro directo por parte de ADRES, y en nombre de las EPS, a los prestadores de servicios de salud y a los proveedores de tecnologías de salud. Adicionalmente, se autorizó el giro directo frente a las líneas de créditos estructuradas por la banca de segundo piso, así:

---

<sup>37</sup> **Artículo 239. Giro Directo.** La Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud (ADRES) en nombre de las Entidades Promotoras de Salud y demás Entidades Obligadas a Compensar, realizará el giro directo de los recursos de las Unidades de Pago por Capitación (UPC) de los regímenes contributivo y subsidiado destinadas a la prestación de servicios de salud, a todas las instituciones y entidades que presten dichos servicios y que provean tecnologías incluidas en el plan de beneficios, así como a los proveedores, de conformidad con los porcentajes y condiciones que defina el Ministerio de Salud y Protección Social. También aplicará transitoriamente el giro directo de los recursos asociados al pago de los servicios y tecnologías de salud no financiados con recursos de la UPC para los regímenes contributivo y subsidiado, según lo dispuesto en el presente artículo. [...].

<sup>38</sup> El art. 336 de la Ley 1955 de 2019, derogó expresamente el artículo 259 de la Ley 1753 de 2015 y el artículo 7º de la Ley 1797 de 2016, que regulaban la figura del giro directo, así:

La Ley 1753 de 2015, “[p]or la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018 “Todos por un nuevo país”, reguló el giro directo de las UPC, tanto para el régimen contributivo como para el subsidiado, así:

- En el régimen contributivo, giro directo del Fosyga a las entidades que provean tecnologías incluidas en el plan de beneficios, siempre que las EPS a la que debían girarse las UPC, no cumplan con las metas del régimen de insolvencia.

- En el régimen subsidiado, giro directo del Fosyga a todos los proveedores de servicios y tecnologías incluidos en el plan de beneficios.

Luego, la Ley 7 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”, le otorgó competencia al Fosyga para realizar el giro directo de las UPC, así:

- En el régimen contributivo, giro directo a las IPS y entidades que provean tecnologías incluidas en el PBS, siempre que la EPS respectiva no cumplan con las metas del régimen de insolvencia.

- En el régimen subsidiado, giro directo a todos los proveedores de servicios y tecnologías incluidos en el plan de beneficios.

- En el régimen contributivo, giro directo por servicios y tecnologías de salud no incluidos en el Plan de Beneficios.

**Artículo 12. Giro Directo.** Los recursos que se dispongan por la nación o las entidades territoriales para el saneamiento durante el período que determine el Ministerio de Salud y Protección Social, y los recursos corrientes de la UPC serán girados por la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud (ADRES) en nombre de las Entidades Promotoras de Salud, al prestador de Servicios de Salud o proveedores de tecnologías en salud. De igual forma se procederá con las posibles líneas de créditos que se estructuren por la banca de segundo piso.  
[...].

**Parágrafo.** No estarán sujetas a lo dispuesto en este artículo las EPS adaptadas del Estado y aquellas que en su desempeño financiero cumplan con el patrimonio adecuado.

A juicio de la Sala, una interpretación sistemática de estas últimas disposiciones, con las normas especiales consagradas en los arts 29 de la Ley 1438 de 2011 y 10 de la Ley 1608 de 2003, permite afirmar que la normativa vigente regula la figura del giro directo, así:

- En el régimen subsidiado, el giro directo de la ADRES a la EPS o IPS se constituye en el mecanismo general y ordinario previsto por el ordenamiento para transferir los recursos que el sistema debe reconocer a las EPS para cubrir los gastos del aseguramiento en salud (Art. 29 de la Ley 1438 de 2011).
- En el régimen subsidiado y contributivo, como medida especial prevista para transferir directamente a las IPS el 80% de los recursos de UPC, cuando se trata de una EPS que se encuentra en estado de vigilancia especial, insolvencia o liquidación, o para transferir a las IPS los montos finados por realizar (artículos 10 de la Ley 1608 de 2003).
- En el régimen contributivo y subsidiado, el giro directo que reglamente el Gobierno Nacional, en los porcentajes y condiciones que considere procedente y, transitoriamente, para cubrir los recursos asociados al pago de los servicios y tecnologías de salud no financiados con recursos de la UPC, así como el giro directo de los recursos dispuestos por la Nación o las entidades territoriales para el saneamiento fiscal y financiero de los recursos a su cargo y para las líneas de crédito estructuradas por la banca (arts. 239 de la Ley 1955 de 2019 y 12 de la Ley 1966 del mismo año, respectivamente).

Como se observa, se trata de diferentes causales de giros directos, regulados en distintas normas del ordenamiento jurídico.

Actualmente, el Decreto 780 de 2016, Único Reglamentario del Sector Salud y Protección Social, y modificado por el Decreto 2265 de 2017, reglamenta el giro directo tanto en el régimen contributivo como subsidiado.

## **2.2. Las compensaciones o descuentos a cargo de la ADRES, en el proceso adelantado para determinar el monto del giro directo en el régimen subsidiado**

Para determinar el monto del giro directo que debe realizar la ADRES a favor de las EPS o IPS, en el régimen subsidiado, la entidad debe realizar el proceso de Liquidación Mensual de Afiliados (LMA) reglamentado el Decreto 780 de 2016 en los siguientes términos:

**Artículo 2.6.4.3.2.2. Liquidación Mensual de Afiliados (LMA).** La LMA es el instrumento jurídico y técnico mediante el cual la ADRES reconoce mensualmente en forma proporcional la UPC-S por los afiliados al régimen subsidiado a cada entidad territorial y EPS, con base en la identificación y novedades de los beneficiarios del régimen que deben realizar las entidades territoriales conforme a las competencias legales, las fuentes de financiación y el valor de la UPC-S que determina el Ministerio de Salud y Protección Social.

[...] La Liquidación Mensual de Afiliados (LMA) determina el número de afiliados por los que se liquida la Unidad de Pago por Capitación (UPC), el detalle de las restituciones a realizar por aplicación de las novedades registradas en la base de datos de afiliados, los demás descuentos o deducciones a que haya lugar y el monto a girar a cada EPS a nombre de cada entidad territorial por las diferentes fuentes de financiación.

[...] Con base en el resultado de la LMA, la ADRES efectuará el giro directo a las EPS, a las Instituciones Prestadoras de Servicio de Salud (IPS), y a los proveedores de servicios y tecnologías en salud incluidas en el plan de beneficios, conforme a la autorización de las EPS.

[...] **Parágrafo 2°.** En caso de incumplimiento en el giro de los recursos a la Cuenta de Alto Costo por parte de las EPS, el mecanismo de administración de la cuenta informará a la ADRES los montos a descontar por cada EPS, los cuales se aplicarán en la LMA del mes siguiente.

**Parágrafo 3°. Al resultado del proceso de Liquidación Mensual de Afiliados (LMA) se podrán descontar los valores correspondientes a las operaciones financieras realizadas en el marco del artículo 41 del Decreto-ley 4107 de 2011, la Ley 1608 de 2013 y demás normas que las reglamenten, modifiquen adicionan o sustituyan, las que resulten de aplicar el reintegro de recursos apropiados o reconocidos sin justa causa conforme a lo definido en las disposiciones generales del presente decreto, los descuentos a favor de la cuenta de alto costo, en los casos de incumplimiento y los demás que se definan en la normatividad.**

(Resalta y subraya la Sala)

Como se observa, en este proceso de liquidación mensual de afiliados se descuentan: los valores correspondientes a las operaciones financieras realizadas en el marco del artículo 41 del Decreto-ley 4107 de 2011, la Ley 1608 de 2013; los que resulten de aplicar el reintegro de recursos apropiados o reconocidos sin justa causa, y los de la cuenta de alto costo.

De manera adicional, el Decreto 780 de 2016 señala que con base en la lista de IPS publicadas por la ADRES, las EPS determinarán las entidades a las cuales se realizará giro directo:

**Artículo 2.6.4.3.2.3. Información para el giro directo a las IPS y proveedores de servicios y tecnologías incluidas en el Plan de Beneficios.** La ADRES, con base en las validaciones realizadas, dispondrá en la página web, el décimo (10) día hábil de cada mes, el listado de IPS y proveedores registradas para el giro de la LMA del siguiente mes.

**La EPS con referencia a la información publicada por la ADRES, reportará a más tardar el décimo quinto (15) día hábil de cada mes, la información de los montos a girar a las IPS y proveedores.**

Finalmente, se establece que luego de realizar estas actuaciones, la ADRES procederá a realizar el giro directo de la siguiente forma:

[...] **Artículo 2.6.4.3.2.4. Giro de la Unidad de Pago por Capitación (UPC) del Régimen subsidiado.** La ADRES, con base en el resultado de la LMA y descontando los montos a que haya lugar, girará los recursos dentro de los primeros cinco (5) días hábiles del mes al que corresponda la LMA, a nombre de las entidades territoriales o EPS según el caso, así:

1. Giro directo a prestadores y proveedores de servicios y tecnologías en salud a nombre de las EPS, de acuerdo con las siguientes reglas:

[...]

2. Giro directo a las cuentas maestras de las EPS, dentro del mismo plazo.

[...] **Parágrafo 3°.** La ADRES, para el giro por cuenta de las EPS del régimen subsidiado que se encuentren en medida de vigilancia especial, intervención o liquidación, debe tener en cuenta lo establecido en el artículo 10 de la Ley 1608 de 2013 o la norma que la modifique o sustituya.

(Resalta y subraya la Sala)

De acuerdo con las anteriores disposiciones, se extraen las siguientes conclusiones sobre el proceso para determinar el monto del giro directo en el régimen subsidiado:

1. La ADRES tiene a cargo el proceso de liquidación mensual de afiliados (LMA), a través del cual se determinan los valores que corresponde al giro directo a las EPS, en nombre de las entidades territoriales, o las IPS en nombre de las EPS, por concepto de UPC.

2. El décimo día hábil de cada mes, la ADRES debe publicar en la página web el listado de IPS y proveedores registrados para el giro directo del siguiente mes (artículo 2.6.4.3.2.3).

3. Las EPS, de acuerdo con la información publicada por la ADRES, debe informar a más tardar el décimo quinto (15) día hábil de cada mes, los montos a girar a IPS y proveedores (artículo 2.6.4.3.2.3).

4. En este proceso de liquidación mensual de afiliados se descuentan: los valores correspondientes a las operaciones financieras realizadas en el marco del artículo 41 del Decreto-ley 4107 de 2011, la Ley 1608 de 2013; los que resulten de aplicar el reintegro de recursos apropiados o reconocidos sin justa causa, y los de la cuenta de alto costo.

Como se observa, los referidos descuentos se constituyen en una compensación legal especial, entre la ADRES y las EPS respectivas, distinto a la compensación regulada por el Código Civil. En especial, se reitera que los recursos compensados no se pueden considerar de propiedad de las EPS, o una acreencia que hace parte de su patrimonio.

### **2.3. Compensación o descuentos a cargo de la ADRES, para determinar el monto del giro directo de las EPS en estado de vigilancia especial, insolvencia o liquidación, en el régimen contributivo y subsidiado**

Ahora bien, es pertinente referirse a estos procesos de compensación, cuando las EPS se encuentra en estado de vigilancia especial, insolvencia o liquidación, según el régimen correspondiente.

### 2.3.1. En el régimen subsidiado

En lo que respecta al régimen subsidiado, de manera expresa el párrafo 3º del artículo 2.6.4.3.2.4. del Decreto 780 de 2016 establece la aplicación del giro directo de la ADRES a las IPS, por cuenta de las EPS del régimen subsidiado, que estén sujetas a una medida de vigilancia especial, intervención o liquidación.

Lo anterior, con aplicación de lo dispuesto en el artículo 10 de la Ley 1608 de 2013, esto es, en un monto de por los menos el 80% de las UPC.

Para el efecto, se aplicará entonces el procedimiento de LMA y los descuentos a los que se hizo referencia en el numeral anterior.

### 2.3.2. El régimen contributivo

Para el caso del régimen contributivo, el artículo 2.6.4.3.1.3.2. del Decreto 780 de 2016, modificado por el Decreto 2265 de 2017, consagra el siguiente procedimiento para el giro directo de EPS que se encuentren en liquidación:

i) La ADRES debe abrir una cuenta bancaria para cada EPS del régimen contributivo que se encuentre en liquidación<sup>39</sup>.

Por medio de esta cuenta, la ADRES: a) administrará los recursos destinados al giro directo, de manera independiente al resto de recursos que administra, y b) efectuará los giros respectivos a las IPS y a los proveedores de tecnologías de salud, teniendo en cuenta la autorización y la relación que señale la EPS<sup>40</sup>.

ii) Realizado el proceso de compensación y las deducciones a que haya lugar, del valor de las UPC reconocidas, la ADRES debe transferir el 80% del valor resultante a nombre de la EPS<sup>41</sup>.

iii) La ADRES tiene el deber de llevar el registro y control de los giros directos realizados, de tal manera que garantice su identificación y trazabilidad<sup>42</sup>.

iv) Las EPS pueden autorizar el giro directo por un valor superior al 80% del valor reconocido por UPC<sup>43</sup>.

---

<sup>39</sup> Decreto 780 de 2016. artículo 2.6.4.3.1.3.2. [...]

2. La ADRES abrirá una cuenta bancaria para cada EPS del régimen contributivo que se encuentre incurso en cualquiera de las situaciones mencionadas.

<sup>40</sup> Ibídem, numeral 4. A través de esta cuenta la ADRES administrará los recursos dispuestos para el giro directo, de forma independiente a los demás recursos que administra y efectuará los giros respectivos a las instituciones de prestación de servicios y a los proveedores de tecnologías en salud, de acuerdo con la autorización y la relación que presente la EPS, en los términos y condiciones definidas por el Ministerio de Salud y Protección Social.

<sup>41</sup> Ibídem, numeral 3. Realizado el proceso de compensación y previa deducción de los valores correspondientes a descuentos que se deban aplicar en este proceso, de las UPC reconocidas, la ADRES transferirá el 80% del valor resultante, desde la cuenta maestra de recaudo a la cuenta abierta por la ADRES a nombre de la EPS. En el caso de las EPS deficitarias, la ADRES dentro del término de giro de los recursos, resultado del proceso de compensación, transferirá a la mencionada cuenta el valor correspondiente hasta completar el 80% de las UPC reconocidas.

<sup>42</sup> Ibídem, numeral 5. La ADRES debe realizar el registro y control de los montos girados directamente a las instituciones de prestación de servicios y a los proveedores de tecnologías, de tal forma que garantice su identificación y trazabilidad.

<sup>43</sup> Ibídem. Párrafo 1º. La EPS podrá autorizar el giro por un valor superior al 80% del valor reconocido por las UPC.

### **3. Las compensaciones o descuentos a cargo de la ADRES, para el reintegro de los recursos apropiados o reconocidos sin justa causa, en el régimen contributivo y subsidiado**

El régimen de SGSSS prevé la posibilidad de que las entidades responsables del flujo de recursos del sistema, en especial la ADRES, antes Fosyga, puedan realizar una revisión de los dineros apropiados por los agentes del sistema y, en caso de determinar que hubo reconocimientos o apropiaciones sin justa causa, solicitar su reintegro.

De esta manera se atiende a la exigencia de que los recursos del SGSSS se destinen en forma exclusiva a los fines para los cuales se reservaron, en cumplimiento del mandato establecido en el art. 48 de la C.P. y en consonancia con la naturaleza parafiscal que la jurisprudencia le ha reconocido de manera uniforme y reiterada a estos recursos, en especial a los recursos con los cuales se cubren las UPC destinadas a garantizar el Plan Integral de Salud.

El proceso de reintegro de los recursos reconocidos o pagados por la ADRES, antes Fosyga a los demás agentes del SGSSS fue inicialmente regulado por el art. 3 del Decreto Ley 1281 de 2002, en los siguientes términos:

**Artículo 3.** 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<sup>44</sup> y adelantará las acciones que considere pertinentes. (Subraya la Sala).

En consonancia con esta disposición, el art. 23 del Decreto 4023 de 2011, modificado por el artículo 3 del Decreto 674 de 2014 y compilado por el Decreto 780 de 2016 (art. 2.6.1.1.2.13), señaló lo siguiente:

**Artículo 2.6.1.1.2.13 Control de pagos sin justa causa.** El FOSYGA realizará los cruces y validaciones para evitar pagos sin justa causa en el proceso de compensación o de los demás recursos reconocidos a las EPS y a las EOC con cargo al FOSYGA y en todo caso, realizará la verificación de la inexistencia de pagos dobles.

En caso de evidenciarse pagos de UPC u otros conceptos sin justa causa, sin importar el proceso de compensación al que corresponda, el FOSYGA adelantará las gestiones correspondientes ante las EPS y las EOC, requiriéndoles la devolución de los recursos, de acuerdo con lo establecido en el artículo 3 del Decreto ley 1281 de 2002. **En caso de no efectuarse el reintegro de dichos recursos, dentro de los veinte (20) días hábiles siguientes, se dará traslado a la Superintendencia Nacional de Salud, quien ordenará el reintegro inmediato de los recursos.**

En el evento en que la EPS o EOC no efectúe el reintegro ordenado, la Superintendencia Nacional de Salud informará de tal situación al FOSYGA,

---

<sup>44</sup> El aparte subrayado declarado exequible por la Corte Constitucional en la Sentencia C-607 de 2012.

**quién podrá descontar los valores involucrados de futuros reconocimientos de UPS o prestaciones económicas según corresponda.**  
(Resalta la Sala)

Tal como puede observarse, la ley y el reglamento diseñaron el proceso de reintegro de recursos reconocidos o apropiados sin justa causa, así:

- i) Se atribuyó al Fosyga, o cualquier entidad o autoridad pública que en ejercicio de sus competencias o actividades participe como actor en el flujo de los recursos del SGSSS, la labor de verificar los recursos apropiados o reconocidos sin justa causa y de solicitar su devolución a la persona que presuntamente se apropió de los recursos;
- ii) A la Superintendencia Nacional de Salud (en adelante Supersalud), se le atribuyó la facultad de expedir el acto administrativo de reintegro, en caso que la persona natural o jurídica involucrada no accediera voluntariamente a reintegrar los recursos al FOSYGA.
- iii) Finalmente, se atribuyó al Fosyga la facultad de descontar los valores que el acto administrativo de la Supersalud ordenara reintegrar, de los valores involucrados de futuros reconocimientos de UPC o prestaciones económicas reconocidas a la persona natural o jurídica que se apropió de los recursos.**

Esto último también se ratifica en el capítulo 5 del Decreto 2256 de 2017, por medio del cual se modificó el Decreto 780 de 2016 y se establecieron las reglas para el proceso de reintegro de los recursos reconocidos sin justa causa<sup>45</sup>, a cargo de la ADRES, así:

**Artículo 2.6.4.5.1. Reintegro de los recursos reconocidos sin justa causa.**

Cuando la ADRES detecte en el ejercicio de sus competencias o actividades, apropiación sin justa causa de recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud, solicitará de acuerdo con el procedimiento establecido para tal fin, las aclaraciones respectivas o su reintegro, el cual procederá a más tardar dentro de los veinte (20) 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.**

**Parágrafo. Se entenderá como reintegro la recuperación de recursos del SGSSS mediante aplicación automática o el debido proceso.**

**Artículo 2.6.4.5.2. Reintegro los recursos del aseguramiento en salud.** El reintegro de los recursos del aseguramiento cuando se hubiere efectuado un giro de lo no debido, procederá de la siguiente manera:

A) En el Régimen Subsidiado.

