



CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN PRIMERA

Bogotá, D.C., diez (10) de marzo de dos mil veintidós (2022)

CONSEJERA PONENTE: NUBIA MARGOTH PEÑA GARZÓN

Número único de radicación: 110010324000 2011 00338 00

Referencia: Medio de control de nulidad

Actor: Jairo José Arenas Romero

TESIS: SE DECLARA LA NULIDAD DE LA DISPOSICIÓN ACUSADA, POR CUANTO DENTRO DE LAS MEDIDAS DE PAGO DE LOS RECOBROS AL FOSYGA EL INCUMPLIMIENTO DEL PLAZO PREVISTO CONLLEVA LA CAUSACIÓN DE INTERESES MORATORIOS. DE AHÍ QUE NO SEA VIABLE QUE EL PRECEPTO NORMATIVO DEMANDADO PREVEA QUE LA ENTIDAD REGULADORA PUEDA EXIGIR LA RENUNCIA A CUALQUIER TIPO DE INTERÉS Y OTROS GASTOS PARA PODER ACCEDER AL PAGO DE LA OBLIGACIÓN PRINCIPAL. REITERACIÓN JURISPRUDENCIAL.

SENTENCIA DE ÚNICA INSTANCIA

La Sala decide la demanda de nulidad presentada por el señor **JAIRO JOSÉ ARENAS ROMERO** contra el numeral 4 del artículo 2º de la Resolución núm. 1275 de 20 de abril de 2011, expedida por el **MINISTERIO DE LA PROTECCIÓN SOCIAL**, *"por la cual se establece una medida de pago dentro del procedimiento de recobro para garantizar el flujo oportuno de recursos a las Entidades Promotoras de Salud"*.



Número único de radicación: 110010324000 2011 00338 00
Actor: Jairo José Arenas Romero

I.- ANTECEDENTES

I.1.- El señor **JAIRO JOSÉ ARENAS ROMERO**, actuando en nombre propio, en ejercicio de la acción de nulidad prevista en el artículo 84 del Código de lo Contencioso Administrativo -CCA, presentó demanda ante esta Corporación, con la finalidad de desvirtuar la legalidad del numeral 4 del artículo 2° de la Resolución núm. 1275 de 20 de abril de 2011, expedida por el **MINISTERIO DE LA PROTECCIÓN SOCIAL**.

I.2.- Como hechos relevantes de la demanda fueron señalados los siguientes:

Expuso que, a través de la Resolución núm. 1275 de 20 de abril de 2011, el **MINISTERIO DE LA PROTECCIÓN SOCIAL** estableció un trámite para garantizar el pago expedito del 30 % de los recobros efectuados por las **ENTIDADES PROMOTORAS DE SALUD -EPS¹** al **FONDO DE SOLIDARIDAD Y GARANTÍA -FOSYGA²**.

Adujo que, no obstante, mediante la disposición cuestionada la referida entidad limitó el acceso a dicho procedimiento a las **EPS** que

¹ En adelante EPS.

² En adelante FOSYGA.



Número único de radicación: 110010324000 2011 00338 00
Actor: Jairo José Arenas Romero

de forma expresa renunciaran al cobro de intereses y otros gastos en cualquiera de sus modalidades.

I.3.- NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN.

Como disposiciones transgredidas el actor invocó los artículos 2º, 13, 48, 49, 58, 83, 90 y 209 de la Constitución Política, 65 de la Ley 45 de 18 de diciembre de 1990³, 13 de la Ley 1122 de 9 de enero de 2007⁴ y 1º y 4º del Decreto Ley 1281 de 19 de junio de 2002⁵.

En el concepto de violación el actor planteó dos acápites que denominó y desarrolló así:

I.3.1.- "EL ESTADO NO PUEDE EXONERARSE A SI MISMO DE SU RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL"

Explicó que el recobro al **FOSYGA** es procedente cuando una **EPS** ha tenido que asumir el costo de un servicio excluido del Plan Obligatorio de Salud **-POS⁶**, como consecuencia de una decisión de un Comité

³ "Por la cual se expiden normas en materia de intermediación financiera, se regula la actividad aseguradora, se conceden unas facultades y se dictan otras disposiciones".

⁴ "Por la cual se hacen algunas modificaciones en el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones"

⁵ "por el cual se expiden las normas que regulan los flujos de caja y la utilización oportuna y eficiente de los recursos del sector salud y su utilización en la prestación."

⁶ En adelante POS.



Número único de radicación: 110010324000 2011 00338 00
Actor: Jairo José Arenas Romero

Técnico Científico o una sentencia de tutela, con la finalidad de mantener la estabilidad del sistema y garantizar el equilibrio económico.

Argumentó que, el hecho de que la disposición acusada exija la renuncia de los intereses causados y de los demás gastos, como condición para pagar el 30 % del valor que se recobra, significa que el Estado estableció la exoneración de su responsabilidad en caso de incumplimiento de sus obligaciones.

Arguyó que, con fundamento en el artículo 90 de la Constitución Política, el Estado está obligado a responder por sus actos, razón por la cual el pago inoportuno de los recobros a cargo del **FOSYGA** genera intereses moratorios como medida resarcitoria por el perjuicio causado al respectivo acreedor.

Expresó que es inconstitucional otorgar preferencias en favor de la administración pública, en detrimento del poder adquisitivo del dinero que adeuda a los particulares, dado que el ordenamiento jurídico está fundado en la garantía a la propiedad privada y la salvaguarda del patrimonio de los ciudadanos.



Número único de radicación: 110010324000 2011 00338 00
Actor: Jairo José Arenas Romero

Sostuvo que la disposición cuestionada atenta contra los artículos 2º, 13, 58 y 83 de la Constitución Política, que imponen al Estado el deber de proteger a las personas en su vida, honra y bienes, así como la obligación de garantizar la igualdad de los particulares ante las cargas públicas, la propiedad privada y los derechos adquiridos con arreglo a las leyes civiles.

Aseguró que conforme con los artículos 1º y 4º del Decreto 1281 de 2002, el pago oportuno de los recursos de la salud lleva implícita la eficacia en el manejo de los mismos, de forma que los intereses moratorios generados por la atención inoportuna de los recobros que efectúan las **EPS** son parte de la integridad misma del sistema.

Explicó que el procedimiento establecido en la Resolución núm. 1275 de 20 de abril de 2011 garantiza el flujo oportuno del 30% del recobro, no obstante, si la administración no paga el saldo dentro del término que le corresponde, no habría lugar a que las **EPS** recibieran la reparación del daño causado por la mora, por cuanto debieron renunciar al pago de intereses en todas sus modalidades.

Que el artículo 13 de la Ley 1122 de 2007 prevé intereses a cargo de los actores del sistema de salud, en caso de incumplimiento en el



Número único de radicación: 110010324000 2011 00338 00
Actor: Jairo José Arenas Romero

plazo para el pago de sus obligaciones, razón por la cual no hay justificación para que se establezcan prerrogativas sobre este aspecto en favor del Estado.