1. Cuando el giro de lo no debido se presenta por novedades reportadas por las Entidades Promotoras de Salud -EPS con relación a afiliados del régimen subsidiado en la base de datos de afiliados, **estos valores serán descontados en los siguientes giros, hecho del cual serán notificadas las EPS y la respectiva entidad territorial.** En el evento en que en la ADRES no existan recursos a favor de la EPS para efectuar el descuento, los recursos correspondientes al giro de lo no debido deberán ser reintegrados por parte de

---

<sup>45</sup> De manera adicional, este proceso fue reglamentado por la Resolución 4358 de 2018.

las EPS. [SEP]

[...].

B) En el Régimen Contributivo.

Cuando el giro de lo no debido se presenta por novedades reportadas por las Entidades Promotoras de Salud -EPS con relación a afiliados del régimen contributivo, en la base de datos de afiliados, estos valores serán notificados a las EPS y deberán ser reintegrados a la ADRES en los veinte (20) días hábiles siguientes. [SEP]

Cuando el giro de lo no debido se detecta como consecuencia de auditorías a la base de datos de afiliados o sobre el histórico de las UPC reconocidas se adelantará el procedimiento establecido para tal fin. [SEP][...]

**En el evento en que la EPS no efectúe el reintegro en el término previsto en las normas, la ADRES podrá descontarlo de futuros reconocimientos de UPC o de cualquier otro reconocimiento.**

[...] **Artículo 2.6.4.5.4. Reintegro de recursos por pago de lo no debido de servicios no incluidos en el plan de beneficios o reclamaciones por atención en salud o indemnizaciones a víctimas. En el evento en que la ADRES detecte un pago sin justa causa en servicios no incluidos en el plan de beneficios o reclamaciones por atención en salud a víctimas de eventos catastróficos, terroristas o de accidentes de tránsito que involucren vehículos no asegurados con póliza SOAT o no identificados y de indemnizaciones a víctimas de eventos catastróficos, terroristas, aplicará el procedimiento establecido en el presente título. [...].**

(Resalta la Sala)

Ahora bien, la Ley 1949 de 2019, que tuvo por finalidad el fortalecimiento de la capacidad institucional de la Supersalud en materia sancionatoria, modificó el art. 3 del Decreto Ley 1281 de 2002 y estableció nuevas reglas para el proceso reintegro de los recursos apropiados o reconocidos sin justa causa en el SGSSS. A continuación, se presenta un cuadro comparativo de estas disposiciones:

| Decreto Ley 1281 de 2002  | Ley 1949 de 2019  |
|---|---|
| <p><b>Artículo 3.</b> 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</p> | <p><b>Artículo 7°.</b> Modifíquese el artículo 3° del Decreto Ley 1281 de 2002<sup>47</sup>, el cual quedará así:</p> <p><b>Artículo 3°. Reintegro de recursos apropiados o reconocidos sin justa causa.</b> Cuando la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud (ADRES) o quien haga sus veces o cualquier entidad o autoridad pública que en el ejercicio de sus competencias o actividades como participante o actor en el flujo de recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud detecte que se presentó apropiación sin justa causa de los mismos, solicitará la aclaración del hallazgo a la persona involucrada, para lo cual remitirá la información pertinente, analizará la respuesta dada por la misma y, en caso de establecer que se configuró la apropiación o reconocimiento sin justa causa de recursos, ordenará su reintegro,</p> |



|   |   |
|---|---|
| <p>quien <u>ordenará el reintegro inmediato de los recursos</u><sup>46</sup> y adelantará las acciones que considere pertinentes.</p> <p>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.</p> <p>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.</p> | <p>actualizado al Índice de Precios al Consumidor, IPC, dentro de los plazos establecidos por el Ministerio de Salud y Protección Social.</p> <p><b>Una vez quede en firme el acto administrativo que ordena el reintegro, de conformidad con el procedimiento definido, la ADRES o quien haga sus veces o cualquier entidad o autoridad pública que, en el ejercicio de sus competencias o actividades como participante o actor en el flujo de recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud, <u>compensará su valor contra los reconocimientos que resulten a favor del deudor por los diferentes procesos que ejecuta ante la entidad.</u></b> En todo caso, los valores a reintegrar serán actualizados con el Índice de Precios al Consumidor (IPC).</p> <p>Cuando la apropiación o reconocimiento a que alude este artículo sea evidenciada por el actor que recibe los recursos, este deberá reintegrarlos actualizados con el Índice de Precios al Consumidor (IPC), en el momento en que detecte el hecho.</p> <p>(Resalta la Sala)</p> |
|---|---|

La comparación de estas normas permite identificar dos cambios introducidos por la Ley 1949 de 2019, en el proceso de reintegro de recursos del SGSSS por reconocimiento o apropiaciones sin justa causa, que interesan particularmente en este concepto:

- i) Se atribuye directamente a la ADRES, o a la autoridad pública que en el ejercicio de sus competencias o actividades como participante o actor en el flujo de recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud detecte que se presentó apropiación sin justa causa, la competencia para expedir el acto administrativo mediante el cual se ordena el reintegro.
- ii) Se denomina expresamente como *compensación*, el descuento de los valores que ordene reintegrar el acto administrativo de la ADRES, de los valores involucrados de futuros reconocimientos de la ADRES a las EPS o IPS, por concepto de UPC o demás prestaciones económicas reconocidas a estas entidades para la prestación de servicios de salud.

Lo anterior, en concordancia con lo previsto, a su vez, en el proceso de compensación a través del cual se reconocen las UPC régimen contributivo y en el proceso de LMA previsto para el giro directo de las UPC en el régimen subsidiado.

---

<sup>46</sup> Aparte subrayado declarado exequible por la Corte Constitucional en la Sentencia C-607 de 2012.

Ahora bien, frente a los cambios normativos introducidos por la Ley 1949 de 2019 a los procesos de reintegro en el SGSSS, el ministerio expidió la Resolución 1716 de 2019, mediante la cual se modificó el procedimiento administrativo para el reintegro de los recursos del sistema apropiados o reconocidos sin justa causa. De las normas de esta resolución se destacan las siguientes:

- **Resolución 1716 de 2019**

**Art. 6. Elaboración de Informe.** En un término máximo de cuarenta (40) días hábiles contados a partir de la recepción de la respuesta a la solicitud de aclaración o del vencimiento del término para la respuesta, la entidad que esté adelantando el procedimiento de reintegro determinará, conforme con los criterios técnicos y jurídicos, si se presentó apropiación o reconocimiento sin justa causa de los recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud y elaborará un informe en el que se expondrán las razones que sustentan el resultado del análisis, que deberá contender, como mínimo, lo siguiente:

1. Recopilar la información que soporte la presunta apropiación o reconocimiento sin justa causa de los recursos, para lo cual tendrá en cuenta los análisis técnicos, reglas sobre firmeza de los reconocimientos y giros de recursos del aseguramiento y demás normatividad aplicable.
2. Remitir solicitud de aclaración en medio físico, óptico o electrónico, a la persona natural o jurídica que presuntamente se apropió o a quien se le haya reconocidos sin justa causa recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud, para que aclara la situación detectada la cual deberá contener: [...].

**Parágrafo: Tratándose de recursos del aseguramiento en salud, la ADRES observará los términos de firmeza previstos en el artículo 73 de la Ley 1753 de 2015 o la norma que la modifique o sustituya, así como las normas que lo reglamentan. (Resalta la Sala).**

[...]

**Art. 7. Orden de reintegro:** Establecida la apropiación o el reconocimiento sin justa causa, se expedirá acto administrativo definitivo que ordene el reintegro del valor adeudado junto con su actualización, de acuerdo con la variación del IPC. Contra el acto administrativo definitivo que orden el reintegro procederán los recursos de Ley.

**Art. 8: Reintegro de los recursos apropiados o reconocidos sin justa causa:** En cualquier etapa previa a la firmeza del acto administrativo definitivo que ordene el reintegro de los recursos apropiados o reconocidos sin justa causa, el deudor podrá acogerse a alguna de las siguientes opciones, cuando aplique:

[...] 2. Solicitar que se realice el descuento de las sumas a reintegrar, de los recursos que le llegare a reconocer la ADRES por concepto de:

**2.1. El proceso de compensación y los demás recursos del régimen contributivo.**

**2.2. El pago de solicitudes de recobro por tecnologías en salud no financiadas con recursos de la UPC.**

**2.3. La liquidación mensual de afiliados.**

**2.4. El pago de reclamaciones por atenciones en salud e indemnizaciones originados en accidentes de tránsito, que involucren vehículos no identificados o no asegurados con póliza SOAT, eventos catastróficos o terroristas.**

**2.5. Los demás recursos del aseguramiento en salud, prestaciones económicas procesos administrativos, judiciales y extrajudiciales, devolución de ingresos por mayor recaudo, entre otros. [...].**

**3. Solicitar que se realice el descuento de las sumas a reintegrar de los valores que le llegare a reconocer este ministerio por transferencias del mismo concepto.**

**4. Solicitar y suscribir un acuerdo de pago en los términos señalados en el artículo 9 de la presente resolución. [...].**

**Parágrafo 2. Las EPS y demás EOC o las IPS que se encuentren incursas en una medida administrativa de intervención forzosa para liquidar, o hayan solicitado su retiro voluntario de la operación de aseguramiento, no podrán hacer uso de la opción prevista en el numeral 4 del presente artículo.**

(Resalta y subraya la Sala)

De estas normas, concluye la Sala lo siguiente:

1. A través del proceso de reintegro de recursos reconocidos y pagados sin justa causa se busca la restitución a la ADRES, de los recursos del SGSSS que han sido apropiados sin fundamento por otros actores del sistema. De esta manera se reitera la necesidad de preservar los recursos del SGSSS, los cuales son de naturaleza parafiscal.

2. Este proceso inicia con una etapa de requerimiento, en la que la ADRES detecta si existió un reconocimiento o apropiación sin justa causa y solicita las correspondientes aclaraciones a la persona implicada.

3. Si del resultado del análisis y las respuestas de la persona natural o jurídica requerida se establece la apropiación o reconocimiento sin justa causa, sin que el sujeto se allane a su restitución, la ADRES expedirá el acto administrativo definitivo que ordene el reintegro de los recursos actualizados al Índice de Precios al Consumidor (IPC).

4. Desde el momento de la expedición del acto administrativo que ordena el reintegro hasta el momento de su firmeza, es posible que la EPS o IPS a la que se ordenó el reintegro, se allane voluntariamente a que la ADRES le descuenta los valores que debe reintegrar al sistema. La ADRES realizaría estos descuentos de los recursos que, a su vez, deba reconocerle a estas entidades por los conceptos señalados en los arts. 7 y 8 de la Resolución 1716 de 2019<sup>48</sup>.

---

<sup>48</sup> - Los recursos que resulten del proceso de compensación del régimen contributivo y demás recursos del régimen contributivo que se reconozcan a favor de las EPS.

- El recobro por tecnologías en salud no financiadas con recursos de la UPC.

- Los recursos que resulten de la LMA para el giro directo de las UPC.

5. Asimismo, si con posterioridad a la firmeza del acto administrativo que declara el reintegro, no se ha surtido la restitución del dinero, la ADRES debe hacer exigible la obligación, aplicando **un proceso de compensación con los demás recursos que esta entidad deba reconocer al sujeto implicado**, sin perjuicio de hacer efectivas las garantías otorgadas, e iniciar las acciones judiciales o administrativas a las que haya lugar (art. 3 del Decreto Ley 1281 de 2002, modificado por el art. 7 de la Ley 1949 de 2019)<sup>49</sup>.

Estas compensaciones se constituyen en una compensación legal especial entre los dineros del SGSSS que administra la ADRES, que fueron apropiados sin justa causa por las EPS u otros agentes del sistema y que deben ser reintegrados a la ADRES y, de otra parte, los dineros que esta entidad debe reconocer a las EPS o demás agentes involucrados en el reintegro, por los conceptos arriba mencionados.

Se debe resaltar que la ADRES está facultada para establecer por acto administrativo el valor a reintegrar y ordenar su efectiva restitución a la entidad, con el cumplimiento de los requisitos establecidos en la Resolución 1716 de 2019.

La Sala procederá a analizar más adelante si esta facultad de la ADRES para ordenar el reintegro, definir su valor y realizar todas las compensaciones legales especiales a las que se ha aludido con antelación se mantienen cuando la EPS se encuentra sometida a un proceso de intervención forzosa para liquidación. Y, en caso afirmativo, cuales serían los plazos para hacerlo efectivo.

Por ahora, en relación con todos los procesos de compensación y descuentos analizados en este capítulo, la Sala concluye que las normas del SGSSS que regulan estas figuras se refieren a actuaciones administrativas a cargo de la ADRES.

Lo anterior, con el fin de revisar las cuentas, fijar el valor de las unidades de pago por capitación (UPC) a favor de cada EPS, establecer el monto de las cotizaciones recibidas por ellas, calcular la diferencia entre ambos rubros, determinar las obligaciones a cargo y a favor de las dos partes (ADRES y EPS) por este concepto, determinar las obligaciones dinerarias entre las partes originadas en otros conceptos (devolución de recursos pagados o apropiados en forma indebida, incapacidades laborales, operaciones de compra de cartera y otros asuntos), y señalar los valores a descontar o retener por la ADRES de los pagos que deba hacer a las EPS.

---

- El pago de reclamaciones por atenciones en salud e indemnizaciones originados en accidentes de tránsito, que involucren vehículos no identificados o no asegurados con póliza SOAT, eventos catastróficos o terroristas.

- Los demás recursos del aseguramiento en salud, prestaciones económicas procesos administrativos, judiciales y extrajudiciales, devolución de ingresos por mayor recaudo, entre otros.

<sup>49</sup> Los recursos de la EPS sobre los cuales puede compensar la ADRES son los siguientes:

- Los resulten del proceso de compensación del régimen contributivo y demás recursos del régimen contributivo que se reconozcan a favor de las EPS; los que resulten de la LMA para el giro directo de las UPC; los de recobro por tecnologías en salud no financiadas con recursos de la UPC; el pago de reclamaciones por atenciones en salud e indemnizaciones originados en accidentes de tránsito, que involucren vehículos no identificados o no asegurados con póliza SOAT, eventos catastróficos o terroristas, y los demás recursos del aseguramiento en salud, prestaciones económicas procesos administrativos, judiciales y extrajudiciales, devolución de ingresos por mayor recaudo, entre otros.

En todos estos casos, los procesos de compensación y descuento que se encuentran a cargo de la ADRES se caracterizan por realizar un cruce de cuentas entre recursos que pertenecen al SGSSS administrado por la ADRES y tienen una destinación específica.

#### **IV) El régimen jurídico de las medidas preventivas y de toma de posesión para administrar o liquidar a las EPS y las IPS**

Por mandato constitucional, en Colombia la seguridad social en salud es un servicio público, que puede ser prestado directamente o indirectamente por el Estado o por particulares. En todo caso, su regulación, control y vigilancia le corresponde al Estado, en cabeza del presidente de la República (arts. 49, 335, 182-22 y 150-7 C.P.).

Sin embargo, estas funciones de inspección, vigilancia y control deben llevarse a cabo por las superintendencias encargadas, esto es, por organismos técnicos y especializados capaces de efectuar con la eficacia y la exhaustividad requerida esta labor, bajo la orientación del presidente de la República que es el titular de las respectivas competencias y, en todo caso, con sujeción a la ley.

En materia de seguridad social en el sector salud, la función de inspección y vigilancia asignada al presidente de la República se ejerce a través de la Supersalud<sup>50</sup>.

Para el cumplimiento de sus funciones, el art. 230 de la Ley 100 de 1993 investió a la Supersalud con una serie de facultades, algunas de naturaleza sancionatoria y otras dirigidas a sanear y garantizar la adecuada prestación del servicio de salud:

- i) La facultad de la Supersalud para imponer multas en caso de incumplimiento del Régimen de seguridad social en salud –medida de naturaleza sancionatoria<sup>51</sup>.
- ii) La facultad de la Supersalud para revocar o suspender la autorización otorgada a las empresas promotoras de salud, en determinados eventos previstos en la misma normatividad – medida de naturaleza sancionatoria- y,
- iii) La facultad de adoptar las siguientes medidas de saneamiento, dirigidas a garantizar la adecuada prestación del servicio de salud, protegiendo la confianza pública el SGSSS: procedimientos de fusión, adquisición, liquidación, cesión de activos, pasivos y contratos, y toma de posesión para administrar o para liquidar.

---

<sup>50</sup> Los objetivos que se buscan a través de las actividades de inspección, vigilancia y control por parte de la citada Superintendencia son, entre otros: fijar las políticas de inspección vigilancia y control del SGSSS, exigir la observancia de los principios y fundamentos del servicio público esencial de Seguridad Social en salud y promover el mejoramiento integral del mismo; proteger los derechos de los usuarios, en especial, su derecho al aseguramiento y al acceso al servicio de atención en salud, en condiciones de disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y estándares de calidad en las fases de promoción, prevención, tratamiento y rehabilitación en salud, y velar por la eficiencia en la generación recaudo, flujo, administración, custodia y aplicación de los recursos con destino a la prestación de servicios de salud (art. 39 de la Ley 1122 de 2007).

<sup>51</sup> En relación con estas medidas, justamente, el art. 128 de la Ley 1438 de 2011, establece lo siguiente. “La Superintendencia Nacional de Salud aplicará las multas o la revocatoria de la licencia de funcionamiento realizando un proceso administrativo sancionatorio consistente en (...).

En cuanto a la tercera facultad, dentro de las cuales se encuentra la posibilidad de adoptar la toma de posesión para administrar o liquidar, el art. 230 señaló que el Gobierno Nacional reglamentaría la materia.

En concordancia con lo anterior, la Ley 715 de 2001 previó lo siguiente:

**Artículo 42. Competencias en salud por parte de la Nación.** Corresponde a la Nación la dirección del sector salud y del Sistema General de Seguridad Social en Salud en el territorio nacional, de acuerdo con la diversidad regional y el ejercicio de las siguientes competencias, sin perjuicio de las asignadas en otras disposiciones: [...]

**42.8. Establecer los procedimientos y reglas para la intervención técnica y/o administrativa de las instituciones que manejan recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud, sea para su liquidación o administración a través de la Superintendencia Nacional de Salud en los términos que señala el reglamento.** El Gobierno Nacional en un término máximo de un año deberá expedir la reglamentación respectiva.”

**Artículo 68. Inspección y vigilancia.** La Superintendencia Nacional de Salud tendrá como competencia realizar la inspección, vigilancia y control del cumplimiento de las normas constitucionales y legales del sector salud y de los recursos del mismo. [...].

La Superintendencia Nacional de Salud ejercerá la intervención forzosa administrativa para administrar o liquidar las entidades vigiladas que cumplan funciones de explotación u operación de monopolios rentísticos, cedidos al sector salud, Empresas Promotoras de Salud e Instituciones Prestadoras de Salud de cualquier naturaleza, así como para intervenir técnica y administrativamente las direcciones territoriales de salud, en los términos de la ley y los reglamentos.

La intervención de la Superintendencia de Salud a las Instituciones Prestadoras de Salud tendrá una primera fase que consistirá en el salvamento.

(Resalta y subraya la Sala)

Como se observa, la Ley 715 de 2001, atribuyó expresamente a la Supersalud la facultad de realizar la intervención para administrar o liquidar a las EPS e Instituciones Prestadoras de Salud de cualquier naturaleza, sujetó la toma de posesión a la adopción, previa y obligatoria<sup>52</sup>, de medidas de salvamento, aunque no identificó expresamente a que medidas hacía referencia y reiteró la exigencia de que el Gobierno reglamentara la toma de posesión.

Asimismo, el art. 129 de la Ley 1438 de 2011, “[p]or medio de la cual se reforma el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones”, señaló que el Gobierno Nacional reglamentaría las normas de procedimiento a aplicar por parte de la Superintendencia Nacional de Salud en los procesos de intervención forzosa administrativa para administrar o liquidar las entidades vigiladas.

---

<sup>52</sup> Como se indica más adelante, de acuerdo con lo dispuesto en la Ley 1753 de 2015, la medida de vigilancia especial, así como las demás medidas preventivas de la toma de posesión, ya no deben ser aplicadas obligatoriamente por la Supersalud antes de adoptar una medida de intervención para administrar o liquidar, pues es la Supersalud la que determina su necesidad y razonabilidad antes de definir la medida de intervención para administrar o liquidar.

De manera adicional, la Ley 1438 de 2011 dispuso:

**Artículo 125. Cesación provisional.** El Superintendente Nacional de Salud podrá ordenar de manera inmediata, a la entidad competente, la medida cautelar de cesación provisional de las acciones que pongan en riesgo la vida o la integridad física de los pacientes o el destino de los recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud.

Las medidas señaladas anteriormente se adoptarán mediante acto administrativo motivado y dará lugar al inicio del proceso administrativo ante el Superintendente Nacional de Salud.

### **1. Medidas preventivas a la toma de posesión para administrar o liquidar a una EPS: vigilancia especial**

En el contexto normativo apenas descrito, la Ley 1753 de 2015, mediante la cual se expidió el Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018, preceptuó:

**Artículo 68. Medidas especiales.** Sin perjuicio de lo previsto en las demás normas que regulen la toma de posesión y ante la ocurrencia de cualquiera de las causales previstas en el artículo 114 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, el Superintendente Nacional de Salud podrá ordenar o autorizar a las entidades vigiladas, la adopción individual o conjunta de las medidas de que trata el artículo 113 del mismo Estatuto, con el fin de salvaguardar la prestación del servicio público de salud y la adecuada gestión financiera de los recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud.

Las medidas especiales que se ordenen se regirán por lo dispuesto en el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, incluido el artículo 291 y siguientes de ese estatuto, en lo que resulte pertinente a las medidas especiales; el Decreto número 2555 de 2010; las disposiciones aplicables del Sector Salud y las normas que los sustituyan, modifiquen o complementen. El Gobierno Nacional reglamentará la forma de armonizar las medidas especiales o preventivas de la toma de posesión para su adecuada implementación en el Sector Salud.

Con cargo a los recursos del Fosyga– Subcuenta de Garantías para la Salud, el Gobierno Nacional podrá llevar a cabo cualquiera de las operaciones autorizadas en el artículo 320 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero.

[...] El Gobierno Nacional reglamentará lo dispuesto en el presente artículo”.

(Subraya la Sala)

La Ley 1753 de 2015 estableció así la posibilidad de aplicar, para las entidades del SGSSS, las medidas preventivas de la toma de posesión señaladas en el art. 113 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero (en adelante EOSF), a saber: **la vigilancia especial**; la recapitalización; la administración fiduciaria; la fusión y la cesión total parcial de activos y contratos; la enajenación de establecimientos de comercio a otra institución; los programas de recuperación; la facultad de ordenar a las cooperativas financieras la suspensión de compensación de saldos de los créditos otorgados a asociados contra los aportes sociales; la posibilidad jurídica de que las entidades financieras de naturaleza cooperativa se conviertan en sociedad anónima; la posibilidad de conversión para las personas jurídicas sin ánimo de lucro de carácter civil; la exclusión de activos y pasivos, y los programas de desmonte progresivo.

Sobre la naturaleza de estas medidas, ha señalado la doctrina lo siguiente:

“[M]edidas cautelares que dicho funcionario puede ordenar, promover o

autorizar, según el caso, **con el fin de prevenir que una institución sometida a su control y vigilancia incurra en causal de toma de posesión, o para subsanarla.** Las mismas hacen parte de los institutos de salvamento y protección de la confianza pública autorizados a la Superintendencia Bancaria para asegurar el interés general y proteger las acreencias de los ahorradores, depositantes e inversionistas del sector financiero”<sup>53</sup>. (Resalta la Sala)

En consonancia con lo anterior, y teniendo en cuenta los problemas jurídicos planteados por la consulta, es importante señalar que el art. 113 del EOSF define la medida de vigilancia especial, así:

#### **Artículo 113. Medidas preventivas de la toma de posesión**

(...) 1. Vigilancia especial. **La vigilancia especial es una medida cautelar** para evitar que las entidades sometidas al control y vigilancia de la Superintendencia Bancaria incurran en causal de toma de posesión de sus bienes, haberes y negocios, o para subsanarla. En el evento en que se establezca dicha medida, corresponderá a la Superintendencia Bancaria determinar los requisitos que tales entidades deben observar para su funcionamiento, con el fin de enervar, en el término más breve posible, la situación que le ha dado origen. (Resalta la Sala).

Es claro entonces que la vigilancia especial es una especie de medida cautelar, que busca evitar que la entidad pueda incurrir en una causal de toma de posesión, y en virtud de la cual la autoridad de inspección, vigilancia y control puede determinar las reglas que se deben observar para el funcionamiento de la entidad, con miras a contrarrestar las circunstancias que dieron lugar a la medida cautela.

De manera adicional, se debe precisar que al tenor de lo dispuesto en la Ley 1753 de 2015, la medida de vigilancia especial, así como las demás medidas preventivas de la toma de posesión, consagradas en el art. 113 del EOSF, ya no deben ser adoptadas obligatoriamente por la Supersalud antes de adoptar una medida de intervención para administrar o liquidar, sino que pueden<sup>54</sup>, ser adoptadas por la Supersalud cuando se presente cualquiera de las causales previstas en el art. 114 para que proceda la toma de posesión para administrar o liquidar, siguiendo los procedimientos previstos para el efecto en el mismo estatuto.

En otras palabras, la Supersalud tiene la facultad de determinar, en cada caso concreto, si ante la ocurrencia de determinados hechos que podrían dar lugar a la adopción de la medida de toma de posesión para administrar o liquidar, es necesario adoptar alguna de las medidas de salvamento reguladas por el art. 113 ibídem, las cuales permiten, justamente, precaver o contrarrestar los hechos que dan lugar a la medida de toma de posesión o, si por el contrario, es necesario realizar de manera inmediata la intervención para administrar o liquidar.

---

<sup>53</sup> Gualy, Jesús Heraclio. *Las medidas preventivas de la toma de posesión como instituto de saneamiento y protección de la confianza pública*. En la publicación por 80 años Superintendencia Bancaria de Colombia. Bogotá, Julio de 2003.

<sup>54</sup> Así lo precisó esta Sala en Concepto del 12 diciembre 2017. Rad. No del 2358, en el que se analizó el tema en los siguientes términos: El art. 68 de la Ley 1753 de 2015 modificó tácitamente la “obligación” que tenía la Supersalud de adoptar medidas de salvamento previa a la adopción de la medida de toma de posesión (...). En efecto, cuando en el art. 68 de la Ley 1753 de 2015 el legislador incorporó el verbo “podrá” en lugar de “tendrá”, dejó a discrecionalidad y no como obligación de la Supersalud la adopción de instrumentos de salvamento, previa a la adopción de la medida de toma de posesión.



## 2. Medida de toma de posesión para liquidar

En desarrollo del mandato impuesto por el art. 230 de la Ley 100 de 1993 y el art. 68 de la Ley 715 de 2001, ya citados, el Gobierno Nacional reguló la figura de la toma de posesión para administrar o liquidar una EPS de cualquier naturaleza, a través del Decreto 1015 2002, así:

**Artículo 1.** De conformidad con lo dispuesto en el artículo 68 de la Ley 715 de 2001, la Superintendencia Nacional de Salud aplicará en los procesos de intervención forzosa administrativa, para administrar o para liquidar las entidades vigiladas que cumplan funciones de explotación u operación de monopolios rentísticos cedidos al sector salud, **Empresas Promotoras de Salud e Instituciones Prestadoras de Salud de cualquier naturaleza**, así como en los de intervención técnica y administrativa de las Direcciones Territoriales de Salud, **las normas de procedimiento previstas en el artículo 116 del Decreto-ley 663 de 1993, la Ley 510 de 1999, el Decreto 2418 de 1999 y demás disposiciones que lo modifican y desarrollan.**  
(Resalta la Sala)

En el mismo sentido, el art. 1 del Decreto 3023 de 2002, preceptuó:

**Artículo 1º.** La Superintendencia Nacional de Salud, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 68 de la Ley 715 de 2001, podrá en todo tiempo ejercer la intervención forzosa administrativa para la liquidación total de un ramo o programa del régimen subsidiado o contributivo en las Entidades Promotoras de Salud y Administradoras del Régimen Subsidiado, cualquiera sea su naturaleza, de conformidad con la evaluación previa, el grado y la causa de la falta, anomalía e ineficiencia en la prestación de los servicios de salud.

**Para tales efectos, la Superintendencia Nacional de Salud aplicará las normas de procedimiento previstas en el Decreto-ley 663 de 1993, la Ley 510 de 1999 y el Decreto 2418 de 1999 y demás disposiciones que lo modifican y desarrollan.**

(Resalta la Sala)

Posteriormente, estas disposiciones fueron compiladas en el Decreto 780 de 2016, actualmente vigente.

Así las cosas, se concluye que los procesos de liquidación de las EPS e IPS de cualquier naturaleza, están sujetas al procedimiento previsto en el EOSF, para los procesos de liquidación de las entidades financieras. Lo anterior, de conformidad con lo reglamentado por el Gobierno Nacional en los citados decretos.

Para la Sala es importante aclarar que las normas especiales del SGSSS, que regulen aspectos de estos procesos de liquidación, deben ser aplicadas en forma preferente. En esta medida, las normas del EOSF operarán cuando no exista norma especial y en forma armónica y complementaria con el régimen del SGSSS.

En este sentido, se debe señalar que la toma de posesión para liquidar a una EPS está sujeta, entre otras, a las siguientes disposiciones especiales que interesan en particular a esta consulta:

- **Ley 1608 de 2011**

Como lo analizó la Sala en este concepto, el art. 10 de la Ley 1608 previó la figura del giro directo, de al menos el 80% de las UPC, del Fosyga a las IPS, cuando se

trata de una EPS que se encuentra bajo medida de vigilancia especial, intervención o liquidación.

Por su parte, el Decreto 780 de 2016, Único Reglamentario del Sector Salud y Protección Social, y modificado por el Decreto 2265 de 2017, reglamentó el giro directo para las EPS que se encuentren bajo las citadas medidas.

Ahora bien, observa la Sala que la figura del giro directo de las UPC, en relación con las EPS que se encuentran en etapa de liquidación, encuentra justificación en la necesidad de garantizar la continuidad del aseguramiento en salud de los afiliados de las EPS en liquidación.

Lo anterior, mientras se materializa la asignación y traslado de los afiliados de estas EPS, a otras que ostenten condiciones y capacidad para recibirlos. Esta figura que se encuentra actualmente reglamentada por el Decreto 1424 de 2019.

- **Ley 1797 de 2016 y Resolución 574 de 2017**

Por la relevancia que estas disposiciones tienen para absolver los interrogantes formulados por el Ministerio de Salud y Protección Social, procede la Sala a realizar un análisis detallado de estas normas, relativas a la prelación de créditos.

### **3. La prelación de créditos regulada por el art. 12 de la Ley 1797 de 2016**

El artículo 12 de la Ley 1797 de 2016 estableció unas reglas especiales para la prelación de créditos en los procesos de liquidación forzosa de las EPS y las IPS, así:

**Artículo 12. Praelación de créditos en los procesos de liquidación de las instituciones prestadoras de servicios de salud, (IPS), y de las entidades promotoras de salud (EPS).** En los procesos de liquidación de las Entidades Promotoras de Salud, incluso los que están en curso<sup>55</sup>, e Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud se aplicará la siguiente prelación de créditos, **previo el cubrimiento de los recursos adeudados al Fosyga o la entidad que haga sus veces si fuere el caso y los recursos relacionados con los mecanismos de redistribución de riesgo:**

- a) Deudas laborales;
- b) Deudas reconocidas a Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud. En estas deudas se incluirán los servicios prestados o tecnologías prestadas por urgencias, así no medie contrato. En estos casos la liquidación debe desarrollar la auditoría y revisión de cuentas para su reconocimiento en lo pertinente.
- c) Deudas de impuestos nacionales y municipales;
- d) Deudas con garantía prendaria o hipotecaria, y
- e) Deuda quirografaria.

(Resalta y subraya la Sala)

Sea lo primero señalar que el objeto de la Ley 1797 de 2016 fue adoptar medidas de carácter financiero y operativo para avanzar en el proceso de saneamiento de

---

<sup>55</sup>El aparte subrayado fue declarado EXEQUIBLE por la Sentencia C-089 de 2018, “bajo el entendido de que aplica a todos los procesos liquidatorios en curso, siempre y cuando en ellos el liquidador no haya reconocido el crédito bajo un determinado orden de prelación.

las deudas del sector y en el mejoramiento del flujo de recursos y la calidad de la prestación de servicios dentro del SGSSS (art. 1º).

En consonancia con lo anterior, el art. 12 de la Ley 1797 de 2016 tuvo como finalidad regular de manera especial la prelación de créditos en los procesos de liquidación de las EPS, teniendo en cuenta la importancia de los recursos destinados a cubrir la prestación de los servicios de salud.

Al respecto, la Corte Constitucional, en la Sentencia C-089 de 2018, destacó lo siguiente:

**[E]s legítimo que el legislador establezca regulaciones en el sector salud que incluso limiten la manera en la cual se dispone el flujo de recursos en procesos de liquidación de entidades del Sistema de Seguridad Social en Salud intervenidas. Una de esas medidas es precisamente la determinación de un orden específico de prelación de créditos, aspecto sobre el cual recae el cuestionamiento del accionante, pues es esta la finalidad del artículo 12 de la Ley 1797 de 2016.** Parece entonces razonable que el legislador haya decidido regular la prelación de créditos de forma distinta a la que de manera general estableció en el Código Civil, como ya ocurrió en el Código de Comercio respecto de asuntos precisos, así mismo, al expedir el régimen de insolvencia empresarial. En este caso, se trata de reglas especiales para ser aplicadas a los acreedores de las EPS e IPS en liquidación.

(Resalta la Sala)

En este sentido, el artículo 12 ibídem le dio prioridad al cubrimiento de los recursos adeudados al SGSSS y administrados por la ADRES, y a las IPS, quienes prestan directamente los servicios de salud a los usuarios del sistema.

Para el efecto, se estableció una prelación de créditos para aplicar a la masa liquidatoria de la EPS o IPS respectivo y, adicionalmente, se estableció que antes de aplicar la referida prelación, el liquidador debía cubrir los recursos adeudados al Fosyga o la entidad que haga sus veces si fuere el caso y los recursos relacionados con los mecanismos de redistribución de riesgo.

Sobre las razones que dieron lugar a esta última previsión, en los antecedentes del proyecto que dio lugar a la expedición de la Ley 1797 de 2016, solo se verifica la siguiente referencia:

Se incluye el que dentro de la prelación de créditos se atienda prioritariamente el pago de los recursos adeudados al Fosyga para garantizar los servicios de salud, de conformidad con lo establecido por la Corte Constitucional en la **Sentencia T-696 de 2000**, entre otras<sup>56</sup>. (Resalta la Sala)

De ahí la importancia de analizar las consideraciones expuestas en la citada sentencia, a efectos de dilucidar la finalidad y alcance de la regla analizada.

El problema jurídico que examinó la Corte Constitucional en la Sentencia T-696 de 2000 fue si los dineros depositados dentro de las entidades financieras en proceso

---

<sup>56</sup> Gaceta del Congreso no. 288 del 13 de mayo de 2015, en el que se consignan las consideraciones generales y pliego de modificaciones presentadas en el informe de ponencia para primer debate, de los proyectos acumulados número 77 de 2014 Senado y 024 de 2014 Senado.

de liquidación son recursos públicos destinados específicamente a seguridad social en forma de contribuciones parafiscales y, por tanto, no deben ser parte de la masa liquidatoria de la entidad financiera, sino que deben ser restituidos a las EPS que los reclaman en nombre del Sistema.

De dicha sentencia se destacan las siguientes consideraciones<sup>57</sup>:

[C]uestión muy diferente y particular es la que atañe con los recursos públicos que tienen una destinación constitucional específica, como los de la seguridad social, y que son depositados en las entidades financieras a través de consignaciones efectuadas en cuentas corrientes bancarias o de ahorro, o están representados en títulos de inversión.

Los referidos recursos provienen de contribuciones parafiscales, que son definidas en el artículo 2 de la ley 225 de 1995 como aquellos gravámenes establecidos con carácter obligatorio por la ley, que afectan un determinado y único grupo social o económico y son utilizadas para beneficio del propio sector.