Expuso que los intereses moratorios constituyen la indemnización por la mora del deudor en el cumplimiento de sus obligaciones, por lo que conforme con el artículo 65 de la Ley 45 de 1990, deben ser pagados incluso si no son pactados.

Respecto de la responsabilidad patrimonial del Estado prevista en el artículo 90 de la Constitución Política, citó las sentencias C 892 y C 333 de 1999, expedidas por la Corte Constitucional.

I.3.2.- "EL APARTE DEMANDADO ATENTA CONTRA LOS FINES ESENCIALES DEL ESTADO"

Adujo que el artículo 13 de la Constitución Política fue vulnerado por la disposición acusada, porque no existe ninguna razón que justifique un trato desigual respecto del reconocimiento de intereses moratorios, por el incumplimiento de las obligaciones dinerarias a cargo del Estado, cuando este sí exige a los particulares el pago de aquellos cuando se causan a su favor.



Número único de radicación: 110010324000 2011 00338 00
Actor: Jairo José Arenas Romero

Alegó que, en efecto, mientras que la administración censura y castiga la mora en el pago de las obligaciones de los particulares, pretende exonerarse de las sanciones que conllevan el incumplimiento de las suyas.

Agregó que conforme con la Ley 1122 de 2007, así como con lo señalado por la Corte Constitucional en sentencias C 463 y C 316 de 2008, los servicios médicos no incluidos en el POS que sean requeridos deben ser financiados con los recursos del **FOSYGA** en lo que concierne al régimen contributivo, con la finalidad de lograr el equilibrio del sistema de salud.

I.4.- CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

El **MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL** contestó la demanda fuera de término⁷.

II.- ALEGATOS DE CONCLUSIÓN Y CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

II.1.- El **MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL** puso

⁷ El proceso fue desfijado de lista el 13 de abril de 2012, mientras que el memorial de la entidad demandada fue radicado el 19 de abril siguiente.



Número único de radicación: 110010324000 2011 00338 00
Actor: Jairo José Arenas Romero

de presente que la Resolución núm. 1275 de 2011, dentro de la cual se encuentra la disposición acusada, fue derogada en su integridad a través de la Resolución núm.65 de 2011⁸, por lo cual, en su criterio la acción de la referencia carece de objeto, por cuanto la disposición cuestionada no está produciendo efectos.

Manifestó que el actor no explicó la presunta vulneración a las normas citadas en la demanda, además, que, contrario a lo señalado en ésta, el gobierno se ha empeñado en buscar mecanismos para obtener la liquidez de las **EPS**, en los términos ordenados por la Corte Constitucional en la sentencia T-760 de 2008.

Comentó que si bien el Estado está obligado a responder por las erogaciones de las **EPS**, el procedimiento para el reconocimiento de los recursos respectivos debe ajustarse a las condiciones legales establecidas en la normatividad aplicable.

Informó que el **FOSYGA** es una cuenta sin personería jurídica, cuyo procedimiento para el reconocimiento de las obligaciones a su cargo está señalado en el Decreto Ley 1281 de 2002 y en la Resolución

⁸ "Por la cual se establece una medida de pago dentro del procedimiento de recobro para garantizar el flujo oportuno de los recursos a las Entidades Promotoras de Salud".



Número único de radicación: 110010324000 2011 00338 00
Actor: Jairo José Arenas Romero

núm. 3099 de 19 de agosto de 2008⁹, esta última en lo relativo a los cobros por suministro de medicamentos y servicios médicos no incluidos en el POS.

Expresó que el actor hizo una interpretación errada a la disposición que cuestiona, porque ésta no prevé de manera taxativa el deber de renunciar al pago de intereses moratorios, sino solo que las **EPS** que deseen acogerse a la medida de pago allí establecida, podrán tener un flujo inmediato de caja, previo al proceso de auditoría de los cobros.

Agregó que los recursos del Sistema General de Seguridad Social en salud gozan de una especial protección constitucional, que los sitúa en una posición prevalente sobre las normas que regulen cualquier proceso de liquidación.

II.2.- El señor **JUAN DIEGO BUITRAGO GALINDO** en calidad de coadyuvante de la parte actora, señaló que, si bien la disposición cuestionada fue derogada, tal situación no impide el estudio de legalidad, en relación con el tiempo durante el cual estuvo vigente.

⁹ "Por la cual se reglamentan los Comités Técnico-Científicos y se establece el procedimiento de cobro ante el Fondo de Solidaridad y Garantía, FOSYGA, por concepto de suministro de medicamentos, servicios médicos y prestaciones de salud no incluidos en el Plan Obligatorio de Salud, POS autorizados por Comité Técnico Científico y por fallos de tutela"



Número único de radicación: 110010324000 2011 00338 00
Actor: Jairo José Arenas Romero

Advirtió que, el hecho de que se obligue a las **EPS** a renunciar a sus derechos patrimoniales en el trámite de los recobros constituye una violación, no solo a la garantía de la propiedad privada, sino también a la obligación del Estado de responder patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables.

Agregó, que el presente caso tiene elementos en común, con los resueltos por esta Corporación dentro de los expedientes con número único de radicación 2003-00327-00, 2004-139-00 y 2012-00350-00.

II.3.- El agente del **MINISTERIO PÚBLICO**¹⁰ concluyó que la disposición cuestionada debe ser anulada por transgredir los artículos 1º y 4º del Decreto 1281 de 2002 y 90 de la Constitución Política.

Explicó que si bien el trámite previsto en la Resolución núm. 1275 de 20 de abril de 2011 permite un flujo oportuno de los recursos para financiar los servicios de salud, el requisito previsto en la disposición cuestionada transgrede el derecho de las entidades promotoras de salud a recibir el pago de intereses moratorios por el incumplimiento

¹⁰ El concepto fue rendido por el doctor Roberto Augusto Serrato Valdés, en su condición de Procurador Delegado para la Conciliación Administrativa, razón por la que el 1o. de junio de 2016 manifestó impedimento para intervenir en el presente proceso, el cual fue declarado fundado en proveído de 24 de febrero de 2017, por lo que se le separó del conocimiento de este asunto.



Número único de radicación: 110010324000 2011 00338 00
Actor: Jairo José Arenas Romero

de los plazos previstos en el ordenamiento jurídico para el pago de los recobros, conforme con lo señalado en el artículo 4° del Decreto Ley 1281 de 2002.

Destacó que la disposición cuestionada establece, en últimas, un régimen de irresponsabilidad del Estado, que traslada a las **EPS** la carga de asumir la pérdida que se ha originado por el pago tardío de los recobros, por lo que hay una trasgresión del artículo 90 de la Constitución Política.

III.- CONSIDERACIONES DE LA SALA

III.1.- Acto demandado

En el presente asunto es acusado el numeral 4 del artículo 2° de la Resolución núm. 1275 de 20 de abril de 2011, expedida por el **MINISTERIO DE LA PROTECCIÓN SOCIAL**, *"por la cual se establece una medida de pago dentro del procedimiento de recobro para garantizar el flujo oportuno de recursos a las Entidades Promotoras de Salud"*.

La resolución de la que hace parte el numeral cuestionado señala:



Número único de radicación: 110010324000 2011 00338 00
Actor: Jairo José Arenas Romero

“[...] RESOLUCIÓN 1275 DE 2011

(abril 20)

Diario Oficial No. 48.053 de 27 de abril de 2011

MINISTERIO DE LA PROTECCIÓN SOCIAL

Por la cual se establece una medida de pago dentro del procedimiento de recobro para garantizar el flujo oportuno de recursos a las Entidades Promotoras de Salud.

EL MINISTRO DE LA PROTECCIÓN SOCIAL,

en ejercicio de sus atribuciones legales, en especial las conferidas por el artículo 173 de la Ley 100 de 1993 y el parágrafo 4o del artículo 13 de la Ley 1122 de 2007, y

CONSIDERANDO:

Que la Sentencia T-760 de 2008, impartió una serie de órdenes al Ministerio de la Protección Social, entre las cuales señaló:

“Vigésimo cuarto. Ordenar al Ministerio de la Protección Social y al administrador fiduciario de Fosyga que adopten medidas para garantizar que el procedimiento de recobro por parte de las Entidades Promotoras de Salud ante el Fosyga, así como ante las entidades territoriales respectivas, sea ágil y asegure el flujo oportuno y suficiente de recursos al sistema de salud para financiar los servicios de salud, tanto en el evento de que la solicitud se origine en una tutela como cuando se origine en una autorización del Comité Técnico Científico.

(...)”.

Vigésimo séptimo. – Ordenar al Ministerio de Protección Social que tome las medidas necesarias para que el sistema de verificación, control y pago de las solicitudes de recobro funcione de manera eficiente, y que el Fosyga desembolse prontamente los dineros concernientes a las solicitudes de recobro. El Ministerio de Protección Social podrá definir el tipo de medidas necesarias.

(...)”.

Que en observancia de las precitadas órdenes y con el fin de optimizar el flujo de caja y la utilización oportuna y eficiente de



Número único de radicación: 110010324000 2011 00338 00
Actor: Jairo José Arenas Romero

los recursos del sector salud en la prestación de estos servicios, se hace necesario que este Ministerio, en su calidad de Consejo Administrador de los Recursos del Fondo de Solidaridad y Garantía – Fosyga, establezca una medida que permita efectuar pagos de forma previa al proceso de auditoría integral que en cumplimiento de la normativa vigente realiza el administrador fiduciario de los recursos de dicho Fondo a los recobros efectuados por concepto de suministro de medicamentos, servicios médicos y prestaciones de salud no incluidos en el Plan Obligatorio de Salud – POS y que deben asumirse con cargo a estos recursos.

RESUELVE:

ARTÍCULO 1o. Artículo modificado por el artículo 1 de la Resolución 4955 de 2011. Autorizar al administrador fiduciario de los recursos del Fondo de Solidaridad y Garantía – Fosyga, o quien haga sus veces, para que de manera previa al proceso de auditoría integral que le corresponde realizar, efectúe el quinto día hábil siguiente al vencimiento del término máximo para la radicación de las solicitudes de recobro por concepto de suministro de medicamentos, servicios médicos y prestaciones de salud no incluidos en el Plan de Beneficios, a través de los formatos MYT01 y MYT02, un porcentaje variable que se calculará de acuerdo con el valor total de los recobros radicados dentro del correspondiente mes, al que deberá restársele tanto el valor resultante de la glosa promedio de los doce últimos meses como una desviación estándar. Los cálculos de este valor se realizarán teniendo en cuenta la información correspondiente a cada EPS.

PARÁGRAFO. En la glosa promedio de que trata el presente artículo, no se tendrá en cuenta la referente a causal de extemporaneidad.

ARTÍCULO 2o. La procedencia del pago que se autoriza a través de la presente resolución, estará supeditada al cumplimiento de los siguientes requisitos:

2. Que el Representante Legal de la Entidad Promotora de Salud, autorice descontar de los pagos que deba efectuar el Fosyga por concepto de compensación, recobros de medicamentos, servicios médicos y prestaciones de salud no incluidas en el Plan Obligatorio de Salud – POS, correspondientes a otros períodos o pagos de cualquier otra índole, los montos correspondientes para el evento en que el valor aprobado en la auditoría de los recobros cuya medida de pago se autoriza en este acto administrativo, resulte inferior al pago de que trata el artículo 1o



Número único de radicación: 110010324000 2011 00338 00
Actor: Jairo José Arenas Romero

de esta resolución.

El Ministerio de la Protección Social o la entidad que se defina para tal efecto, acudirán al mecanismo que sea necesario para obtener el reintegro de los valores de que trata el inciso anterior cuando a ello haya lugar.

3. Certificación sobre el valor a pagar expedida por el administrador fiduciario de los recursos del Fondo de Solidaridad y Garantía – Fosyga o quien haga sus veces, que deberá contener el concepto de procedibilidad del pago emitido por el supervisor y/o interventor del contrato de encargo fiduciario a efecto de que se proceda por parte del Ministerio de la Protección Social a la ordenación del gasto.

4. Las Entidades Promotoras de Salud que se acojan a la medida establecida mediante esta resolución, deberán renunciar expresamente al cobro de intereses, cualquiera que sea su modalidad y otros gastos independientemente de su denominación, respecto de los recobros correspondientes al período cuyo pago se efectúe en aplicación de la medida aquí autorizada.

ARTÍCULO 3o. VIGENCIA. La presente resolución rige a partir de la fecha de publicación.

Publíquese y cúmplase [...]”. (Destacado fuera de texto).

III.- 2 Cuestión previa, procedencia del control de legalidad

La Sala advierte que la Resolución núm. 1275 de 20 de abril de 2011, de la cual hace parte la disposición acusada, fue derogada de forma expresa por el artículo 3° de la Resolución 65 de 21 de noviembre 2011.

A pesar de que han desaparecido los fundamentos de hecho y de



Número único de radicación: 110010324000 2011 00338 00
Actor: Jairo José Arenas Romero

derecho de la demanda¹¹, para la Sala, esta circunstancia no la releva de emitir un pronunciamiento de fondo, pues este evento no impide proferir una decisión que cobije los efectos jurídicos producidos por dicho acto administrativo mientras tuvo vigencia.

Sobre este aspecto, esta Sección ha señalado¹²:

"[...] Al respecto, la Sala recuerda que es reiterada la jurisprudencia del Consejo de Estado que ha sostenido que la figura de la derogatoria del acto administrativo no impide el juicio de legalidad del mismo, en tanto éste debe realizarse según las circunstancias vigentes al momento de su expedición y, además, por cuanto tal circunstancia sólo opera hacia el futuro, toda vez que la desaparición del acto no afecta su validez.