**(...) A juicio de la Sala, los dineros recaudados con destinación al sector de la salud, que son recursos parafiscales, no se encuentran en la misma situación jurídica de los dineros de los ahorradores e inversionistas particulares, pues no pueden ser utilizados con fines distintos para los cuales están destinados, ni ser objeto del giro ordinario de los negocios de las entidades financieras, ni formar parte de los bienes de dichos establecimientos, ni desviarse hacia objetivos diferentes, ni siquiera con motivo de su liquidación o intervención.**

La Corte [...] se pronunció al respecto:

*"...respecto de la salud ha plasmado el Constituyente los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, por encima de los cuales pasa ahora la entidad financiera demandada, impidiendo que el Hospital cumpla su función propia, y anteponiendo el interés de los acreedores al prevalente que ha sido señalado en la Constitución.*

**La norma que resulta vulnerada de modo más protuberante en este caso es la del inciso 5 del artículo 48 de la Constitución Política, a cuyo tenor "no se podrán destinar ni utilizar los recursos de las instituciones de la seguridad social para fines diferentes a ella".**

*Se trata de una norma fundamental de indudable carácter imperativo y absoluto respecto del cual no se contemplan excepciones, ni se permite supeditar su cumplimiento -de aplicación inmediata- a previsiones o restricciones de jerarquía legal.*

**Por tanto, la calidad superior y prevalente del mandato constitucional desplaza toda norma inferior que pueda desvirtuar sus alcances, y, si alguien llegase a invocar con tal objeto las disposiciones de la ley en materia de liquidación forzosa de las instituciones financieras, deben ser ellas inaplicadas, para, en su lugar, hacer que valga el enunciado precepto de la Constitución, según lo dispone el**

---

<sup>57</sup> Corte Constitucional. Sentencia T-696 de 2000.

**4 Ibídem, en virtud de la inocultable incompatibilidad existente. (...)** (Cfr. Corte Constitucional Sentencia T-481 del 2000. M.P.: José Gregorio Hernández Galindo).

(Resalta y subraya la Sala)

Es así como el artículo 182 de la ley 100 de 1993 dispone que las cotizaciones de los afiliados que recauden las Entidades Promotoras<sup>[1]</sup> de Salud pertenecen al Sistema General de Seguridad Social y que dichos recursos se manejarán mediante cuentas independientes del resto de rentas y bienes de la entidad; con lo cual se está señalando que tales dineros no pertenecen a las instituciones a cuyo nombre aparecen depositadas, pues éstas simplemente las administran con el fin de garantizar y organizar la prestación de los servicios de salud a sus afiliados y beneficiarios.

(...) Algunas de las acciones de tutela impetradas, en cuanto persiguen la restitución de dineros depositados o invertidos en entidades financieras, que corresponden a recaudos por concepto de cotizaciones, tarifas, copagos, cuotas moderadoras, o a recursos del presupuesto nacional o de las entidades territoriales, **destinados a la seguridad social, que son administrados por las empresas promotoras de salud -E.P.S. o por los departamentos y municipios, están llamadas a prosperar, por tratarse de recursos que tienen una destinación constitucional específica (art. 48)**, como es la atención de la seguridad social, y aun cuando las prestaciones que los beneficiarios derivan de éstas algunas veces no tienen conexión con el goce de los derechos fundamentales, en otras ocasiones si los involucran.

(Resalta y subraya la Sala)

De estas consideraciones, se concluye que la obligación impuesta al agente liquidador de las EPS, en el art. 12 de la Ley 1797 de 2016, de cubrir los recursos adeudados al Fosyga, hoy ADRES, antes de aplicar la prelación de créditos sobre la masa liquidatoria, tiene su razón de ser en la naturaleza especial atribuida a los recursos del SGSSS y la exigencia de restituir estos recursos al sistema, antes de aplicar la prelación de créditos, de tal manera que no puedan ser destinados ni utilizados para fines diferentes a los cuales fueron destinados.

En esta medida, la norma, en forma justificada, se aparta de los principios de universalidad jurídica e igualdad de los acreedores que gobiernan los procesos de liquidación, pues abre paso a un pago privilegiado de los recursos adeudados por la ADRES, dada su naturaleza, los cuales deben ser cubiertos antes de la constitución, liquidación y partición de la masa de liquidación. Lo anterior, de conformidad con el imperativo constitucional de destinar estos recursos, exclusivamente, para el fin al cual han sido reservados, esto es, la prestación de los recursos de salud.

En este sentido, el art. 12 de la Ley 1797 de 2016 y su respectiva reglamentación desplaza, para los procesos de liquidación de las EPS o IPS, las normas del Estatuto Orgánico del Sistema Financiera que podrían desvirtuar este imperativo legal. En especial, y tal como se analiza a continuación, se aparta de las reglas

relativas a la reclamación de las deudas ante el liquidador<sup>58</sup> y a la compensación de deudas.

Sobre el particular, es importante destacar que la Ley 1797 de 2016, es una norma posterior y especial a las disposiciones del EOSF, que son aplicables a los procesos de liquidación de las EPS por expresa disposición de los Decretos 1015 2002 y 3023 de 2002, compilados en el Decreto 780 de 2016.

Ahora bien, conforme a lo analizado en este concepto, los recursos que deben ser transferidos o restituidos por el liquidador de una EPS que se encuentra en estado de liquidación forzosa a la ADRES provienen, fundamentalmente, de:

- i) Los dineros que deban ser restituidos por la EPS a la ADRES por concepto de cotizaciones recaudadas, una vez se realice el proceso de compensación del régimen contributivo, en el que se confrontan los dineros recaudados por cotizaciones y los reconocidos por UPC;
- ii) Los recursos que resulten a favor de la ADRES como consecuencia de los procesos de reintegro de los dineros reconocidos o pagados sin justa causa, una vez realizada la compensación entre estos recursos y las sumas que la ADRES debe reconocer a las EPS por los diferentes procesos que se adelantan con la entidad;
- iii) Los valores correspondientes a las operaciones financieras realizadas en el marco del artículo 41 del Decreto-ley 4107 de 2011, la Ley 1608 de 2013 y demás normas que las reglamenten, modifiquen adicionan o sustituyan y,
- iv) Los descuentos a favor de la cuenta de alto costo, en los casos de incumplimiento. Esto es, los relacionados con los mecanismos de redistribución de riesgo en el SGSSS.

Como se examinó en este concepto, en gran medida la determinación y liquidación de estas sumas son el resultado de los procesos de compensación y de descuentos que se encuentran a cargo de la ADRES y se deben ser comunicados o notificados a las EPS e IPS, según corresponda.

Por lo tanto, si como resultado de estos procesos, al momento o antes de la apertura de la liquidación de la EPS, ya se han determinado, comunicado o notificado por parte de la ADRES, los recursos que deben ser transferidos o restituidos por las EPS a la entidad en virtud de los referidos procesos, no cabe duda que, con fundamento en lo dispuesto en el art. 12 de la Ley 1797 de 2016, el

---

<sup>58</sup> Como lo resalta la Superintendencia de Sociedades en el Concepto No. 220-53824: “Por virtud del principio de universalidad que caracteriza al régimen de procesos concursales, todos los acreedores del deudor concursado, incluso los beneficiarios de certificados de garantía expedidos por una sociedad fiduciaria con ocasión de la celebración de un contrato de fiducia mercantil de garantía, deberán hacerse parte en el trámite liquidatorio de su deudor común, no como una obligación en estricto sentido sino como una carga procesal de cuyo accionar dependerá que sus créditos sean reconocidos, calificados y graduados, so pena de asumir las consecuencias jurídicas de tal omisión, esto es, la imposibilidad de perseguir su cobro por cualquier otra vía jurídico-procesal, pues, una vez admitido o convocado el deudor al trámite concursal, por virtud de su preferencia y del fuero de atracción, no podrán promoverse ejecuciones singulares y particulares en contra del deudor y las ya iniciadas deberán incorporarse al proceso liquidatorio, sin perjuicio, claro está, de que una vez cancelado en su totalidad el pasivo externo a cargo de la concursada, es decir, las liquidaciones reconocidas en la providencia de calificación y graduación de créditos, puedan los titulares de créditos aun insolutos perseguir y obtener su pago con cargo a los activos remanentes, ya sean de la masa de liquidación, o del patrimonio autónomo, en ambos casos, si los hubiere”.

liquidador está en la obligación de transferir los respectivos valores a la ADRES o realizar las correspondientes reservas, sin que medie requerimiento adicional por parte de la entidad.

Esto no obsta para que, de no proceder el liquidador a la restitución de las respectivas deudas, de conformidad con el art. 12 de la Ley 1797 de 2016, la ADRES, como administradora de los recursos del sistema y garante de su adecuado flujo entre sus actores, requiera al liquidador para que cumpla con su obligación.

Ahora bien, de conformidad con los interrogantes planteados por el Ministerio de Salud y Protección Social, el problema que corresponde dilucidar a este punto es si la ADRES mantiene la facultad de aplicar las referidas compensaciones, aun durante el proceso de liquidación de una EPS y sin que el liquidador así lo autorice.

Para la Sala la respuesta a este interrogante es afirmativa en los términos dictados en este dictamen, de conformidad con las siguientes razones:

1. Los procesos de compensación o descuentos regulados por la ley y el reglamento a cargo de la ADRES, para el flujo de los recursos del SGSSS dirigidos al aseguramiento en Salud, son compensaciones legales especiales que surgen de normas de rango legal, posterior y especial a las del EOSF<sup>59</sup>.

De manera adicional, dada la naturaleza parafiscal de los recursos del SGSSS destinados al aseguramiento en salud y, en general, a la prestación de los servicios de salud a los usuarios del SGSSS, lo cierto es que estos no ingresan al patrimonio de las EPS.

Lo anterior con las siguientes consideraciones:

i) Los procesos de liquidación forzada adelantados por la Supersalud frente a una EPS o IPS, están sujetos, como regla general, al procedimiento previsto en el EOSP para la liquidación de las entidades del Sistema Financiero.

ii) Sin embargo, cuando existe una norma especial del régimen del SGSSS, que regula algunos aspectos del proceso de liquidación de las EPS o IPS, estas desplazan o prevalecen sobre las reglas del EOSF. Sobre todo, si se trata de normas posteriores al Decreto 780 de 2016, compilatorio de los decretos mediante los cuales el Gobierno remitió los procesos de liquidación forzada adelantados por las Supersalud, al procedimiento previsto en el EOSF.

iii) El art. 12 de la Ley 1797 de 2016, estableció reglas especiales en relación con la prelación de créditos aplicables a los procesos de liquidación de las EPS e IPS, así como un privilegio especial para el cubrimiento previo de los recursos adeudados al SGSSS administrado por la ADRES, las cuales desplazan las reglas que sobre la constitución y partición de la masa de liquidación se prevén en el procedimiento regulado por el EOSF.

---

<sup>59</sup> La Sala observa que de acuerdo con las normas especiales de salud, ya citadas, los procesos de compensación a cargo de la ADRES se hacen efectivos antes de la constitución de la masa de liquidación y, por lo tanto, son compensaciones que en estricto sentido se dan antes del proceso liquidatorio y no están sujetos a los límites de compensación previstos en el EOSF.

Ahora bien, una vez cumplido el reintegro de los dineros de la ADRES, en los términos señalados en este concepto, es cuando realmente comienzan a operar las reglas propias de este proceso de este proceso, en los términos del EOSF. Por lo tanto, solo en esta segunda etapa, sobre la cual regresará la Sala más adelante, serán aplicables las restricciones a la compensaciones previstas en el referido estatuto, en los términos analizadas por la Corte Constitucional<sup>60</sup>.

Por todo lo expuesto, la Sala concluye que, de conformidad con lo previsto en el art. 12 de la Ley 1797 de 2016, a los recursos adeudados por las EPS o IPS al SGSSS administrados por la ADRES no les son aplicables las prohibiciones y limitaciones previstas en el EOSF para la compensación de deudas. En estos procesos la ADRES mantiene la facultad de realizar las compensaciones legales que le han sido asignadas por el ordenamiento para el flujo y protección de los recursos del SGSSS.

En consecuencia, las referidas compensaciones no deben ser autorizadas por el liquidador, pues a este solo le compete, como reza el art. 12 de la Ley 1797 de 2016, cubrir dichos recursos adeudados al Fosyga antes de constituir la masa de liquidación y aplicar la prelación de créditos prevista en la referida disposición.

Lo anterior, sin perjuicio de la colaboración armónica que deba existir entre la ADRES y el liquidador, a efectos de cumplir de manera rápida y eficaz las labores que le han sido encomendadas por el ordenamiento, en protección de los recursos del SGSSS. En este sentido, es importante destacar que, no obstante la tarea fundamental de un liquidador es determinar qué tiene y qué debe la sociedad,

---

<sup>60</sup> De acuerdo con el art. 239 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, el proceso de liquidación forzosa administrativa es un proceso concursal y universal, cuya finalidad es la pronta realización de los activos y el pago gradual y rápido del pasivo externo a cargo de la respectiva entidad hasta la concurrencia de sus activos, preservando la igualdad entre los acreedores, sin perjuicio de las disposiciones legales que confieren privilegios de exclusión y preferencia a determinada clase de créditos.

En concordancia con lo anterior, el numeral 2 del artículo 301 del mismo estatuto dispone que, con el fin de asegurar la igualdad entre los acreedores en el pago de las deudas a cargo de la entidad en liquidación, en el proceso liquidatorio “no procederá la compensación de obligaciones de la intervenida para con terceros que a su vez sean deudores de ella”.

Sobre el alcance de la compensación de obligaciones en procesos concursales, la Corte Constitucional interpretó el numeral 2o del artículo 301 del decreto 663 de 1993, con lo preceptuado en el artículo 295, numeral 9o, literal i), del mismo decreto, que establece que el liquidador puede celebrar todos los actos y contratos requeridos para el debido desarrollo de la liquidación, incluido el de compensar siempre que no se afecte la igualdad de los acreedores de acuerdo con la ley. La Corte concluyó que “la compensación sí puede operar, pero siempre y cuando se verifique dentro del proceso liquidatorio, y que, valoradas las condiciones y particularidades de las obligaciones en cuestión, el liquidador la halle justificada y razonable, ajustada a los fines del proceso liquidatorio y procedente por no causar detrimento a la igualdad de derechos de los acreedores”<sup>59</sup>.

En definitiva, la Corte Constitucional precisó que se prohíbe la compensación automática e indiscriminada de obligaciones, que pudiera ocurrir por fuera del proceso liquidatorio, pues de acuerdo con el artículo 295 ibídem, el liquidador puede compensar obligaciones dentro del proceso liquidatorio, respecto de casos concretos y de obligaciones específicas, a condición de que, al efectuarla, no afecte la igualdad de los acreedores. Para la Corte:

“[U]na compensación anterior al proceso liquidatorio que operase en forma automática y por vía general, resulta constitucionalmente inaceptable, pues, ciertamente, si se permitiera que, en esa hipótesis a través de la compensación, el acreedor de una entidad liquidada recibiera la satisfacción de su crédito, éste no entraría al prorrato a que están sujetos los otros acreedores, y ello constituiría una verdadera injusticia frente a los demás acreedores, quienes sí están obligados a hacerse parte en el proceso concursal, para poder obtener el pago de sus acreencias”<sup>60</sup> (Resalta la Sala).



saldar su pasivo externo, determinar el activo neto divisible y distribuir el remanente entre los asociados<sup>61</sup>, cuando se trata de la liquidación forzosa de una EPS o IPS, con el propósito de proteger los recursos del SGSSS, el liquidador también está en la obligación de propender por esta finalidad.

A juicio de la Sala, es bajo estos parámetros que debe interpretarse el contenido y alcance del procedimiento reglamentado por la Resolución 574 de 2017 del Ministerio de Salud y Protección Social, por medio de la cual se establecieron las condiciones que las entidades promotoras de salud EPS en proceso de liquidación deben cumplir para adelantar y culminar los asuntos pendientes ante el Fosyga o quien haga sus veces.

Lo anterior, tal como se pasa a analizar a continuación.

#### **4. El procedimiento para el pago de los recursos adeudados a la ADRES por una EPS en liquidación: Resolución 574 de 2017 del Ministerio de Salud y Protección Social**

Por medio de la Resolución 574 de 2017 se establecieron las condiciones que las entidades promotoras de salud (EPS) en liquidación, entre otras, deben cumplir para adelantar y culminar los asuntos pendientes ante el Fosyga o quien haga sus veces<sup>62</sup>.

Lo anterior, en desarrollo del art. 12 de la Ley 1797 de 2016, ya analizado, y del art. 15 del Decreto-ley 1281 de 2002, que establece lo siguiente:

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

Bajo estos presupuestos legales, el artículo 2º de la Resolución 574 de 2017, establece una serie de obligaciones para los liquidadores de dichos entes, en especial relacionados con el reintegro, restitución y giro a la ADRES, de los recursos del sistema, así como la realización de las reservas de los recursos financieros, tanto en el régimen contributivo como subsidiado, antes de constituir la masa de liquidación:

**Artículo 2. Obligaciones del liquidador.** El liquidador de las entidades promotoras de salud (EPS) de los regímenes contributivo y subsidiado, de las entidades obligadas a compensar (EOC), de las cajas de compensación familiar (CCF) que administran el régimen subsidiado e instituciones prestadoras de salud (IPS) en lo aplicable, que se encuentren en proceso de liquidación, que se liquiden voluntariamente o sean sujeto de intervención forzosa administrativa para liquidar

---

<sup>61</sup> Narváez, José Ignacio. Teoría general de las sociedades. 10ª ed. Editorial Legis, 2008, p. 416.

<sup>62</sup> ART. 1º—**Objeto.** La presente resolución tiene por objeto fijar el procedimiento que las entidades promotoras de salud (EPS) de los regímenes contributivo y subsidiado, las entidades obligadas a compensar (EOC) y las cajas de compensación familiar (CCF) que administran el régimen subsidiado, cualquiera sea su naturaleza jurídica, e instituciones prestadoras de servicios de salud (IPS), que se encuentren en proceso de liquidación, que se liquiden voluntariamente o sean sujeto de intervención forzosa administrativa para liquidar por parte de la Superintendencia Nacional de Salud, deben realizar para culminar de manera satisfactoria el proceso de cierre y aclaración de los asuntos pendientes ante el Fosyga o quien haga sus veces.

por parte de la Superintendencia Nacional de Salud, deberá realizar las siguientes acciones y procesos en un término máximo de seis (6) meses contados a partir del acto administrativo que autorice u ordene la liquidación, salvo para las acciones previstas en el literal a) de los numerales 1º y 2º de este artículo y en todo caso, antes del establecimiento de la masa de liquidación, así:

**1. Para las EPS del régimen contributivo y las entidades obligadas a compensar (EOC)**

**a) Identificar los recursos que pertenecen al Fosyga o quien haga sus veces, que se encuentren en las cuentas maestras de recaudo de cotizaciones en salud y reintegrarlos dentro de los diez (10) días hábiles siguientes al inicio del proceso de liquidación;**

**b) Identificar las obligaciones a favor del Fosyga o quien haga sus veces, restituir y/o constituir las respectivas reservas de recursos financieros a la vista, frente a los procedimientos de reintegro que se encuentren en curso;**

**c) Identificar en los estados financieros los registros contables por concepto de giro previo al proceso de auditoría integral de recobros y realizar las respectivas reservas de recursos financieros a la vista, hasta tanto se surta el proceso de auditoría integral; una vez culminado dicho proceso, se efectuará la compensación de los saldos que resultaren a favor de la entidad;**

**d) Identificar y reintegrar al Fosyga o quien haga sus veces, los demás recursos que pertenezcan al Sistema General de Seguridad Social en Salud, así como aquellos correspondientes a compra de cartera;**

**e) Identificar los recursos que se adeudan a la cuenta de alto costo correspondientes a la aplicación del mecanismo de distribución establecido en el artículo 2.6.1.5.5 del Decreto 780 de 2016, y realizar el pago de los valores adeudados conforme al procedimiento determinado por dicha cuenta;**

[...]