Sobre el particular, la Sala recuerda lo que en su momento consideró la Sala Plena de la Corporación en sentencia de 14 de enero de 1991:

"...aún a pesar de haber sido ellos derogados, es necesario que esta Corporación se pronuncie sobre la legalidad o ilegalidad de los actos administrativos de contenido general que se impugnen en ejercicio de la acción de nulidad, pues solamente así se logra el propósito último del otrora llamado contencioso popular de anulación, cual es el imperio del orden jurídico y el restablecimiento de la legalidad que no se recobran por la derogatoria de la norma violadora, sino por el pronunciamiento definitivo del juez administrativo. Y mientras el pronunciamiento no se produzca, tal norma, aún si derogada, conserva y proyecta la presunción de legalidad que la ampara, alcanzando en sus efectos a aquellos actos de contenido particular que hubieren sido expedidos durante su vigencia" (Negrillas fuera de texto).

En igual sentido, esta Sala de Decisión en reciente jurisprudencia, sostuvo que **"en consideración a los efectos**

¹¹ Radicada el 23 de agosto de 2011.

¹² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia de 10. de diciembre de 2016, CP Roberto Augusto Serrato Valdés, número único de radicación 13001-23-31-000-2012-00192-02.



Número único de radicación: 110010324000 2011 00338 00
Actor: Jairo José Arenas Romero

que produjo el acto acusado durante su vigencia y al compromiso que la Constitución y la ley asignan al contencioso administrativo con la guarda de la integridad del orden jurídico, se impone efectuar el control de legalidad de las disposiciones demandadas” (Negrillas fuera de texto).

Igualmente, se ha precisado que ***“que basta con la vigencia pasada (incluso por un breve lapso) del acto para pronunciarse sobre su validez, ya que durante el tiempo que rigió éste pudo haber producido efectos que se seguirán presumiendo legítimos hasta el momento en que se produzca la invalidación de su fuente por el juez natural del acto”*** (Negrillas fuera de texto).

Por lo anterior y contrario a lo señalado por los recurrentes, la derogatoria de un acto administrativo no trae aparejado el juicio de validez del mismo, además que *“no son los actos revocatorios de la Administración ni los derogatorios del Gobierno Nacional, sino las sentencias dictadas por los Jueces competentes de esta Jurisdicción, las decisiones con capacidad para restablecer el imperio de la legalidad”* [...].

III.3.- Problema jurídico

Corresponde a la Sala determinar si el numeral 4 del artículo 2º de la Resolución núm. 1275 de 20 de abril de 2011, expedida por el **MINISTERIO DE LA PROTECCIÓN SOCIAL**, al establecer que las **EPS** que quieran acogerse a la medida de pago dentro del procedimiento de recobro establecido en ese acto administrativo “[...] *deberán renunciar expresamente al cobro de intereses, cualquiera que sea su modalidad y otros gastos independientemente de su denominación* [...]”, vulnera los artículos 2º, 13, 48, 49, 58, 83, 90 y 209 de la Constitución Política, 65 de la Ley 45 de 1990, 13 de la Ley 1122 de 2007 y 1º y 4º del Decreto Ley 1281 de 2002.



Número único de radicación: 110010324000 2011 00338 00
Actor: Jairo José Arenas Romero

Para resolver el problema jurídico planteado, la Sala hará referencia al tema de recobros ante el **FOSYGA**, para enseguida abordar el caso concreto.

De los recobros ante el FOSYGA, generalidades

Con la entrada en vigencia de la Ley 100 de 23 de diciembre 1993¹³, los servicios de salud a los que podían acceder los afiliados y beneficiarios del sistema estaban limitados a los previstos en los POS, lo cual respondía en estricto sentido a una ecuación de equilibrio financiero.

No obstante, las limitaciones del POS para garantizar el derecho a la salud, llevaron a que este fuera protegido a través de órdenes impartidas en fallos de tutela en las que se disponía el suministro de servicios y medicamentos no incluidos en dichos planes cuando así se requería.

En la medida en que dichos servicios y medicamentos no incluidos en el POS conllevan gastos adicionales, sin que existiera

¹³ “Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones”.



Número único de radicación: 110010324000 2011 00338 00
Actor: Jairo José Arenas Romero

normatividad que previera sobre su forma de financiación, con fundamento en la sentencia SU-480 de 1997, expedida por la Corte Constitucional, las **EPS** quedaron autorizadas para recobrar al **FOSYGA** tales conceptos.

Como consecuencia de la sentencia SU-480 de 1997 referida, el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud expidió el Acuerdo núm. 83 de 1997, en cuyo artículo 8° fue autorizado el suministro de medicamentos no incluidos en el POS y se establecieron algunas reglas para su financiación, con cargos al **FOSYGA**.

El procedimiento para solicitar y pagar los recobros a cargo del **FOSYGA** fue establecido inicialmente por el entonces **MINISTERIO DE LA PROTECCIÓN SOCIAL**, a través de las resoluciones núms. 2312 de 1998, 2918 de 2003, 3797 de 2004 y 2933 de 2006.

Cabe resaltar que hasta la expedición de la Ley 715 de 21 de diciembre de 2001¹⁴, todos los recobros eran pagados por el FOSYGA, no obstante, a partir de esa norma las entidades territoriales asumieron lo correspondiente al régimen subsidiado.

¹⁴ "Por la cual se dictan normas orgánicas en materia de recursos y competencias de conformidad con los artículos 151, 288, 356 y 357 (Acto Legislativo 01 de 2001) de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones para organizar la prestación de los servicios de educación y salud, entre otros".



Número único de radicación: 110010324000 2011 00338 00
Actor: Jairo José Arenas Romero

Ahora bien, en la medida que aumentaba la necesidad de suministrar servicios y medicamentos no incluidos en el POS, los administradores del **FOSYGA** no tuvieron capacidad para dar respuesta a las solicitudes de recobro presentadas por la **EPS**, por lo que el retraso en los pagos conllevó la afectación del derecho a la salud por la carencia de recursos de los prestadores del servicio.

Ante la inoportunidad de los reembolsos, a través de la Ley 1122 de 2007¹⁵, fueron introducidas algunas medidas para garantizar el flujo de recursos hacia las **INSTITUCIONES PRESTADORAS DE SALUD -IPS**¹⁶, las cuales en últimas debían cumplir los planes y servicios a cargo de las **EPS**.

Entre las medidas adoptadas por el legislador a favor de las **IPS**, en el parágrafo 5 del artículo 13 de la norma referida, se definieron intereses moratorios, en caso de que las **EPS** no pagaran en término los servicios de salud contratados a aquellas.

La norma en comento señala:

¹⁵ “Por la cual se hacen algunas modificaciones en el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones”

¹⁶ En adelante IPS.



Número único de radicación: 110010324000 2011 00338 00
Actor: Jairo José Arenas Romero

“[...] ARTÍCULO 13. FLUJO Y PROTECCIÓN DE LOS RECURSOS. Los actores responsables de la administración, flujo y protección de los recursos deberán acogerse a las siguientes normas:

[...]

PARÁGRAFO 5o. Cuando los Entes Territoriales o las Entidades Promotoras de Salud, EPS o ARS no paguen dentro de los plazos establecidos en la presente ley a las Instituciones Prestadoras de Servicios, estarán obligadas a reconocer intereses de mora a la tasa legal vigente que rige para las obligaciones financieras [...]”.

La expedición de la Ley 1122 de 2007 implicó una garantía para mejorar el flujo de recursos hacia las **IPS**, no obstante, no influyó en el sistema de cobros para las **EPS**.

En ese orden de ideas y con ocasión de la sistemática vulneración del derecho a la salud, a través de la sentencia T 760 de 2008, la Corte Constitucional resaltó las deficiencias que tenía el trámite de cobros de los gastos con cargo al **FOSYGA** y adoptó una serie de órdenes específicas para agilizar los pagos en favor de las **EPS**.

Para tal efecto, la Corte exigió al gobierno el diseño de un plan de contingencia y de medidas para que el sistema de verificación, control y pago de las solicitudes de cobro funcionara de manera eficiente, y para que el **FOSYGA** desembolsara los dineros respectivos con prontitud.



Número único de radicación: 110010324000 2011 00338 00
Actor: Jairo José Arenas Romero

Al respecto, en la referida providencia la Corte Constitucional señaló:

"[...] La posibilidad de que las instituciones prestadoras de servicios (IPS) garanticen efectivamente la prestación de los servicios de salud requeridos por las personas, depende de la disponibilidad real de los recursos económicos que permitan a las entidades asumir los costos de los insumos necesarios para prestar los servicios y para mejorar su oferta en términos de tecnología y recursos humanos.

La Corte Constitucional reconoce que el flujo de recursos de las EPS a las IPS ha presentado problemas relacionados con la mora en el pago de los servicios prestados por estas últimas. Así también lo reconoció el legislador que en la reforma a la Ley 100 de 1993 efectuada mediante la Ley 1122 de 2007, adoptó medidas para garantizar el flujo oportuno de recursos a la IPS, así:

[...]

Dadas las reglas del actual Sistema de Salud, las entidades promotoras de salud, EPS, tienen un derecho constitucional al recobro, por concepto de los costos que no estén financiados mediante las unidades de pago por capitación (UPC). Para garantizar el derecho a la salud de los usuarios, el cual depende del flujo oportuno de recursos en el sistema, el procedimiento de recobro debe ser claro, preciso, ágil.

Actualmente, el procedimiento de recobro ante el FOSYGA por concepto de medicamentos autorizados por el Comité Técnico Científico (CTC) y servicios médicos ordenados por fallos de tutela se encuentra establecido en la Resolución 2933 de 2006. Si bien con anterioridad a la expedición de esta Resolución ya existía regulación sobre recobros.^[474]

[...]

A continuación se especifican algunos de los problemas del sistema de recobros que han sido identificados y que deben ser resueltos con miras a garantizar el adecuado flujo de recursos en el sistema, condición necesaria para asegurar el goce efectivo del derecho a la salud de las personas y para evitar que las personas se encuentren con barreras de acceso a los servicios que solo pueden superar mediante la interposición de una acción de



Número único de radicación: 110010324000 2011 00338 00
Actor: Jairo José Arenas Romero

tutela.^[499]

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

[...]

Vigésimo cuarto.- Ordenar al Ministerio de la Protección Social y al administrador fiduciario del Fosyga que adopten medidas para garantizar que el procedimiento de recobro por parte de las Entidades Promotoras de Salud ante el Fosyga, así como ante las entidades territoriales respectivas, sea ágil y asegure el flujo oportuno y suficiente de recursos al sistema de salud para financiar los servicios de salud, tanto en el evento de que la solicitud se origine en una tutela como cuando se origine en una autorización del Comité Técnico Científico.

Para dar cumplimiento a esta orden, se adoptarán por lo menos las medidas contenidas en los numerales vigésimo quinto a vigésimo séptimo de esta parte resolutive.

[...]

Vigésimo séptimo.- Ordenar al Ministerio de Protección Social que tome las medidas necesarias para que el sistema de verificación, control y pago de las solicitudes de recobro funcione de manera eficiente, y que el Fosyga desembolse prontamente los dineros concernientes a las solicitudes de recobro. El Ministerio de Protección Social podrá definir el tipo de medidas necesarias.

El Ministerio de Protección Social también podrá rediseñar el sistema de recobro de la manera que considere más adecuada, teniendo en cuenta: (i) la garantía del flujo oportuno y efectivo de recursos para financiar los servicios de salud, (ii) la definición de un trámite ágil y claro para auditar las solicitudes de recobro sin que el tiempo que dure el auditaje obstaculice el flujo de los recursos (iii) la transparencia en la asignación de los recursos del Fosyga y (iv) la asignación de los recursos para la atención eficiente de las necesidades y prioridades de la salud.

El 1º de febrero de 2009, el Ministerio de Protección Social deberá remitir a la Corte Constitucional la regulación mediante la cual se adopte este nuevo sistema. El nuevo sistema deberá



Número único de radicación: 110010324000 2011 00338 00
 Actor: Jairo José Arenas Romero

empezar a ser aplicado en el tercer trimestre del año 2009, en la fecha que indique el propio regulador [...]"

Estas órdenes fueron atendidas en particular mediante la Resolución 3099 de 2008, vigente al momento de la presentación de la demanda¹⁷, regulación que respecto del plazo para resolver y pagar las solicitudes de recobro elevadas al **FOSYGA** por las EPS preveía:

"[...] ARTÍCULO 13. El Ministerio de la Protección Social o la entidad que se defina para tal efecto, deberá adelantar el estudio de la solicitud de recobro e informar a la entidad reclamante el resultado del mismo, **a más tardar dentro de los dos (2) meses siguientes a su radicación, plazo dentro del cual se efectuará el pago de las solicitudes de recobro presentadas oportunamente** y en debida forma.

Como resultado del estudio, las solicitudes de recobro podrán ser objeto de rechazo, devolución, aprobación condicionada, inconsistencia o aprobación para pago [...]"

En este contexto fue expedida la Resolución núm. 1275 de 20 de abril de 2011, de la cual hace parte la disposición cuestionada, cuyo objeto es establecer una medida de pago dentro del procedimiento de recobro para garantizar el flujo de recursos a las **EPS**.

Caso concreto

A través de la Resolución núm. 1275 de 20 de abril de 2011, el

¹⁷ Esta resolución, así como las que la modificaron o adicionaron fueron derogadas a través de la Resolución 458 de 2013.



Número único de radicación: 110010324000 2011 00338 00
Actor: Jairo José Arenas Romero

entonces **MINISTERIO DE LA PROTECCIÓN SOCIAL** autorizó al administrador del **FOSYGA**, para que pagara a las **EPS** el 30 % del valor total de los recobros reclamados dentro del correspondiente mes, de forma previa al proceso de auditoría integral que le correspondía realizar.

Lo anterior, con el propósito de asegurar un flujo de recursos oportuno a las **EPS**, mientras se surtía el trámite de auditoría integral de las solicitudes y el pago completo de las acreencias a su favor.