**i) Presentar ante el Fosyga o quien haga sus veces, un proyecto de cronograma en el que se determinen las fechas y las acciones para la presentación de reclamaciones por los derechos respecto de los cuales la entidad en liquidación pretenda su reconocimiento, sin que se extienda más allá de la terminación de la existencia legal de la entidad;**

**j) Presentar ante el Fosyga o quien haga sus veces un informe trimestral y uno final en el que se dé cuenta del cumplimiento de las obligaciones aquí establecidas. Este último deberá presentarse una vez finalizados cada uno de los asuntos de que trata la presente resolución, para su respectiva aprobación y posterior envío a la Superintendencia Nacional de Salud para lo de su competencia;**

**[...] n) Verificar que todas las declaraciones de giro y compensación se encuentren certificadas por la revisoría fiscal o quien haga sus veces, en caso que existan declaraciones presentadas que no cuenten con la mencionada certificación, deberán presentarlas dentro del término de seis (6) meses previsto en el presente artículo.**

**2. Para las EPS del régimen subsidiado y cajas de compensación familiar (CCF) que administran el régimen subsidiado.**

**a) Identificar los recursos que pertenecen al Fosyga o quien haga sus veces y reintegrarlos dentro de los diez (10) días hábiles siguientes al inicio del proceso de liquidación;**

**b) Dar cumplimiento a lo señalado en las literales b) c), d), e), f), g), h), i) y j) del numeral 1º del presente artículo; [...]**

**3. Para las instituciones prestadoras de servicios de salud.** Dar cumplimiento a las obligaciones contenidas en los literales b), e), i) y j) del numeral 1º del presente artículo. (Resalta la Sala)

**- Plazo para realizar el reintegro de las sumas adeudadas al FOSYGA**

Ahora bien, el plazo previsto en la resolución para que el liquidador cumpla con su obligación de cubrir los recursos adeudados a la ADRES, antes de proceder a aplicar la prelación de créditos entre los acreedores, se complementa con la siguiente disposición de la misma resolución.

**Art. 6º—Procesos de reintegro de recursos frente a entidades en liquidación. Una vez el Liquidador identifique y reintegre todas las sumas adeudadas al Fosyga o quien haga sus veces, dentro del término establecido en el artículo 2º de la presente resolución, no habrá lugar al inicio de nuevos procesos de reintegro de recursos respecto de estas entidades, en concordancia con lo previsto en el artículo 116 del Decreto 663 de 1993 y el artículo 9.1.1.1.1 del Decreto 2555 de 2010.**

**PAR.—Los procesos de auditoría y reintegro de recursos apropiados sin justa causa en curso, deberán surtir y culminar el procedimiento de que trata el artículo 3º del Decreto-Ley 1281 de 2002, tendiente a que la entidad pueda aclarar los valores que se le reclamaron, en los términos y condiciones de la normatividad vigente.**

(Resalta y subraya la Sala)

Una interpretación sistemática de estos preceptos, con lo dispuesto en el artículo 12 de la Ley 1797 de 2016, permite concluir lo siguiente:

i) Para dar cumplimiento al mandato de cubrir los recursos adeudados a la ADRES previa aplicación de la prelación de créditos a los acreedores, el liquidador de una EPS debe realizar en forma previa la identificación de las deudas que se tengan con esa entidad y reintegrarlas a la ADRES. Lo anterior, en los plazos generales y especiales establecidos en la Resolución 574 de 2017.

ii) Dentro del término máximo de 6 meses, contados a partir del acto administrativo que autorice u orden la liquidación, previsto por la Resolución 574 de 2017<sup>63</sup>, la ADRES debe reclamar los dineros que deben ser cubiertos por el liquidador antes de aplicar la prelación de créditos a sus acreedores. En especial, los que se derivan de los procesos de compensación a cargo de la entidad. Lo anterior, salvo que hayan sido reclamados por las ADRES con antelación al acto de liquidación.

Todo lo expuesto, sin perjuicio de las observaciones, oposiciones y reclamaciones que, a su vez, deba realizar el liquidador en nombre de la EPS en liquidación.

---

<sup>63</sup> Sin perjuicio del término máximo de 6 meses a que se refiere la norma, se establece un plazo especial de 10 días hábiles siguientes al inicio del proceso de liquidación, para que el liquidador identifique y reintegre los recursos del Fosyga que se encuentren en la cuenta maestra de recaudo de cotizaciones en salud.

En esta medida, la Resolución señala que el liquidador debe entregar a la ADRES, un proyecto de cronograma en el que se determinen las fechas y las acciones para la presentación de reclamaciones por los derechos respecto de los cuales la entidad en liquidación pretenda su reconocimiento, sin que se extienda más allá de la terminación de la existencia legal de la entidad (numeral b) del art. 2 de la Resolución 574 de 2017)<sup>64</sup>.

Asimismo, el liquidador debe realizar las respectivas reservas de recursos financieros, en relación con los procesos de reintegro que se encuentren en curso durante esta etapa (numeral b) del art. 2 de la Resolución 574 de 2017).

- iii) Así las cosas, el plazo fijado por la Resolución 574 de 2017, para dar cumplimiento al mandato legal del art. 12 de la Ley 1797 de 2016, se constituye en una etapa adicional y previa que debe surtir el liquidador de una EPS en liquidación, para dar cumplimiento al mandato legal de cubrir los recursos adeudados al Sistema antes de la prelación de créditos a los deudores de la entidad.

Es importante señalar que, el art. 73 de la Ley 1753 de 2015 establece una regla de firmeza para los reconocimientos de los recursos del aseguramiento de la Seguridad Social en Salud, así:

**Artículo 73. Procesos de recobros, reclamaciones y reconocimiento y giro de recursos del aseguramiento en salud.** Los procesos de recobros, 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.** (Resalta la Sala)

Como lo señaló la Sala de Consulta en Concepto del 7 de diciembre de 2015. Radicado número: 11001-03-06-000-2014-00258-00(2235 y 2235 AD), “[...] el precepto comentado no señala los motivos por los cuales pueden presentarse los reclamos, ni la parte que esté 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 a favor de cualquiera de dichas partes dentro del procesos de giro y compensación”.

Por lo tanto, no procede reclamación alguna sobre los procesos de reconocimiento y giro de los recursos del aseguramiento de Seguridad Social en Salud, incluidos los de la ADRES, cumplidos los dos años señalados en el art. 73 de la Ley 1753 de 2015.

Para realizar una interpretación sistemática de estas normas, habría que señalar que la ADRES debe determinar y realizar las reclamaciones en el plazo

---

<sup>64</sup> De esta manera, el ordenamiento jurídico también establece la posibilidad de que la entidad en liquidación presente reclamaciones ante la ADRES, relacionadas con el reconocimiento de sus derechos.

establecido en la Resolución 574 de 2017, en la etapa preliminar a la conformación de la masa de liquidación. Con posterioridad, el liquidador deberá cumplir los términos señalados en el Decreto 2225 de 2015 y demás normas aplicables para realizar el proceso de liquidación<sup>65</sup>.

Si bien las entidades públicas que participan en esta actuación administrativa, incluida la ADRES, cuentan con el plazo de dos años para presentar reclamaciones sobre los procesos de reconocimiento y giro de los recursos del aseguramiento de Seguridad Social en Salud, es claro que cumplidas las etapas de liquidación, en los términos de ley, solo podrán realizar reclamaciones frente a los remanentes de la liquidación.

- **Las compensaciones para el reintegro de los recursos de la ADRES en la etapa previa a la constitución de la masa de liquidación**

Las anteriores actuaciones son compatibles con las compensación de deudas a la que se refiere el art. 7 de la Resolución 574 de 2017<sup>66</sup>.

De conformidad con lo analizado por la Sala en este concepto, se concluye que la compensación citada en esta norma hace referencia a las compensaciones o descuentos que le corresponde realizar a la ADRES de conformidad con las disposiciones legales y reglamentarias, en concurrencia con el liquidador, y no a una liquidación unilateral a cargo de este último. Lo anterior, por las siguientes razones:

- i) El referido artículo 7º no le otorgó dicha potestad al liquidador; y tampoco lo hizo la disposición relativa a las obligaciones del liquidador<sup>67</sup>, esto es, el artículo 2º de la misma resolución.
- ii) Por su parte, el art. 12 de la Ley 1797 de 2016 solo le impone al liquidador la facultad de cubrir los recursos adeudados al Fosyga, no de determinarlos a través de procesos de compensación.
- iii) Finalmente, el ordenamiento sí le otorga a la ADRES la facultad de realizar los referidos procesos de compensación, la cual no desaparece en el marco de un proceso de liquidación de una EPS o IPS, teniendo en cuenta lo dispuesto en el art. 12 de la Ley 1797 de 2016.

---

<sup>65</sup> Lo anterior, sin perjuicio de las obligaciones y derechos que surjan entre la ADRES y la EPS en liquidación, respecto de los afiliados que no han sido trasladados después de haberse ordenado la liquidación, lo cual debe cumplirse en un término muy corto. Para ello debe cumplirse las reglas y los procedimientos establecidos en el Decreto 1424 de 2019.

<sup>66</sup> **Artículo. 7º—Compensación de deudas.** Se compensarán los saldos adeudados al Fosyga o quien haga sus veces, por las EPS o EOC, las CCF que administren el régimen subsidiado en liquidación y las instituciones prestadoras de servicios de salud, con los recursos que por cualquier concepto representen saldos a favor de las mismas y que, por tanto, les deban ser reconocidos.

<sup>67</sup> Respecto de los recursos del SGSSS, la norma establece: Para las EPS del Régimen Contributivo y las Entidades Obligadas a Compensar – EOC a) Identificar los recursos que pertenecen al FOSYGA o quien haga sus veces, que se encuentren en las cuentas maestras de recaudo de cotizaciones en salud y reintegrarlos dentro de los diez (10) días hábiles siguientes al inicio del proceso de liquidación. b) Identificar las obligaciones a favor del FOSYGA o quien haga sus veces, restituir y/o constituir las respectivas reservas de recursos financieros a la vista, frente a los procedimientos de reintegro que se encuentren en curso. [...] 2) Para las EPS del Régimen Subsidiado y Cajas de Compensación Familiar — CCF que administran el Régimen Subsidiado. a) Identificar los recursos que pertenecen al FOSYGA o quien haga sus veces y reintegrarlos dentro de los diez (10) días hábiles siguientes al inicio del proceso de liquidación. b) Dar cumplimiento a lo señalado en las literales b) c), d), e), O, g), h), i) y j) del numeral 1 del presente artículo.

Se trata de una facultad otorgada a la ADRES, que se materializa en actos administrativos que deben ser expedidos en el marco del principio de legalidad y pueden ser objeto de control judicial.

- iv) Por lo tanto, es la ADRES, como administradora del SGSSS, la que debe determinar, en el marco de los procesos de compensación regulados por la ley y el reglamento, los valores que deben permanecer en poder de la entidad, aquellos que deben ser restituidos a la EPS en liquidación y los que esta debe transferir a la ADRES.
- v) Lo anterior, con la natural concurrencia y colaboración armónica del liquidador de la EPS, desde dos perspectivas:

Para el ejercicio de los derechos y cargas atribuidos por el reglamento y por la ley a las EPS o IPS, frente a los procesos de compensación a cargo de la ADRES.

Para cumplir con su obligación de identificar las obligaciones que están a cargo de la EPS en liquidación y proceder a cubrir dichas deudas, de acuerdo con el imperativo legal del art. 12 de la Ley 1797 de 2016.

Analizada la etapa preliminar que se debe adelantar, antes de constituir la masa de liquidación, para reintegrar o restituir los recursos a la ADRES, realizar las reservas financieras por el liquidador y las reclamaciones por parte de la ADRES, así como los plazos para realizar estas actuaciones y la figura de la compensación que puede realizar la ADRES, se procede ahora a analizar el caso concreto.

## **V) El caso concreto de EMDISALUD**

El Ministerio de Salud pregunta a la Sala si la Resolución 6266 de 2019, por medio de la cual se ordenó a la ADRES no realizar el giro directo autorizado por EMDISALUD E.S.S. EPS-S (en adelante EMDISALUD), se entiende derogada por la Resolución 8929 de 2019, que ordenó la liquidación de esa entidad, o es necesario que el ente de inspección, vigilancia y control expida un nuevo acto administrativo que termine expresamente su vigencia.

Adicionalmente, consulta a la Sala si una vez terminada la vigencia de la Resolución 6299, la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad en Social tendría que girar a EMDISALUD los recursos correspondientes a los giros directos que no se realizaron como consecuencia de la medida cautelar, o, por el contrario, estaría facultada para compensar, con esos recursos, las obligaciones mutuas que tengan la entidad en liquidación y el sistema.

Estos interrogantes tienen como fundamento los siguientes hechos:

- i) A través de la Resolución 2556 del 31 de diciembre de 2013, EMDISALUD fue sometida a la medida preventiva de vigilancia especial por el término de un (1) año. Esta medida fue prorrogada en varias oportunidades.

En vigencia de la medida preventiva de vigilancia especial, se ordenó la suspensión del giro directo autorizado por la EPS a un grupo de IPS (Resolución 6266 del 26 de junio de 2019).

La Superintendencia Nacional de Salud, por medio de la Resolución 8929 del 2 de octubre de 2019, ordenó revocar totalmente la autorización de funcionamiento de EMDISALUD, y, en consecuencia, la interrupción inmediata de sus actividades como Empresa Promotora de Salud.

Igualmente, en virtud de la revocatoria de la autorización de funcionamiento, se ordenó a la EPS abstenerse de administrar recursos y ofrecer el Plan de Beneficios de Salud con sus respectivos servicios.

Asimismo, la citada Resolución suspendió los códigos de identificación asignados (ESS002 y ESSSC02) a EMDISALUD para el régimen subsidiado y movilidad en el régimen contributivo.

De manera adicional, la Resolución ordenó la toma de posesión inmediata de los bienes, haberes, negocios y la intervención forzosa administrativa para liquidar de EMDISALUD, por el término de 2 años. En línea con lo anterior, se ordenó el cumplimiento de las medidas preventivas consagradas en el artículo 9.1.1.1.1. del Decreto 2555 de 2010. Así, la Resolución señaló:

**Artículo Sexto.** ORDENAR el cumplimiento de las siguientes medidas preventivas, de conformidad con lo establecido en el artículo 9.1.1.1.1 del Decreto 2555 de 2010 así:

**1. Medidas preventivas obligatorias.**

a) La inmediata guarda de los bienes de la intervenida y la colocación de sellos y demás seguridades indispensables;

b) La orden de registro del acto administrativo que dispone la toma de posesión en la Cámara de Comercio del domicilio de la intervenida y en las del domicilio de sus sucursales y si es del caso, la de los nombramientos de los administradores y del revisor fiscal;

c) La comunicación a los jueces de la República y a las autoridades que adelanten procesos de jurisdicción coactiva, sobre la suspensión de los procesos de la ejecución en curso y la imposibilidad de admitir nuevos procesos de esta clase contra la entidad objeto de toma de posesión con ocasión de las obligaciones anteriores a dicha medida.

d) La advertencia que, en adelante, no se podrá iniciar ni continuar procesos o actuación alguna contra la intervenida (sic) sin que se notifique personalmente al liquidador, so pena de nulidad;

e) La comunicación a la Superintendencia de Notariado y Registro, para que dicha entidad mediante circular ordene a todos los Registradores de Instrumentos Públicos que dentro de los treinta (30) días siguientes a la toma de posesión, se sujeten a las siguientes instrucciones:

i) Informar al liquidador sobre la existencia de folios de matrícula en los cuales figure la entidad intervenida como titular de bienes o cualquier clase de derechos; disponer el registro de la toma de posesión en los folios de matrícula de los bienes inmuebles de la intervenida; cancelar los embargos decretados con anterioridad a la fecha de la adopción de la medida de toma de posesión que afecten los bienes de la intervenida a solicitud elevada solo por el liquidador mediante oficio; y cancelar los gravámenes que recaigan sobre los bienes de la entidad intervenida a solicitud elevada solo por el liquidador mediante oficio.

ii) Se abstengan de cancelar los gravámenes constituidos a favor de la intervenida sobre cualquier bien cuya mutación esté sujeta a registro, salvo expresa autorización del liquidador; así como de registrar cualquier acto que afecte el dominio de bienes de propiedad de la intervenida a menos que dicho acto haya sido realizado por la persona mencionada, caso en el cual deben cancelar la respectiva anotación sobre el registro de toma de posesión.

f) La comunicación al Ministerio de Transporte, para que dicha entidad directamente o mediante solicitud a todas las secretarías de tránsito y transporte proceda a realizar la inscripción de la medida de toma de posesión en el registro de automotores correspondiente o en el registro único nacional de tránsito; para que cancelen los embargos decretados con anterioridad a la fecha de la adopción de la medida de toma de posesión que afecten los vehículos de la intervenida; para que cancelen los gravámenes que recaigan sobre los vehículos de la intervenida a solicitud unilateral del liquidador mediante oficio; para que se abstengan de cancelar los gravámenes constituidos sobre vehículos a favor de la intervenida, cuya mutación esté sujeta a registro, salvo expresa autorización del liquidador; y para que se abstengan de registrar cualquier acto que afecte el dominio de vehículos de propiedad de la intervenida a menos que dicho acto haya sido realizado por la persona mencionada;

**g) La prevención a todo acreedor y en general a cualquier persona que tenga en su poder activos de propiedad de la intervenida, para que proceda de manera inmediata a entregar dichos activos al liquidador;**

h) La advertencia de que el liquidador está facultado para poner fin a cualquier clase de contratos existentes al momento de la toma de posesión, si los mismos no son necesarios. Si se decide la liquidación, los derechos causados hasta la fecha de la intervención serán reconocidos y pagados de conformidad con las reglas que rigen el proceso de liquidación forzosa administrativa;

**i) La prevención a los deudores de la intervenida de que sólo podrán pagar al liquidador, advirtiendo la inoponibilidad del pago hecho a persona distinta, así como el aviso a las entidades sometidas al control y vigilancia de la Superintendencia Nacional de Salud sobre la adopción de la medida, para que procedan de conformidad;**

**j) La prevención a todos los que tengan negocios con la intervenida, de que deben entenderse exclusivamente con el liquidador, para todos los efectos legales; [...]. (Subraya y resalta la Sala)**

## **2. Medidas preventivas facultativas**

a) La separación de los administradores, directores y de los órganos de administración y dirección de conformidad con el artículo 116 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero.

b) Se ordena la suspensión de pagos de las obligaciones causadas hasta el momento de la toma de posesión; el liquidador deberá determinar la manera de efectuar los pagos correspondientes a obligaciones relacionadas con la garantía de la prestación del servicio de salud, hasta tanto se lleve a cabo el traslado de los afiliados.

ii) Como resultado de la orden de suspensión de los giros directos autorizados por EMDISALUD a un grupo de IPS (Resolución 6266 de 2019), los recursos que debían girarse, correspondientes a los meses de octubre, noviembre y diciembre de 2019, se mantuvieron bajo la administración de ADRES.



iii) La Superintendencia Nacional de Salud solicitó a esta última girar dichos recursos a la liquidación de EMDISALUD, bajo el argumento que se trataban de dineros que hacían parte del proceso concursal y que podrían ser utilizados para el pago de las acreencias, en el orden establecido en el artículo 12 de la Ley 1797 de 2016.

iv) La ADRES respondió negativamente al considerar que los recursos debían permanecer en poder del sistema, atendiendo el artículo 12 de la Ley 1797 de 2016. Asimismo, de acuerdo con lo establecido en el literal b) del numeral 1 del artículo 2º de la Resolución 574 de 2017, el liquidador debía establecer reservas para atender las deudas derivadas de los procesos de reintegro de recursos apropiados o reconocidos sin justa causa.

Adicionalmente, ADRES solicitó a la Supersalud que se pronunciara mediante acto administrativo acerca de la vigencia de la medida cautelar de suspensión del giro directo establecido en el artículo 10 de la Ley 1608 de 2013, la cual había sido dictada antes de la medida de intervención para liquidar.

En este sentido, en el oficio número 202111600301121 del 23 de febrero de 2021, la Supersalud señaló a la Sala:

Adicionalmente, la ADRES solicitó a la Superintendencia pronunciarse mediante un acto administrativo acerca de la vigencia de las órdenes de suspensión de giros directos, contenidas en las resoluciones expedidas con anterioridad a la medida de intervención para liquidar, pues, a su juicio, *“la Resolución 8929 de 2019, no implica que por sí misma la inaplicación del giro directo, en tanto ello conllevaría una interpretación que desconoce el supuesto normativo (sic) el artículo 10 de la Ley 1608 de 2013, que se trata de una ley de carácter posterior y especial frente a las normas del Estatuto del Sistema Orgánico Financiero – ESOF”*.

v) La Superintendencia Nacional de Salud no comparte la posición manifestada por ADRES, al considerar que todas las actuaciones se deben dar a instancias del liquidador y dentro de las fases del proceso liquidatorio que este último lidera. Para la Superintendencia, no existe ninguna norma en el ordenamiento jurídico que faculte a una autoridad o particular para retener de manera unilateral recursos que deben ingresar a órdenes del liquidador para que conformen el inventario respectivo.

Tampoco existe disposición que permita a un acreedor pagarse por sí mismo, sin la intervención del liquidador, pues todas las obligaciones a cargo de la entidad intervenida deben ser reconocidas dentro del proceso liquidatorio, el cual incluye las sumas y bienes excluidos de la masa y los que merecen un tratamiento especial. Para la Superintendencia lo anterior encuentra sustento, además, en el fuero de atracción concursal, el cual realiza el principio de igualdad.

Por lo tanto, a juicio de la Superintendencia Nacional de Salud, la entidad en liquidación, ahora en cabeza del agente especial liquidador, debe recibir los recursos que quedaron en poder de ADRES como consecuencia de la aplicación de la medida cautelar de suspensión de los giros directos a las IPS.

vi) Dentro de este marco, el ministerio consultante considera que el acto administrativo que ordenó la liquidación de la EPS dejó sin efectos la medida cautelar de suspensión de los giros directos. Lo anterior, especialmente si se tiene en cuenta que ambos actos administrativos fueron proferidos por la Superintendencia Nacional de Salud.

Por consiguiente, no se requiere que la Superintendencia dicte otro acto administrativo para dejar sin vigencia la Resolución 6266 del 26 de junio de 2019. Igualmente, ADRES debe girar los recursos retenidos a la entidad en liquidación.

Para responder a las preguntas 4 y 5 de la consulta, la Sala se referirá a: i) la presunción de legalidad de los actos administrativos; ii) la pérdida de ejecutoria de los actos administrativos; iii) la medida cautelar de suspensión de giro directo a las IPS: Resolución 6266 del 26 de junio de 2019, y iv) la compensación de los recursos retenidos por la ADRES.

## 1. La presunción de legalidad de los actos administrativos

El artículo 88 de la Ley 1437 de 2011 consagra la presunción de legalidad de los actos administrativos en los siguientes términos:

Los actos administrativos se presumen legales mientras no hayan sido anulados por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. Cuando fueren suspendidos, no podrán ejecutarse hasta tanto se resuelva definitivamente sobre su legalidad o se levante dicha medida cautelar.

Por consiguiente, debe entenderse que un acto administrativo ha sido expedido dando cumplimiento al ordenamiento jurídico, tanto desde el ámbito material (contenido) como formal (elementos, competencia, requisitos, trámites, oportunidad, etc.)<sup>68</sup>. En consecuencia, el acto se presume legal mientras no exista sentencia judicial que lo haya declarado nulo. En esta dirección, se ha señalado:

El Principio de Legalidad es una de las características más notables del Estado de Derecho, consistente en que el poder del Estado se ejerce por las distintas autoridades en forma reglada, bajo parámetros de actuación o de abstención previamente fijados por el máximo órgano de representación democrática o por la autoridad que el ordenamiento jurídico designe, sin que allí haya cabida para el libre albedrío. Así, no es extraño hallar en el ordenamiento superior colombiano prescripciones como que *“Ninguna autoridad del Estado podrá ejercer funciones distintas de las que le atribuyen la Constitución y la ley”* (art. 121) o que *“Los servidores públicos están al servicio del Estado y de la comunidad; [y que] ejercerán sus funciones en la forma prevista por la Constitución, la ley y el reglamento”* (art. 123), las cuales evidencian que el constituyente acogió abiertamente el Principio de Legalidad y que por esa senda dotó a los actos administrativos de la presunción de ser conformes a Derecho, concibiendo como presunción *iuris tantum* el hecho de que esas actuaciones fueron entregadas al mundo jurídico conforme a la ley, pero admitiendo, como es la naturaleza de la presunción, prueba en contrario<sup>69</sup>. (Subraya la Sala)

Asimismo, la presunción de legalidad, la cual aplica a todos los actos administrativos, impone a las personas a quienes va dirigido su cumplimiento. En esta dirección, la Sala señaló con anterioridad:

La presunción de legalidad aquí regulada debe aplicarse a todo tipo de actos, bien sea de contenido general o particular, de trámite, definitivos o de ejecución, o cualquier otra distinción que se haga. Esta presunción y su firmeza hacen que dichos actos sean obligatorios, como lo dispone el artículo 89 *ibídem*:

---

<sup>68</sup> Consejo de Estado. Sección Primera. Sentencia del 7 de diciembre de 2017. Radicación número: 25000-23-24-000-2006-00916-01.

<sup>69</sup> Consejo de Estado. Sección Quinta. Sentencia del 15 de mayo de 2008. Radicación número: 23001-23-31-000-2008-00089-01.

[...]

Ahora bien, como lo ha aclarado la doctrina, la obligatoriedad de los actos se presenta de manera diferente si el contenido del acto es general o particular, ya que, en el primer caso, su carácter es el propio de las norma jurídicas, con sus atributos de generalidad, impersonalidad y abstracción, por lo que se aplica a todas las personas que se encuentren dentro de las hipótesis fácticas o supuestos de hecho a los que tales actos se refieran; mientras que si el acto administrativo es de contenido particular, por definir situaciones jurídicas individuales, debe ser cumplido o ejecutado por los sujetos directamente obligados, ya sean autoridades o particulares<sup>70</sup>.

Ahora bien, puede ocurrir que un acto administrativo, a pesar de no haber sido declarado nulo por una autoridad judicial, deje de producir efectos jurídicos por haber tenido lugar la pérdida de su fuerza ejecutoria.

## 2. La pérdida de ejecutoria de los actos administrativos

El artículo 91 de la Ley 1437 de 2011 señala expresamente que los actos administrativos en firme son obligatorios mientras no hayan sido anulados por la Jurisdicción Contenciosa Administrativa y establece las causales de pérdida de ejecutoria de dichos actos:

**Pérdida de ejecutoriedad del acto administrativo.** Salvo norma expresa en contrario, los actos administrativos en firme serán obligatorios mientras no hayan sido anulados por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. Perderán obligatoriedad y, por lo tanto, no podrán ser ejecutados en los siguientes casos:

1. Cuando sean suspendidos provisionalmente sus efectos por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.
2. Cuando desaparezcan sus fundamentos de hecho o de derecho.
3. Cuando al cabo de cinco (5) años de estar en firme, la autoridad no ha realizado los actos que le correspondan para ejecutarlos.
4. Cuando se cumpla la condición resolutoria a que se encuentre sometido el acto.
5. Cuando pierdan vigencia.

La Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado ha tenido la oportunidad de pronunciarse sobre el alcance del citado artículo 91 del CPACA, en los siguientes términos:

i) La causal relativa a la suspensión provisional de los actos administrativos debe interpretarse de manera sistemática con los artículos 238 de la Constitución Política y 230 y 231 del CPACA. Así, la primera de las citadas normas autoriza a la Jurisdicción Contenciosa Administrativa a suspender provisionalmente, por los motivos y requisitos establecidos en la ley, los actos administrativos susceptibles de impugnación judicial.

---

<sup>70</sup> Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 14 de diciembre de 2020. Radicación número: 11001-03-06-000-2020-00225-00(C).

Por su parte, el artículo 230 de la Ley 1437 de 2011 enlista dentro de las medidas cautelares la suspensión del acto administrativo, la cual procederá cuando se encuentren satisfechos los requisitos consagrados en el artículo 231.

La suspensión provisional tiene como objeto dejar temporalmente sin efectos el acto administrativo, mientras se decide sobre su legalidad. En consecuencia, el acto no puede ser aplicado por la administración ni su cumplimiento puede ser exigido.

ii) La pérdida de ejecutoria de los actos administrativos también tiene lugar por el paso del tiempo, esto es, cuando transcurridos cinco años contados a partir de la firmeza del acto, la autoridad no realiza las actuaciones correspondientes para su ejecución<sup>71</sup>.

iii) Adicionalmente, el acto administrativo pierde su fuerza ejecutoria ante el cumplimiento de la condición resolutoria al que se encuentre sometido<sup>72</sup>.

iv) Respecto a la causal de pérdida de vigencia, la Sala indicó:

La Sección Cuarta de esta Corporación explica que la pérdida de la fuerza ejecutoria de un acto administrativo por pérdida de vigencia ocurre cuando el acto "se extingue o desaparece del mundo jurídico y, como consecuencia, desaparece su fuerza jurídica, como en los casos de anulación, revocación, derogación, retiro del acto, o en los eventos en los que por razones temporales deja de tener vigencia".

Consecuentemente con la postura del Consejo de Estado la doctrina considera que la pérdida de vigencia "es un concepto genérico que recoge la totalidad de eventos de pérdida de ejecutoria", además de referirse a situaciones como la derogatoria, la revocatoria o cualquier otra que se pueda calificar como limitante a la eficacia del acto.

v) Finalmente, un acto administrativo también pierde su fuerza ejecutoria cuando desaparecen sus fundamentos de hecho o de derecho, situación que se conoce como el decaimiento del acto administrativo.

Frente a esta figura, el profesor Jaime Orlando Santofimio señala:

El decaimiento del acto en el derecho colombiano está en íntima relación con la motivación del acto, se configura por la desaparición de los elementos integrantes del concepto motivante del acto. Recordemos que al estudiar los elementos externos del acto administrativo identificábamos como uno de los principales el denominado de los motivos o razones del acto administrativo, elemento que involucra una relación lógica entre los argumentos fácticos y las razones de orden jurídico que le sirven a la administración para determinar su competencia e

---

<sup>71</sup> La Administración cuenta con cinco años contados a partir de la firmeza del acto para realizar todas las operaciones tendientes a su ejecución; de no actuar dentro de ese lapso, se produce una especie de sanción a la administración morosa consistente en que el acto pierde su fuerza ejecutoria y se pierde la competencia para hacerlo efectivo. Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 14 de diciembre de 2020. Radicación número: 11001-03-06-000-2020-00225-00(C).

<sup>72</sup> Explica Marienhoff que la condición existe cuando cumplido un acontecimiento futuro e incierto, se produce de pleno derecho la extinción de los efectos del acto. Para dar alcance a la causal es menester acudir a los artículos 1530 y siguientes del Código Civil; en el caso específico de los actos administrativos las condiciones resolutorias deben ser expresas, en virtud del principio de legalidad que rige para cualquier disposición en derecho administrativo. Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 14 de diciembre de 2020. Radicación número: 11001-03-06-000-2020-00225-00(C).

igualmente para resolver sustancialmente el conflicto planteado. Al desaparecer uno de esos elementos se configura en el derecho colombiano el fenómeno del decaimiento<sup>73</sup>.

Por su parte, el Consejo de Estado ha indicado:

La doctrina foránea, y la nacional que ha seguido esas concepciones sin mayor profundidad, bueno es reconocerlo, al tratar las formas de extinción de los actos administrativos, generales o de efectos particulares, ha reconocido y consagrado la figura jurídica del decaimiento del acto administrativo, o sea, la extinción de ese acto jurídico producida por circunstancias supervinientes que hacen desaparecer un presupuesto de hecho o de derecho indispensable para la existencia del acto: a) derogación o modificación de la norma legal en que se fundó el acto administrativo; b) declaratoria de inexecutable de la norma constitucional o legal hecha por el juez que ejerce el control de constitucionalidad, en los países donde ello existe; c) declaratoria de nulidad del acto administrativo de carácter general en que se fundamenta la decisión de contenido individual o particular; y d) desaparición de las circunstancias fácticas o de hecho que determinaron el reconocimiento de un derecho o situación jurídica particular y concreta<sup>74</sup>.

El decaimiento del acto administrativo, el cual opera por ministerio de la ley<sup>75</sup>, impide a la administración perseguir el cumplimiento del acto, pues se extinguen las obligaciones de cumplimiento. Asimismo, respecto de sus efectos, estos operan hacia el futuro<sup>76</sup>, de tal suerte que no se afecta la validez del acto ni tampoco su presunción de legalidad<sup>77</sup>.

---

<sup>73</sup> Santofimio Gamboa, Jaime Orlando. Compendio de Derecho Administrativo. Universidad Externado de Colombia. 2017.

<sup>74</sup> Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 14 de diciembre de 2020. Radicación número: 11001-03-06-000-2020-00225-00(C). La Sección Segunda de la corporación también ha señalado: Al respecto, esta Sección indicó<sup>9</sup> que la jurisprudencia y la doctrina, han desarrollado la institución del «decaimiento del acto administrativo», haciéndola consistir en una «"extinción" del acto acusado, que tiene ocurrencia cuando se presentan circunstancias que comportan la desaparición de los fundamentos jurídicos del respectivo acto administrativo». Consejo de Estado. Sección Segunda. Sentencia del 12 de noviembre de 2020. Radicación Número: 63001-23-33-000-2014-00244-01(2991-16).

<sup>75</sup> Ahora, la pérdida de ejecutoria opera automáticamente y hacia el futuro; no se requiere declaración judicial; basta el desaparecimiento de las circunstancias de hecho o los presupuestos de derecho en que se basaron los actos administrativos, y que se requerían para su existencia para que dejen de surtir efectos. Consejo de Estado. Sección Segunda. Sentencia del 11 de abril de 2018. Radicación número: 11001-03-25-000-2012-00209-00(0828-12).

<sup>76</sup> El decaimiento del acto supone que el acto no podrá surtir efectos hacia el futuro, desde el momento en que desaparecen sus fundamentos de derecho. No obstante, ello no impide que pueda adelantarse el estudio de legalidad respectivo, pues el juicio de nulidad del acto es diferente al de la ejecutoriedad del acto. Consejo de Estado. Sección Segunda. Sentencia del 12 de noviembre de 2020. Radicación Número: 63001-23-33-000-2014-00244-01(2991-16).

<sup>77</sup> A su vez la jurisprudencia del Consejo de Estado ha enseñado que el también conocido como decaimiento del acto administrativo opera hacia el futuro y es un fenómeno que en nada afecta su validez ni contraría su presunción de legalidad<sup>5</sup>, pues esta solamente puede ser desvirtuada por el juez.

También ha dicho la jurisprudencia contenciosa administrativa que la pérdida de la fuerza ejecutoria se relaciona con la obligatoriedad del acto y la posibilidad que tiene la administración de hacerlo cumplir aun en contra de la voluntad de los administrados. Opera por ministerio de la ley, es decir que el acaecimiento de la causal ipso jure impide que la administración pueda perseguir el cumplimiento de la decisión, de modo que las obligaciones allí contenidas quedan sin poder coercitivo respecto de sus destinatarios.

En síntesis, el decaimiento comporta la pérdida de los efectos vinculantes del acto administrativo, es decir "se extinguen las obligaciones de cumplimiento y obediencia que se encuentran implícitas en el acto administrativo" y es una "situación jurídica que se da de pleno derecho", por tanto no se requiere adelantar ninguna actuación para que opere, salvo en el caso de la excepción de pérdida de fuerza ejecutoria que a la luz del artículo 92 del CPACA exige que el interesado se oponga a la

### 3. La medida cautelar de suspensión de giro directo a las IPS: la Resolución 6266 del 26 de junio de 2019

A través de la Resolución 6266 del 26 de junio de 2019, la Superintendencia Nacional de Salud ordenó la suspensión del giro directo autorizado por EMDISALUD a un grupo de IPS.