Ahora bien, el numeral 4 del artículo 2° de la referida resolución, cuya nulidad el actor pretende, preveía que las **EPS** que quisieran acogerse a dicha medida, debían renunciar de forma expresa al cobro de intereses y otros gastos cualesquiera que fuera su modalidad, respecto de los recobros correspondientes al período cuyo pago se efectuara.

En el presente asunto, el concepto de violación de la demanda está dividido en dos acápites a través de los cuales el actor alude, por un lado, al régimen de responsabilidad del Estado en su relación con el reconocimiento de intereses moratorios por el pago tardío de sus obligaciones dinerarias y, por el otro, al derecho a la igualdad.



Número único de radicación: 110010324000 2011 00338 00
Actor: Jairo José Arenas Romero

En el primer acápite, además de citar el artículo 90 de la Constitución Política y jurisprudencia respecto de su interpretación, hace mención a los artículos 2º, 58, 83 y 209 de la misma norma, así como a los artículos 65 de la Ley 45 de 1990 y 1º y 4º del Decreto Ley 1281 de 2002.

Sea lo primero señalar que pese a que en la demanda el actor hizo mención a la violación de los artículos 2º, 48, 49, 58, 83 y 209 de la Constitución Política, al no precisar el alcance del concepto de la violación, no hay lugar a efectuar estudio alguno frente a dichas disposiciones.

La Sala advierte que el artículo 65 de la Ley 45 de 1990, no es aplicable en materia del trámite administrativo establecido para los recobros al **FOSYGA**, por cuanto dicha norma concierne a la intermediación financiera y a la actividad aseguradora¹⁸, en materia de las obligaciones mercantiles.

El referido artículo, prevé:

“[...] ARTICULO 65. CAUSACION DE INTERES DE MORA EN LAS

¹⁸ Ley 45 de 1990 “Por la cual se expiden normas en materia de intermediación financiera, se regula la actividad aseguradora, se conceden unas facultades y se dictan otras disposiciones”.



Número único de radicación: 110010324000 2011 00338 00
 Actor: Jairo José Arenas Romero

OBLIGACIONES DINERARIAS. En las obligaciones mercantiles de carácter dinerario el deudor estará obligado a pagar intereses en caso de mora y a partir de ella.

Toda suma que se cobre al deudor como sanción por el simple retardo o incumplimiento del plazo de una obligación dineraria se tendrá como interés de mora, cualquiera sea su denominación [...]”

Ahora bien, precisado lo anterior la Sala destaca que, con fundamento en el régimen de responsabilidad establecido en el artículo 90 de la Constitución Política, esta Corporación y la Corte Constitucional han señalado que el Estado debe pagar intereses moratorios por el incumplimiento de sus obligaciones dinerarias, dado que estos tienen un carácter indemnizatorio sobre los perjuicios causados a un acreedor al cual no se le han efectuado los pagos en la oportunidad debida.

Sobre este aspecto, en sentencia C-604 de 2012, la Corte Constitucional hizo un recuento de su línea jurisprudencial, para concluir que el Estado deberá pagar intereses moratorios por el incumplimiento de sus obligaciones dinerarias, así:

“[...] La Corte Constitucional se ha pronunciado en varias ocasiones sobre el pago de intereses moratorios señalando que el Estado debe pagar intereses moratorios y que pueden existir tasas de intereses distintas como la civil y la comercial:

4.3.1. La Sentencia C - 188 de 1999 declaró inconstitucional el inciso segundo del artículo 72 de la ley 446 de 1998, según el cual: “Las cantidades líquidas reconocidas en el acuerdo



Número único de radicación: 110010324000 2011 00338 00
Actor: Jairo José Arenas Romero

conciliatorio devengarán intereses comerciales durante los seis (6) meses siguientes al plazo acordado para su pago y moratorios después de este último”.

En esta sentencia, la Corte Constitucional consideró que si los particulares pagan intereses moratorios cuando no se pagan a tiempo los impuestos el Estado también debe hacerlo frente a sus deudas:

“Para la Corte es claro que el principio de igualdad y la equidad imponen que en estos casos las dos partes reciban igual trato, sin que se justifique en modo alguno que mientras el Estado cobra a los contribuyentes intereses moratorios cuando ellos no pagan a tiempo los impuestos, y ello a partir del primer día de retardo en el pago, las obligaciones en mora a cargo del Estado deban forzosamente permanecer libres de la obligación de cancelar dichos réditos durante seis meses, con notorio perjuicio para los particulares que han debido recibir oportunamente los recursos pactados. Durante ese tiempo, el dinero no recibido por el acreedor pierde poder adquisitivo y no existe razón válida para que esa pérdida la deba soportar el particular y no el Estado, que incumple” [3].

[...]

4.3.3. En la Sentencia C - 892 de 2001[6], esta Corporación estudió la constitucionalidad del parágrafo del artículo 6 de la ley 598 de 2000, según el cual “Para evitar la distorsión de precios por el incumplimiento de los pagos, las entidades del Estado, reconocerán un interés equivalente al DTF transcurrido 90 días de la fecha establecida para los pagos”.

La Corte declaró inconstitucional la norma demandada al considerar que vulneraba el principio de responsabilidad contractual consagrado en el artículo 90 de la Carta y, por esa misma vía, los principios de justicia conmutativa, igualdad, respeto por los derechos adquiridos con justo título y buena fe:

“En conclusión, encuentra la Corte que la norma parcialmente acusada, en cuanto establece un plazo de gracia de 90 días para que la administración empiece a reconocer intereses de mora, luego de vencido el plazo para el pago, viola el principio de responsabilidad contractual consagrado en el artículo 90 de la Carta y, por esa misma vía, los principios de justicia conmutativa, igualdad, respeto por los derechos adquiridos con justo



Número único de radicación: 110010324000 2011 00338 00
Actor: Jairo José Arenas Romero

título y buena fe, contenidos en los artículos 2º, 13, 58 y 83 del mismo ordenamiento Superior. Igualmente, la previsión demandada resulta contraria a los principios que desarrollan la función administrativa consagrados en el artículo 209 de la Carta”[7].

Así mismo, esta Corporación recordó que no existe ninguna justificación para que el particular deba asumir de su peculio el detrimento patrimonial que le ocasiona el Estado por el incumplimiento de sus obligaciones:

“En virtud de lo dicho, y en estricto derecho, para la Corte no existe ningún principio de justicia material que justifique el que el contratista, por causa de la norma impugnada, deba asumir de su peculio el detrimento patrimonial que le ocasiona el Estado por el incumplimiento de sus obligaciones. Sin duda, reconocer a la administración un periodo de gracia en el pago de intereses moratorios, comporta un desconocimiento del carácter sinalagmático que ostenta el contrato estatal, lo cual redundaría en perjuicio de los derechos del particular que colabora con la Administración en la realización de sus fines”[8] (negritas y subrayado fuera de texto).