De acuerdo con lo manifestado por la Superintendencia, el propósito de la medida cautelar ordenada a través de la Resolución 6266 de 2019 era asegurar que los anteriores administradores de la EPS gestionaran adecuadamente los recursos:

La finalidad de la Resolución 6266 consistía en garantizar que las solicitudes de giro que postulaban los anteriores administradores de la EPS cumplieran con la verificación de ciertas condiciones para una adecuada gestión de los recursos, administradores que fueron removidos con la ejecución de la Resolución 8929 de 2 de octubre de 2019 que revocó totalmente la habilitación a la EPS, ordenó la liquidación y, ello tiene como efecto esencial que los pagos quedaron suspendidos para realizarse directamente a sus destinatarios, incluidos los que se realizaban a través de la modalidad de giro directo, en virtud del régimen aplicable a la toma de posesión como se explicará.

[...]

Por tanto, el acto administrativo -Resolución 6266 de 2019- cuando ordenó que suspendieran el giro estando la EPS activa hasta tanto se realizaran las verificaciones allí establecidas y se certificara por parte del Contralor lo pertinente, estaban dirigidos a velar porque los anteriores administradores de la EPS, gestionaran adecuadamente los recursos<sup>78</sup>.

(Subraya la Sala)

Lo anterior, teniendo en cuenta las siguientes circunstancias:

i) A través de la comunicación NURC 3-219-9924, la Superintendencia Delegada de Medidas Especiales de la Superintendencia Nacional de Salud, en ejercicio de su función de seguimiento y monitoreo a la medida preventiva de vigilancia especial a EMDISALUD, advirtió manejos indebidos de los recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud por parte de la referida EPS, con el apoyo de algunos de sus prestadores de servicios de salud<sup>79</sup>.

---

ejecución del acto administrativo. Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 14 de diciembre de 2020. Radicación número: 11001-03-06-000-2020-00225-00(C).

<sup>78</sup> Superintendencia Nacional de Salud. Oficio núm. 202082301354421 del 9 de octubre de 2020.

<sup>79</sup> Así, en la Resolución 6266 de 2019 se indicó:

Que mediante comunicación NURC 3-2019-9924 la Superintendencia Delegada de Medidas Especiales de esta superintendencia en ejercicio de su función de seguimiento y monitoreo a la medida preventiva de vigilancia especial impuesta a la EPS EMDISALUD E.S.S. advirtió acerca de manejos indebidos que ponen en riesgo los recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud, por parte de esa entidad vigilada, práctica que adelanta a través de algunos de sus prestadores de servicios de salud, señalando para el efecto, la información que fuera remitida en los oficios NURC 1-2019-236933 y 1-2019-278534 por la firma Contralora designada para el seguimiento la medida preventiva: SAC Consulting S.A.S.

[...]

Para los fines pertinentes, el Contralor de la firma SAC Consulting S.A.S. remitió los nombres y NIT de las IPS que junto con EMDISALUD EPS, al parecer, vienen facilitando o realizando esta práctica no autorizada para el giro directo y que corresponden a una muestra, tomada de la totalidad de las transacciones que efectúa la entidad aseguradora, tal como se indica a continuación:

ii) La conducta desplegada consistía en la realización de prácticas no autorizadas para el manejo de recursos del sistema. Así, por ejemplo:

“[P]ara el pago de nómina, EMDISALUD EPS solicita préstamos a IPS, los cuales posteriormente paga a través de la modalidad de giro directo y estas IPS a su vez, vienen realizando los pagos a nombre de la EPS, lo que se constituye en prácticas no autorizadas.

Agregó el Contralor de la firma SAC Consulting S.A.S que, de conformidad con lo expuesto, la operación detectada consiste en que la EPS envía los archivos de pago a las IPS y estas últimas, realizan los pagos desde sus plataformas, “con los riesgos de ingresos de dineros de fuentes no controladas por parte de EMDISALUD y la falta de control por pagos a IPS que superan los montos debidos a través de la modalidad de giro directo”. (Subraya la Sala)

iii) La firma contralora encontró operaciones relacionadas con el giro directo en las que se observaba que los giros no correspondían estrictamente a pagos por conceptos de prestación de servicios de salud, suministro de medicamentos, insumos y/o dispositivos médicos. En este sentido señaló:

De conformidad con las consideraciones realizadas, es posible concluir que, EMDISALUD EPS, presenta una práctica riesgosa frente a la administración de los recursos del SGSSS, consistente en el otorgamiento de anticipos sin un adecuado proceso de legalización y giro de recursos a IPS sin justificación, por tanto, sin certeza de que los giros de los recursos corresponden a servicios médicos efectivamente prestados. (Subraya la Sala)

iv) También se encontraron importantes deficiencias a través de los anticipos y giros directos por legalizar<sup>80</sup>.

---

| NIT       | IPS                                      |
|-----------|--|
| 900986949 | UNIDOS POR TU SALUD IPS SAS              |
| 812005644 | CLÍNICA REGIONAL DEL SAN JORGE           |
| 900632220 | FUNDACIÓN SALUD INTEGRAL DE COLOMBIA IPS |
| 900839714 | PROFHARMA SALUD IPS S.A.S.               |
| 900713299 | FUNDACIÓN AVANZAR EN SALUD               |

#### <sup>80</sup> **Anticipos y Avances**

Por concepto de anticipos y avances la EPS presenta a 31 de diciembre de 2018, un saldo de \$48.569 Millones de pesos; en el detalle de esta cuenta a nivel de terceros, se observan deudas con vencimiento superior a los 2.344 días, más de seis (6) años de vencimiento después de haber entregado el anticipo y no ha sido legalizado, lo que demuestra que la gestión de la EPS para la depuración y esclarecimiento de los anticipos entregados no ha sido eficiente, a la fecha la EPS, no presentan una política clara, para la depuración de estos saldos.

Las partidas que presentan más de 360 días no presentan documentos soporte para su legalización, lo anterior evidencia que la EPSS, mantiene dentro de sus activos valores que afectan los costos o las cuentas por pagar a proveedores IPS, sin que los mismos se hubieren registrado en los periodos correspondientes, sobre el particular se puede inferir una subestimación en los costos o sobre estimación de cuentas por pagar, razón por la cual se desconoce el efecto de esta situación en los estados financieros.

[...]"

#### **Giro Directo por Legalizar**

"[...] Al 31 de diciembre de 2018, la entidad presenta por concepto de giro directo por legalizar un saldo de \$1 7.219 Millones de pesos, de los cuales el 53% presenta vencimiento superior a los 360 días, unos \$9. 035 Millones de pesos, lo cual constituirla costos pendiente de registrar y que en la actualidad se encuentran registrados en la cuenta 220515 Giro Directo IPS; no obstante en la presentación de los estados financieros se incluyen como anticipos a proveedores pendientes de

v) Teniendo en cuenta las situaciones mencionadas, la Superintendencia evidenció la existencia de prácticas riesgosas frente a la administración de los recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud. Estas prácticas estaban relacionadas con: i) el otorgamiento de anticipos sin un adecuado proceso de legalización y ii) el giro de recursos a ciertas IPS sin justificación. Estas prácticas no permitían tener certeza de que los giros de los recursos correspondían a servicios médicos efectivamente prestados<sup>81</sup>.

vi) Ante la falta de certeza de que los giros de los recursos correspondían a servicios médicos efectivamente prestados, la Superintendencia Nacional de Salud adoptó la medida cautelar de suspensión del giro directo a nombre de la EPS que se encuentra bajo medida de vigilancia especial, con miras a precaver prácticas no autorizadas y proteger los recursos del sistema, así:

---

legalizar, situación está que no estaría reflejando el saldo real de los costos por prestación de servicios médicos. Se desconoce el efecto de esta situación en los estados financieros. [...].

[...]

[V]ienen siendo materializadas por parte de la EPS EMDISALUD ESS a través del giro directo a ciertas IPS para el pago de cuentas a cargo de la misma, asociadas además a la falta de legalización de cuantiosas sumas pagadas por anticipos y avances y frente a los cuales no se demuestra que la gestión de la EPS para su depuración y esclarecimiento, haya sido eficiente.

Lo anterior sin dejar de lado el considerable monto de recursos que hacen parte del giro directo por legalizar, aspectos que sustentan la adopción de medidas cautelares frente al giro directo que realiza la EPS EMDISALUD ESS, hacia ciertos prestadores que conforman su red de prestación de servicios.

<sup>81</sup> Así, señaló la Superintendencia:

[L]as situaciones evidenciadas sobre actuaciones que se enmarcan en prácticas no autorizadas en el manejo de los recursos del sistema, vienen siendo materializadas por parte de la EPS EMDISALUD ESS a través del giro directo a ciertas IPS para el pago de cuentas a cargo de la misma, asociadas además a la falta de legalización de cuantiosas sumas pagadas por concepto de anticipos y avances y frente a los cuales no se demuestra que la gestión de la EPS para su depuración y esclarecimiento, haya sido eficiente.

Lo anterior sin dejar de lado el considerable monto de recursos que hacen parte del giro directo por legalizar, aspectos que sustentan la adopción de medidas cautelares frente al giro directo que realiza la EPS EMDISALUD ESS, hacia ciertos prestadores que conforman su red de prestación de servicios.

Las prácticas referenciadas sobre los anticipos evidencian un incumplimiento frente a lo dispuesto en la sección 2 de las NIIF para las Pymes, previsto en el Decreto 2483 de 2018 frente a las características cualitativas de los estados financieros; es decir, la información proporcionada en estos no es fiable, comprensible, comparable ni oportuna.

Lo anterior, teniendo en cuenta que, los recursos entregados por EPS EMDISALUD E.S.S., al ser pagados por concepto de anticipos tienen una destinación específica, la cual corresponde a la prestación de, servicios de salud. Por lo tanto, estos recursos no admiten gasto por deterioro y su legalización al 100% debe estar soportada en la prestación de los servicios de salud, con fundamento en la normatividad vigente.

De conformidad con lo expuesto el despacho concluye que la EPS EMDISALUD ESS sujeto de inspección, vigilancia y control de esta superintendencia presenta prácticas riesgosas frente a la administración de los recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud, consistente en el otorgamiento de anticipos sin un adecuado proceso de legalización y giro de recursos a ciertas IPS sin justificación, actuaciones que además vinculan a otros sujetos vigilados por esta entidad.

Por tanto, ante la falta de certeza de que los giros de los recursos corresponden a servicios médicos efectivamente prestados, según el seguimiento efectuado por el Contralor designado para la medida de Vigilancia Especial y la Delegada de Medidas Especiales, es necesario adoptar medidas para precaver prácticas no autorizadas y proteger los recursos del sistema, para lo cual se dispondrá la medida de cesación provisional respecto del giro directo autorizado por la EPS EMDISALUD ESS, condicionando el proceso a la verificación previa de la facturación soporte de cada solicitud de giro directo.



Artículo. ORDENAR la cesación provisional de las acciones que ponen en riesgo los recursos del sistema por parte de la Empresa Mutual para el Desarrollo Integral de la Salud E.S.S., EMDISALUD ESS EPS identificada con el NIT 811.004.055-5 y en consecuencia suspender el giro directo autorizado a las entidades que se indican a continuación hasta tanto, el Contralor designado para la Medida de Vigilancia Especial certifique que la facturación soporte de cada solicitud de Giro Directo, corresponde a servicios de salud y suministros efectivamente prestados y el valor facturado, esté aceptado por la EPS de acuerdo con las normas del sistema y se respete el orden de prelación en cuanto a los pagos frente a la red de prestación pública.

El siguiente cuadro indica las IPS con solicitud de Giro Directo que previamente debe certificar el Contralor designado para la Medida de Vigilancia Especial para cada solicitud de giro, de acuerdo con lo dispuesto en el siguiente artículo:

| NIT       | IPS                                      |
|-----------|--|
| 900986949 | UNIDOS POR TU SALUD IPS SAS              |
| 812005644 | CLÍNICA REGIONAL DEL SAN JORGE IPS S.A.  |
| 900632220 | FUNDACIÓN SALUD INTEGRAL DE COLOMBIA IPS |
| 900713299 | FUNDACIÓN AVANZAR EN SALUD               |
| 900839714 | PROFHARMA SALUD IPS S.A.S.               |

vii) En línea con lo anterior, la Superintendencia ordenó a ADRES:

[N]o realizar el Giro Directo autorizado por la EPS EMDISALUD ESS a los prestadores de que trata el artículo 1º de este acto administrativo, hasta tanto cada solicitud de giro cumpla con la certificación en las condiciones previstas en el artículo anterior.

Como resultado de la medida de suspensión de los giros directos, los recursos que ADRES debía girar, correspondientes a los meses de octubre, noviembre y diciembre de 2019, se mantuvieron bajo su administración. El valor de dichos recursos, de acuerdo con lo informado a la Sala, asciende a la suma de cuatro mil seiscientos veintinueve millones setecientos setenta y seis mil trescientos setenta y siete (\$4.629.776.377) pesos<sup>82</sup>.

### 3.1. El mecanismo de giro directo

Como se analizó en este concepto, el mecanismo del giro directo tiene como objeto agilizar el flujo de recursos entre los actores del sistema, especialmente, hacia las Instituciones Prestadoras de Salud (IPS)<sup>83</sup>. Lo anterior, con el propósito de garantizar la continuidad de la prestación del servicio a los afiliados al sistema<sup>84</sup>.

---

<sup>82</sup> Superintendencia Nacional de Salud. Oficio 2-2020-78264 del 10 de julio de 2020.

<sup>83</sup> El giro directo es un mecanismo previsto por la Ley 1438 de 2011 a través del cual el Ministerio de Salud y Protección Social gira directamente los recursos del Régimen Subsidiado a las Entidades Promotoras de Salud (EPS) y a las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud (IPS) sin que pasen por la Entidad Territorial. De esta manera busca agilizar el flujo de recursos hacia las IPS y así garantizar la continuidad en la prestación de servicios a los afiliados al sistema de salud. Ministerio de Salud y Protección Social. Enlace Minsalud. Boletín electrónico para los actores del sistema de salud en Colombia núm. 54. 12 de mayo de 2014.

<sup>84</sup> Que el mecanismo de giro directo, establecido en el artículo 29 de la Ley 1438 de 2011, pretende, entre otros aspectos, agilizar el tránsito de los recursos entre los actores del Sistema, lo cual debe acompañarse de un flujo oportuno y completo de información financiera entre las

Ahora bien, tanto en el régimen contributivo como en el subsidiado, la figura del giro directo también está prevista para que la ADRES transfiera, directamente a las IPS y a nombre de las EPS, por lo menos el 80% de los valores correspondientes a las UPC que le deben ser reconocidas y cubiertas por el Sistema. Lo anterior, siempre que se trate de EPS que se encuentren en estado de vigilancia especial, insolvencia o liquidación (art. 10 de la Ley 1608 de 2013).

Actualmente, el procedimiento para realizar el giro directo frente a las EPS que se encuentren en estado de vigilancia especial, de intervención o **liquidación** se encuentra regulada por el artículo 2.6.4.3.1.3.2. y ss., del Decreto 780 de 2016.

De estas normas analizadas, se destaca ahora que la ADRES debe abrir una cuenta bancaria para cada EPS del régimen contributivo que se encuentre en liquidación<sup>85</sup>. Por medio de esta cuenta, la ADRES:

a) administra los recursos destinados al giro directo, de manera independiente al resto de recursos que administra, y b) efectúa los giros respectivos a las IPS y a los proveedores de tecnologías de salud, teniendo en cuenta la autorización y la relación que señale la EPS.

Asimismo, realizado el proceso de compensación y las deducciones a que haya lugar, la ADRES debe transferir a las IPS, el 80 % del valor de las UPC reconocidas.

Como puede observarse de las normas anteriores, el inicio de un proceso liquidatorio no excluye la aplicación de la figura del giro directo.

### **3.2. La vigencia de la medida cautelar de giro directo a las IPS: Resolución 6266 de 2019**

La Superintendencia Nacional de Salud sostiene que con la expedición de la Resolución 8929 de 2019 se puso fin a la medida cautelar de suspensión del giro directo ordenada a través de la Resolución 6266 del mismo año y, en consecuencia, los recursos retenidos por ADRES deben hacer parte de la liquidación.

A juicio de la Superintendencia, lo anterior tiene lugar debido a que en la resolución que consagró la intervención forzosa administrativa para liquidar, esto es, la 6266 de 2019, se ordenó, entre otras, lo siguiente:

- “[L]a prevención a todo acreedor y en general a cualquier persona que tenga en su poder activos de propiedad de la intervenida, para que proceda de manera inmediata a entregar dichos activos al Liquidador”; y
- “[L]a suspensión de pagos de las obligaciones causadas hasta el momento de la toma de posesión”.

Frente a estos argumentos la Sala considera lo siguiente:

---

Entidades Promotoras de Salud y las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud, que les permita tener claridad respecto de las facturas a las cuales se deben aplicar los recursos provenientes del giro directo. Decreto 1095 de 2013.

<sup>85</sup> 2. La ADRES abrirá una cuenta bancaria para cada EPS del régimen contributivo que se encuentre incurso en cualquiera de las situaciones mencionadas.

i) En lo que respecta a la orden a todo acreedor o persona de entregar al liquidador los activos de la entidad que tengan en su poder, esta no resulta aplicable en el caso objeto de estudio, pues, de conformidad con lo analizado en este concepto, los recursos retenidos por ADRES como consecuencia de la orden de suspensión del giro directo, no son recursos o rentas propias de EMDISALUD, sino del Sistema General de Seguridad Social en Salud<sup>86</sup>.

ii) Frente a la orden de suspensión de pagos de las obligaciones causadas hasta el momento de la toma de posesión, encuentra la Sala que esta causal tampoco resulta suficiente para poner fin a la medida cautelar de suspensión del giro directo que consagró en la Resolución 6266 de 2019.

Lo anterior, teniendo en cuenta lo dispuesto en los artículos 10 de la Ley 1608 de 2010 y 2.6.4.3.2.3 y 2.6.4.3.2.4 del Decreto 780 de 2016, disposiciones en las cuales se establece la posibilidad de que la ADRES aplique la figura del giro directo en el caso de EPS inmersas en un proceso de liquidación por parte del organismo de control y vigilancia, tal como ocurre con EMDISALUD.

Si se considerara que la figura del giro directo desaparece como consecuencia del inicio de un proceso de liquidación, no tendrían sentido o carecerían de explicación las citadas normas.

iii) La Resolución 6266 de 2019 no perdió su vigencia con ocasión de la expedición de la Resolución 8929 del mismo año, pues tanto la suspensión del giro directo como la liquidación de EMDISALUD son medidas que tienen una misma finalidad, esto es, proteger los recursos del SGSSS y evitar su pérdida.