4.3.5. En la Sentencia C-965 de 2003, la Corte Constitucional declaró estarse a lo resuelto en las Sentencias C - 188 de 1999 y C - 428 de 2002 en relación con lo dispuesto en los incisos 5º y 6º del artículo 177 del Código Contencioso Administrativo, según los cuales:

“Las cantidades líquidas reconocidas en tales sentencias devengarán intereses comerciales (durante los seis (6) meses siguientes a su ejecutoria) y moratorios (después de este término).

Pago de sentencias. Cumplidos seis (6) meses desde la ejecutoria de la providencia que imponga o liquide una condena o de la que apruebe una conciliación, sin que los beneficiarios hayan acudido ante la entidad responsable para hacerla efectiva, acompañando la documentación exigida para el efecto, cesará la causación de intereses de todo tipo desde entonces hasta cuando se presente la solicitud en legal forma” [11].

En esta sentencia, la Corte reiteró que el Estado deberá pagar intereses moratorios y que cualquier interpretación en contrario genera una discriminación injustificada e inequitativa:



Número único de radicación: 110010324000 2011 00338 00
 Actor: Jairo José Arenas Romero

“Sobre el punto, en algunos apartes de la Sentencia C-188 de 1999, sostuvo la Corte que el patrimonio de los particulares goza de una clara protección constitucional; razón por la cual, para efectos de los conflictos patrimoniales que se puedan suceder, el principio de igualdad y la equidad imponen que las dos partes reciban un mismo trato, de manera que si el Estado cobra a los particulares intereses bancarios y moratorios por el incumplimiento oportuno de sus obligaciones, también aquél debe asumir esas mismas cargas cuando no paga en tiempo. En este contexto, concluyó que cualquier interpretación en contrario genera una injustificada e inequitativa discriminación que favorece la ineficacia y falta de celeridad en la gestión pública, y además un enriquecimiento sin causa a favor del Estado y en perjuicio del particular, quien ve deteriorado el poder adquisitivo de su dinero” [12].

En consecuencia, la jurisprudencia de la Corte ha señalado que el Estado deberá pagar intereses moratorios por el incumplimiento de sus obligaciones y que pueden existir distintos regímenes de intereses tal como sucede con los intereses civiles y los intereses comerciales [...]”
 (Destacado fuera de texto).

Por su parte, al estudiar la legalidad de algunos apartes del artículo 25 de la Resolución número 002933 de 15 de agosto de 2006¹⁹, expedida por el entonces **MINISTERIO DE LA PROTECCIÓN SOCIAL**, en los que se establecía que como consecuencia de los recobros al **FOSYGA**, no se reconocerían variaciones posteriores del precio del medicamento, ni ajustes por inflación o cambio de anualidad, esta Corporación destacó que el reconocimiento de intereses moratorios por parte del Estado a las **EPS** constituye un instrumento resarcitorio cuyo sustento se encuentra en el artículo 90

¹⁹ “Por la cual se reglamentan los Comités Técnico-Científicos y se establece el procedimiento de recobro ante el Fondo de Solidaridad y Garantía, Fosyga, por concepto de suministro de medicamentos no incluidos en el Plan Obligatorio de Salud, POS y de fallos de tutela”.



Número único de radicación: 110010324000 2011 00338 00
Actor: Jairo José Arenas Romero

de la Constitución Política .

En este sentido en sentencia de 29 de abril de 2010, esta Sección señaló²⁰:

"[...]

Y si la entidad obligada al pago del recobro, que ahora es el FOSYGA, se toma un tiempo excesivo que pueda considerarse como morosidad, el interesado no queda desprotegido en su peculio por la falta de reconocimiento del ajuste por inflación y la anualidad, puesto que en tal caso, justamente el régimen de la situación jurídica legal y reglamentaria en que se encuentra inserto, le protege del posible detrimento patrimonial por dicha mora, toda vez que el artículo 4º del Decreto Ley 1281 de 2002, *"Por el cual se expiden las normas que regulan los flujos de caja y la utilización oportuna y eficiente de los recursos del sector salud y su utilización en la prestación"*, le da derecho al pago de intereses moratorios sobre la suma en recobro, incluso en términos iguales a los que puede cobrar el Estado por las obligaciones tributarias, que según el artículo 635 del Estatuto Tributario son equivalentes a la tasa de interés de usura que certifique la Superintendencia Financiera.

Para la mejor ilustración del punto, conviene traer el texto de dicha norma, que a la letra dice:

"ARTÍCULO 4º. INTERESES MORATORIOS. *El incumplimiento de los plazos previstos para el pago o giro de los recursos de que trata este decreto, causará intereses moratorios a favor de quien debió recibirlos, liquidados a la tasa de interés moratorio establecida para los tributos administrados por la dirección de impuestos y aduanas nacionales."*

Téngase en cuenta que no se trata de intereses legales o corrientes, sino moratorios, los cuales tienen un carácter resarcitorio y no meramente remuneratorio. Es por ello que la Corte Constitucional, a propósito del examen de legalidad del artículo 27 de la Ley 80 de 1993 en cuanto al pago de intereses moratorios, en sentencia de 21 de octubre de 2003 C-965 /03, ha señalado que *"la*

²⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia de 29 de abril de 2010, CP Rafael E. Ostau de Lafont Pianeta, número único de radicación 110010324000 2006 00375 01



Número único de radicación: 110010324000 2011 00338 00
 Actor: Jairo José Arenas Romero

jurisprudencia sostuvo que, en el orden constitucional vigente, el instituto resarcitorio de la mora también encuentra sustento jurídico en el principio de responsabilidad patrimonial de la administración pública (C.P. art. 90)”

Que en “En el campo de la responsabilidad contractual, aclaró la Corte, la obligación estatal de pagar intereses de mora es a su vez consecuencia del carácter sinalagmático de las prestaciones recíprocas del contrato y de la naturaleza objetiva de la responsabilidad patrimonial del Estado, representado en el daño antijurídico que sufre el contratista al no poder disponer a tiempo de los recursos que ha adquirido con justo título. Ello justifica que la mora se reconozca como un derecho irrenunciable del contratista particular afectado con el incumplimiento estatal; derecho que goza a su vez de una clara y evidente protección constitucional, como se dijo, sustentada en los principios de igualdad, equidad, justicia conmutativa, buena fe, garantía del patrimonio privado y responsabilidad [...] (Negrillas fuera de texto)”.

Como puede verse, la jurisprudencia en cita, parte del contenido del artículo 4° del Decreto Ley 1281 de 2002, que prevé de forma expresa que el incumplimiento de los plazos en el pago o giros de los recursos del sector salud de que trata esa norma causa intereses moratorios a favor de quien deba recibirlos.

Lo anterior, debe ser interpretado a la luz de los mandatos de eficiencia y oportunidad de que trata el artículo 1° de dicho decreto, a lo que, en todo caso, concierne lo relativo a los recursos para cubrir cobros al **FOSYGA** de acuerdo con el artículo 13 de la misma norma.