Así, la medida cautelar de suspensión del giro directo fue adoptada con fundamento en lo consagrado en el artículo 125 de la Ley 1438 de 2011, disposición que señala:

Artículo 125. Cesación provisional. El Superintendente Nacional de Salud podrá ordenar de manera inmediata, a la entidad competente, la medida cautelar de cesación provisional de las acciones que pongan en riesgo la vida o la integridad física de los pacientes o el destino de los recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud.

Las medidas señaladas anteriormente se adoptarán mediante acto administrativo motivado y dará lugar al inicio del proceso administrativo ante el Superintendente Nacional de Salud.

Como puede observarse, la norma le otorga a la Superintendencia Nacional de Salud la facultad para ordenar la cesación provisional de acciones que afecten: i) la vida o la integridad física de los pacientes o ii) el destino de los recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud.

---

<sup>86</sup> En este sentido, el Consejo de Estado, tomando en consideración lo señalado por la Corte Constitucional, señaló en el 2014: De conformidad con lo anterior, fue el mismo constituyente quien determinó que los recursos de la seguridad social llámense cotizaciones, aportes, cuotas moderadoras, pagos compartidos, copagos, tarifas, deducibles o bonificaciones no pueden ser utilizados con fines diferentes a los que están destinados, de donde se deriva su carácter de recursos parafiscales, por lo cual tampoco pueden ser objeto del giro ordinario de los negocios de las EPS, ni formar parte de los bienes de tales entidades.

Desde esta perspectiva, los recursos provenientes de la UPC no pueden catalogarse como rentas propias de las EPS, en tanto éstas no pueden disponer libremente de estos recursos, que deben utilizar en la prestación de los servicios de salud previstos en el POS. Consejo de Estado. Sección Primera. Sentencia del 10 de julio de 2014. Radicación número: 11001-03-24-000-2008-00385-00.

Justamente, a través de la Resolución 6266 del 26 de junio de 2019, dicha autoridad administrativa, con el propósito de proteger los recursos del SGSSS, ordenó:

La cesación provisional de las acciones que ponen en riesgo los recursos del sistema por parte de la Empresa Mutual para el Desarrollo Integral de la Salud E.S.S., EMDISALUD ESS EPS identificada con el NIT 811.004.055-5 y en consecuencia suspender el giro directo autorizado a las entidades que se identifican a continuación hasta tanto, el Contralor designado para la Medida de Vigilancia Específica certifique que la facturación soporte de cada solicitud de Giro directo, corresponde a servicios de salud y suministros efectivamente prestados y el valor facturado, esté aceptado por la EPS de acuerdo con las normas del sistema y se respete el orden de prelación en cuanto a los pagos frente a la red de prestación pública”.

De esta suerte, la Resolución 6266 de 2019 ordenó la suspensión del giro directo autorizado a ciertas IPS, como mecanismo para hacer frente a un grupo de conductas que ponían en riesgo los recursos del sistema, y que eran adelantadas por EMDISALUD.

En el caso de la Resolución 8929 de 2019, se evidencia también que la protección de recursos del SGSSS fue una de las razones que motivó a la Superintendencia Nacional de Salud para adoptar la medida de intervención forzosa administrativa para liquidar. Así, en los considerandos de dicha resolución se indicó:

Durante el término de la medida de vigilancia especial ordenado a la EMPRESA MUTUAL PARA EL DESARROLLO INTEGRAL DE LA SALUD E.S.S. "EMDISALUD" E.S.S, dentro del seguimiento y monitoreo al cumplimiento y ejecución de la medida de vigilancia especial se ha evidenciado que la Entidad no ha logrado superar los hallazgos que dieron origen a esta, y por el contrario se observan signos alarmantes e inquietantes de deterioro en los componentes técnico - científico, administrativo, financiero y jurídico, incumpliendo las condiciones mínimas financieras y de solvencia, generando riesgo en la prestación de servicios de salud de la población afiliada, y el adecuado manejo de los recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud, comprometiendo negativamente el negocio en marcha.

Como puede observarse, la Resolución 8929 de 2019 no estableció una medida contraria a lo dispuesto por la Resolución 6266 de 2019. Por el contrario, la fortaleció.

En virtud de lo anterior, es dable afirmar que con la expedición de la Resolución 8929 de 2019 no se puso fin a la medida cautelar de suspensión del giro directo ordenada a través de la Resolución 6266 de 2019, pues no desaparecieron los fundamentos de hecho o de derecho que motivaron la adopción de esta última.

Ahora bien, teniendo en cuenta que: i) EMDISALUD se encuentra inmersa en proceso de liquidación, y ii) que el artículo 10 de la Ley 1608 de 2013 impone la realización del giro directo en el marco de un proceso liquidatorio<sup>87</sup>, corresponde al

---

<sup>87</sup> Art. 10. Giro directo de EPS en medidas de vigilancia especial, intervenidas o en liquidación. Las Entidades Promotoras de Salud, que se encuentren en medida de vigilancia especial, intervención o liquidación por parte del organismo de control y vigilancia competente, girarán como mínimo el 80% de las Unidades de Pago por Capitación reconocidas, a las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud, directamente desde el Fosyga o desde el mecanismo de recaudo o giro creado en desarrollo del artículo 31 de la Ley 1438 de 2011.

liquidador, como director del proceso<sup>88</sup> y mediante la correspondiente actuación administrativa, determinar si se mantiene o levanta la medida cautelar de suspensión del giro directo.

#### 4. La compensación de los recursos retenidos por ADRES

En lo que respecta a la pregunta número 5 de la consulta, esto es, si terminada la vigencia de la Resolución 6226 de 2019, la ADRES tendría que girar a EMDISALUD los recursos correspondientes a los giros directos que no se realizaron como consecuencia de la medida cautelar, o, por el contrario, la autoridad administrativa estaría facultada para compensar dichos recursos, la Sala considera lo siguiente:

i) Como se indicó con anterioridad, los recursos que se encuentran en poder de la ADRES en cumplimiento de lo ordenado por la Resolución 6266 de 2019 son recursos del SGSSS, no de la EPS. Por lo tanto, no integran la masa objeto de liquidación.

ii) La Resolución 574 de 2017 del Ministerio de Salud<sup>89</sup>, en concordancia con lo previsto en el art. 2 de la Ley 1797 de 2016, impone a los liquidadores de las EPS una serie de obligaciones que deben cumplirse antes del establecimiento de la masa de liquidación<sup>90</sup>. Dentro de dichas obligaciones se destaca la restitución de los recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud, antes de constituirse la masa a liquidar. Así lo establece el art 2 de esta resolución.

iii) Al tratarse de recursos pertenecientes al Sistema General de Seguridad Social en Salud, que no integran por tanto la masa de liquidación de EMDISALUD, y cuya administración tiene a su cargo la ADRES, resultaría contrario a los principios de economía, eficiencia y coordinación, que dicha entidad tuviera que remitir los recursos, para que el liquidador, una vez recibidos, los deba regresar de nuevo a la misma autoridad administrativa.

---

<sup>88</sup> ARTÍCULO 3. DEL CARGO DE LIQUIDADOR. El liquidador es la persona natural o jurídica que actúa como administrador y representante legal de la entidad en proceso de intervención forzosa administrativa para liquidar. Sus funciones serán las asignadas por la ley, en especial las de aseguramiento en salud, y la continuidad en la prestación de los servicios de salud de la entidad objeto de la medida, mientras otra entidad se encarga de la afiliación o prestación de servicios a la población afiliada o vinculada a la entidad, así como adelantar en el menor tiempo posible el trámite de liquidación de los activos de la entidad objeto de la medida y del pago de pasivo correspondiente, con especial cuidado respecto de las historias clínicas de los usuarios, historias laborales y en general el archivo de la entidad. Superintendencia Nacional de Salud. Resolución 2599 de 6 de septiembre de 2016.

<sup>89</sup> ART. 1º—**Objeto.** La presente resolución tiene por objeto fijar el procedimiento que las entidades promotoras de salud (EPS) de los regímenes contributivo y subsidiado, las entidades obligadas a compensar (EOC) y las cajas de compensación familiar (CCF) que administran el régimen subsidiado, cualquiera sea su naturaleza jurídica, e instituciones prestadoras de servicios de salud (IPS), que se encuentren en proceso de liquidación, que se liquiden voluntariamente o sean sujeto de intervención forzosa administrativa para liquidar por parte de la Superintendencia Nacional de Salud, deben realizar para culminar de manera satisfactoria el proceso de cierre y aclaración de los asuntos pendientes ante el Fosyga o quien haga sus veces.

<sup>90</sup> **Obligaciones del liquidador.** El liquidador de las entidades promotoras de salud (EPS) de los regímenes contributivo y subsidiado, de las entidades obligadas a compensar (EOC), de las cajas de compensación familiar (CCF) que administran el régimen subsidiado e instituciones prestadoras de salud (IPS) en lo aplicable, que se encuentren en proceso de liquidación, que se liquiden voluntariamente o sean sujeto de intervención forzosa administrativa para liquidar por parte de la Superintendencia Nacional de Salud, deberá realizar las siguientes acciones y procesos en un término máximo de seis (6) meses contados a partir del acto administrativo que autorice u ordene la liquidación, salvo para las acciones previstas en el literal a) de los numerales 1º y 2º de este artículo y en todo caso, antes del establecimiento de la masa de liquidación, así:

En el mismo sentido, debe tenerse en cuenta la exigencia de garantizar la seguridad e integridad de los recursos del Sistema de Salud y su destinación exclusiva, pues si la ADRES tuviera que entregar tales sumas de dinero a la EPS en liquidación, y esperar a que esta se los devolviera, se correría el riesgo de que dichos recursos se destinaran, total o parcialmente, a otros fines.

iv) Como se analizó precedentemente, la facultad que tiene la ADRES para realizar la compensación de las obligaciones del sistema con una EPS, se mantiene aún en la etapa de liquidación de una EPS o IPS. Lo anterior, teniendo en cuenta:

- El privilegio otorgado por el art. 12 de la Ley 1797 de 2016 al cubrimiento de las deudas que tengan las EPS o IPS en liquidación, en favor del FOSYGA.

- El parágrafo 1 del artículo 2.6.4.3.1.1.1. del Decreto 780 de 2016, que autoriza a descontar del monto que resulte del proceso de compensación que realiza la ADRES<sup>91</sup> “los valores correspondientes a las operaciones financieras realizadas en el marco del artículo 41 del Decreto - Ley 4107 de 2011, **la Ley 1608 de 2013** y demás normas que las reglamenten, modifiquen o sustituyan, **los que resulten de aplicar el reintegro de recursos apropiados o reconocidos sin justa causa, los descuentos a favor de la cuenta de alto costo en los casos de incumplimiento en el giro de los recursos (...)**”. (Resalta la Sala).

Se trata de actos administrativos que tienen un fundamento legal y están sujetos al control de legalidad propio de la naturaleza de estos actos.

- El artículo 7º de la Ley 1949 de 2019, el cual establece:

Una vez quede en firme el acto administrativo que ordena el reintegro, de conformidad con el procedimiento definido, la ADRES o quien haga sus veces o cualquier entidad o autoridad pública que, en el ejercicio de sus competencias o actividades como participante o actor en el flujo de recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud, **compensará su valor contra los reconocimientos que resulten a favor del deudor por los diferentes procesos que ejecuta ante la entidad. En todo caso, los valores a reintegrar serán actualizados con el Índice de Precios al Consumidor (IPC).** (Subraya la Sala)

- El artículo 7<sup>92</sup> de la Resolución 574 de 2017 del Ministerio de Salud y Protección Social, que autoriza la compensación de saldos adeudados a la ADRES, con los recursos que por cualquier concepto representen saldos a favor de una EPS en liquidación, facultad de compensación que, como se indicó, no está radicada en cabeza del liquidador, sino de la ADRES, con la concurrencia del liquidador.

Por lo tanto, a la luz de las consideraciones anteriores, resulta válido afirmar que la ADRES puede realizar los procesos de compensación, aun frente a EPS en

---

<sup>91</sup> Esto es, la compensación de los valores que la entidad debe reconocer a las EPS o EOC por concepto de UPC, de incapacidades originadas por enfermedad general de los afiliados cotizantes y de los recursos para financiar las actividades de promoción de la salud y de prevención de la enfermedad, de los afiliados al régimen contributivo

<sup>92</sup> Compensación de deudas.

Se compensarán los saldos adeudados al FOSYGA o quien haga sus veces, por las EPS o EOC, las CCF que administren el Régimen Subsidiado en liquidación y las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud, con los recursos que por cualquier concepto representen saldos a favor de las mismas y que, por tanto, les deban ser reconocidos.

liquidación, en los términos y plazos señalados en este concepto. Si luego de realizada dicha compensación, según los artículos 2.6.4.3.1.1.1. del Decreto 780 de 2016 y 7º de la Ley 1949 de 2019, resultan valores en favor EMDISALUD, estos deberán ser girados en las condiciones establecidas por el liquidador.

Si el liquidador levanta la medida cauteral de suspensión de giro directo, la ADRES deberá realizar estos giros en los términos señalados por el liquidador. Lo anterior, sin perjuicio de la facultad que tiene la ADRES para aplicar las compensaciones y descuentos y que se mantiene en los procesos de liquidación de las EPS, en los términos y plazos analizados en este concepto<sup>93</sup>.

Con base en las consideraciones expuestas en el presente concepto,

### **III. LA SALA RESPONDE:**

1. *¿La Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud está obligada a presentar reclamaciones ante las entidades promotoras de salud o instituciones prestadoras de servicios de salud en liquidación, en los plazos que determinen los agentes especiales liquidadores?*

Para dar cumplimiento al art. 12 de la Ley 1797 de 2016 y cubrir los recursos adeudados a la ADRES de manera previa a la aplicación de la prelación de créditos a los acreedores, el liquidador de una EPS debe realizar, en un período máximo de 6 meses contados a partir del acto administrativo que ordena la liquidación, la identificación de las deudas que se tengan con esa entidad. Lo anterior, de conformidad con la reglamentación de la Resolución 574 de 2017, del Ministerio de Salud y Protección Social.

Dentro del referido período, la ADRES debe determinar los dineros que deben permanecer en su poder y reclamar los demás que le deben ser restituidos por la EPS en liquidación, de conformidad con los procesos de compensación o descuento que están a su cargo, en los términos expuestos en este concepto.

Lo anterior, para que sean cubiertos por el liquidador antes de aplicar la prelación de créditos a sus acreedores y sin perjuicio de las observaciones, oposiciones y reclamaciones que, a su vez, puede y debe realizar el liquidador en nombre de la EPS en liquidación.

Asimismo, el liquidador debe realizar las respectivas reservas de recursos financieros para el pago de los recursos que le corresponden a la ADRES y que hacen parte del SGSSS.

2. *¿La Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud está facultada para retener recursos que resulten a su favor de las entidades en liquidación y para compensar unilateralmente, sin la previa aceptación del agente liquidador, las obligaciones mutuas que existan con estas?*

---

<sup>93</sup> Le corresponderá al liquidador, en ejercicio de su competencia, determinar las medidas procedentes, en aras de garantizar la protección de los recursos públicos y los derechos de los acreedores de la EPS en liquidación, en los términos señalados en las normas analizadas.

3. *En caso de que (sic) agente especial liquidador no acredite la constitución de las reservas de que trata el literal b del numeral 1º del artículo 2 de la Resolución 574 de 2017, ¿puede la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud retener los recursos de la entidad en liquidación que tenga en su poder y practicar compensaciones automáticas?*

Por unidad de materia, procede la Sala a responder de manera conjunta las preguntas 2 y 3:

La ADRES puede realizar las compensaciones y descuentos que están a su cargo, aun en los procesos de liquidación de las EPS, en los términos y plazos analizados en este concepto.

En consecuencia, la ADRES puede determinar y reclamar los recursos del SGSSS que, como resultado de las referidas compensaciones o descuentos, deben permanecer en su poder, aunque el liquidador no haya realizado las correspondientes reservas de los recursos financieros.

Las actuaciones de la ADRES corresponden a actos administrativos, sujetos al control de legalidad.

Los recursos del SGSSS que administra la ADRES no integran la masa de liquidación de la respectiva EPS y deben ser cubiertos de manera previa a la aplicación de la prelación de crédito de la entidad, de conformidad con lo previsto en el art. 12 de la Ley 1797 de 2016.

4. *¿La Resolución 6266 de 2019, expedida por la Superintendencia Nacional de Salud, que ordenó a la Administradora de los Recursos el Sistema General de Seguridad Social en Salud no realizar el giro directo autorizado por Emdisalud E.S.S. EPS-S, se entiende derogada por la Resolución 8929 de 2019, que ordenó la liquidación de esa entidad, o es necesario que el ente de inspección, vigilancia y control expida un nuevo acto administrativo que termine expresamente su vigencia?*

La medida cautelar de suspensión del giro directo ordenada a través de la Resolución 6266 de 2019 no perdió su vigencia con la expedición de la Resolución 8929 del mismo año.

Sin embargo, teniendo en cuenta que: i) Emdisalud E.S.S. EPS-S se encuentra inmersa en proceso de liquidación, y ii) que el artículo 10 de la Ley 1608 de 2013 impone la realización del giro directo en el marco de un proceso liquidatorio, corresponde al liquidador, como director del proceso y mediante la correspondiente actuación administrativa, determinar si se mantiene o levanta la medida cautelar de suspensión del giro directo.

5. *Terminada la vigencia de la Resolución 6266 de 2019, ¿la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud tendría que girar a Emdisalud E.S.S. EPS-S, en Liquidación, los recursos correspondientes a los giros directos que no se realizaron como consecuencia de la medida cautelar, o, por el contrario, se encuentra facultada para compensar con esos recursos, las obligaciones mutuas que tengan la entidad en liquidación y el Sistema?*



Si el liquidador levanta la medida cautelar de suspensión de giro directo, la ADRES deberá realizar estos giros en los términos señalados por el liquidador, en ejercicio de sus competencias legales. Lo anterior, sin perjuicio de la facultad que tiene la ADRES para aplicar las compensaciones y descuentos, la cual se mantiene en los procesos de liquidación de las EPS, en los términos y plazos analizados en este concepto.

No obstante, si luego de realizada la compensación, resultan valores en favor de Emdisalud, estos deberán ser girados por la ADRES, en las condiciones que determine el liquidador de la EPS, quien deberá adoptar las medidas que considere pertinentes.

Remítase al Ministerio de Salud y Protección Social y envíese copia a la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República

**ÁLVARO NAMÉN VARGAS**

Presidente de la Sala

**ÓSCAR DARÍO AMAYA NAVAS**

Consejero de Estado

**GERMÁN ALBERTO BULA ESCOBAR**

Consejero de Estado

**ÉDGAR GONZÁLEZ LÓPEZ**

Consejero de Estado

**REINA CAROLINA SOLÓRZANO HERNÁNDEZ**

Secretaria de la Sala