Las disposiciones señaladas prevén:



Número único de radicación: 110010324000 2011 00338 00
Actor: Jairo José Arenas Romero

“[...]DECRETO 1281 DE 2002

por el cual se expiden las normas que regulan los flujos de caja y la utilización oportuna y eficiente de los recursos del sector salud y su utilización en la prestación.

[...]

Artículo 1º. *Eficiencia y oportunidad en el manejo de los recursos.* Para efectos del presente decreto, se entenderá por eficiencia, la mejor utilización social y económica de los recursos financieros disponibles para que los beneficios que se garantizan con los recursos del Sector Salud de que trata el presente decreto, se presten en forma adecuada y oportuna.

La oportunidad hace referencia a los términos dentro de los cuales cada una de las entidades, instituciones y personas, que intervienen en la generación, el recaudo, presupuestación, giro, administración, custodia o protección y aplicación de los recursos, deberán cumplir sus obligaciones, en forma tal que no se afecte el derecho de ninguno de los actores a recibir el pronto pago de los servicios a su cargo y fundamentalmente a que se garantice el acceso y la prestación efectiva de los servicios de salud a la población del país.

[...]

Artículo 4º. Intereses moratorios. El incumplimiento de los plazos previstos para el pago o giro de los recursos de que trata este decreto, causará intereses moratorios a favor de quien debió recibirlos, liquidados a la tasa de interés moratorio establecida para los tributos administrados por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales.

[...]

Artículo 13. Términos para cobros o reclamaciones con cargo a recursos del Fosyga. Sin perjuicio de los términos establecidos para el proceso de compensación en el régimen contributivo del sistema general de seguridad social en salud, con el fin de organizar y controlar el flujo de recursos del Fosyga, cualquier tipo de cobro o reclamación que deba atenderse con recursos de las diferentes subcuentas del Fosyga deberá tramitarse en debida forma ante su administrador fiduciario dentro de los seis meses siguientes a la generación o establecimiento de la obligación de pago o de la ocurrencia del evento, según corresponda. En consecuencia, no podrá efectuarse por vía administrativa su reconocimiento con posterioridad al término



Número único de radicación: 110010324000 2011 00338 00
Actor: Jairo José Arenas Romero

establecido.

La reclamación o trámite de cobro de las obligaciones generadas con cargo a los recursos del Fosyga, antes de la entrada en vigencia del presente decreto, deberán presentarse dentro de los seis meses siguientes a la entrada en vigencia de este decreto. [...]"

Ahora bien, cabe resaltar que el numeral 2 del artículo 3º del Decreto 1865 de 2012²¹ preveía una condición similar a la cuestionada en el presente asunto, según la cual para que pudieran acogerse al procedimiento de saneamiento de cuentas por recobros al **FOSYGA** allí establecido, las **EPS** debían "*renunciar expresamente al cobro de intereses, así como de otros gastos, independientemente de su modalidad*".

El numeral 2 del artículo 3º del Decreto 1865 de 2012, que contenía la condición referida fue anulado por esta Sala²², entre otros, por el siguiente motivo:

"[...] Además, la normativa acusada al exigir a las entidades recobrantes la renuncia a sus derechos patrimoniales introduce una restricción al derecho de propiedad de éstas, lo cual es un asunto que corresponde regular exclusivamente al legislador [...]"

²¹ "Por el cual se reglamenta el artículo 122 del Decreto-Ley 019 de 2012",

²² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia de 21 de noviembre de 2013, CP Guillermo Vargas Ayala, número único de radicación.



Número único de radicación: 110010324000 2011 00338 00
Actor: Jairo José Arenas Romero

Así pues, en la medida en que el numeral 4 del artículo 2º de la Resolución núm. 1275 de 20 de abril de 2011 impone a las **EPS** la obligación de renunciar a los intereses "*y otros gastos*" en todas sus denominaciones, como condición para poder acogerse a la medida dispuesta allí para el pago de sus acreencias, es claro que dicha disposición transgrede abiertamente los artículos 90 de la Constitución Política y 4º del Decreto Ley 1281 de 2002.

La Sala destaca que, a la luz del derecho Constitucional, no es válido que la administración pública supedite el pago parcial de sus obligaciones de forma anticipada, a la renuncia de los intereses por parte de sus acreedores ante un eventual incumplimiento en el pago de los saldos, dado que esto implica la creación de un régimen de irresponsabilidad estatal.

Ahora bien, en relación con el derecho a la igualdad, la Sala advierte que, en efecto, existe una transgresión, pues el fundamento del pago de intereses moratorios por parte del Estado y de los particulares, ante el incumplimiento de sus obligaciones dinerarias, en ambos casos tiene fundamento en el régimen de la responsabilidad patrimonial, aplicable en sus términos generales tanto en el derecho público como en el privado bajo los mismos presupuestos.



Número único de radicación: 110010324000 2011 00338 00
Actor: Jairo José Arenas Romero

Además, la Sala resalta que conforme con el parágrafo 5 del artículo 13 de la Ley 1122 de 2007, el legislador impuso de forma expresa que, cuando las **EPS** no paguen dentro de los plazos establecidos los recursos correspondientes a las **IPS** por los servicios de salud que prestan, estarán obligadas a reconocer intereses de mora.

En tal sentido, el pago de intereses moratorios aludido, hace parte del mismo componente financiero del Sistema de Seguridad Social del servicio de salud, del cual el Estado es actor principal, pues finalmente es al que le corresponde su prestación, lo que le lleva a tener una posición equiparable a la de las **EPS**, en lo concerniente a las consecuencias por el incumplimiento de sus obligaciones dinerarias.

En la medida en que fue demostrada la transgresión de la disposición acusada a los artículos 13 y 90 de la Constitución Política y 4º del Decreto Ley 1281 de 2002, se impone a la Sala declarar su nulidad, como en efecto se dispondrá en la parte resolutive de esta providencia.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo



Número único de radicación: 110010324000 2011 00338 00
Actor: Jairo José Arenas Romero

**Contencioso Administrativo, Sección Primera, administrando
justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley**

F A L L A

PRIMERO: DECLARAR la nulidad del numeral 4 del artículo 2° de la Resolución núm. 1275 de 20 de abril de 2011, expedida por el **MINISTERIO DE LA PROTECCIÓN SOCIAL**, *"por la cual se establece una medida de pago dentro del procedimiento de recobro para garantizar el flujo oportuno de recursos a las Entidades Promotoras de Salud"*, por las razones expuestas en precedencia.

SEGUNDO: En firme esta sentencia, archívese el expediente.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Se deja constancia de que la anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en la sesión del día 10 de marzo de 2022.

OSWALDO GIRALDO LÓPEZ

NUBIA MARGOTH PEÑA GARZÓN

HERNANDO SÁNCHEZ SÁNCHEZ

CONSTANCIA: La presente providencia fue firmada electrónicamente por los integrantes de la Sección Primera en la sede electrónica para la gestión judicial SAMAI. En consecuencia, se garantiza la autenticidad, integridad, conservación y posterior consulta, de conformidad con la ley.