



CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN PRIMERA

Magistrado Ponente: Guillermo Vargas Ayala

Bogotá, D. C., 04 DE OCTUBRE DE 2016

Radicación núm.: 11001 0324 000 **2015 00512 01**

Actor: **DANIELA POSADA ACOSTA**

Demandado: **MINISTERIO DE SALUD y PROTECCION SOCIAL y OTRO**

Se decide sobre la solicitud de suspensión provisional que a través del medio de control de simple nulidad previsto en el artículo 137 del C.P.A.C.A., promueve **DANIELA POSADA ACOSTA** contra los siguientes actos administrativos: artículos 8 y 11 del Decreto 1543 del 4 de agosto de 1998 expedido por el Gobierno Nacional, el artículo 37 del Decreto 50 del 13 de enero de 2003 proferido por el Gobierno Nacional y la Circular Externa No. 00000022 del 18 de mayo de 2010 proferida por el Ministerio de Salud y Protección Social.

I. La solicitud de suspensión provisional

En escrito separado de la demanda se solicita la suspensión provisional de los actos previamente relacionados, los cuales para efectos de mayor claridad se transcriben a continuación:

1.1. Artículos 8 y 11 del Decreto 1543 del 4 de agosto de 1998 expedido por el Gobierno Nacional Por el cual se establecen algunas normas en relación con los procedimientos de cesión de contratos de afiliación y liquidación en el sistema general de seguridad social en salud.

ARTICULO 8o. LIQUIDACION DE ENTIDADES PROMOTORAS DE SALUD, ENTIDADES ADAPTADAS Y ADMINISTRADORAS DEL REGIMEN SUBSIDIADO. Con el objeto de evitar la desviación de los recursos de la seguridad social en salud, las entidades que entren en proceso de liquidación, deberán ajustarse a las siguientes reglas:



a. En el régimen contributivo. Estarán excluidos de la masa de liquidación los recursos correspondientes a las cotizaciones obligatorias de los afiliados, las cuales pertenecen al sistema general de seguridad social en salud, recaudadas por las entidades promotoras por delegación del Fondo de Solidaridad y Garantía, así como los dineros que encontrándose en poder de la entidad provienen del sistema general de seguridad social en salud y sean indispensables para pagar los tratamientos en curso o aquellas prestaciones que se hagan exigibles durante el proceso de liquidación;

b. En el régimen subsidiado. <Literal modificado por el artículo 37 del Decreto 50 de 2003. El nuevo texto es el siguiente:> Están excluidos de la masa de liquidación los recursos que encontrándose en poder de la entidad sean indispensables para pagar los tratamientos en curso, o aquellas prestaciones que se hagan exigibles durante el proceso de liquidación.

De igual manera, estarán excluidos los recursos no ejecutados por la Administradora del Régimen Subsidiado (ARS) del porcentaje de la UPC destinadas por el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud (CNSSS) a la prestación efectiva de servicios de salud a la población afiliada.

Con estos recursos y los que giren las entidades territoriales por concepto de UPC pendientes de giro a la fecha del inicio del proceso de liquidación, los cuales se manejarán en cuentas separadas, deberá el liquidador proceder a cancelar a prorrata las deudas contraídas con las instituciones prestadoras del servicio de salud.

El remanente en caso de existir, deberá ser girado a la subcuenta de solidaridad del FOSYGA teniendo en cuenta la destinación específica de estos recursos consagrados en el artículo 48 de la Constitución Política.

ARTICULO 11. RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD. Deberá excluirse de la masa de liquidación de las instituciones financieras y demás entidades que recaudan aportes del Sistema General de Seguridad Social en Salud, los recursos correspondientes a estos recaudos.

La restitución se hará a la mayor brevedad posible de conformidad con las normas aplicables.

1.2. Artículo 37 del Decreto 50 del 13 de enero de 2003 proferido por el Gobierno Nacional Por el cual se adoptan unas medidas para optimizar el flujo financiero de los recursos del régimen subsidiado del Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones.

Artículo 37. Preservación de los recursos de la seguridad social. El literal b) del artículo 8° del Decreto 1543 de 1998, quedará así:

"b) En el régimen subsidiado. Están excluidos de la masa de liquidación los recursos que encontrándose en poder de la entidad sean indispensables para pagar los tratamientos en curso, o aquellas prestaciones que se hagan exigibles durante el proceso de liquidación.

De igual manera, estarán excluidos los recursos no ejecutados por la Administradora del Régimen Subsidiado (ARS) del porcentaje de la



UPC destinadas por el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud (CNSSS) a la prestación efectiva de servicios de salud a la población afiliada.

Con estos recursos y los que giren las entidades territoriales por concepto de UPC pendientes de giro a la fecha del inicio del proceso de liquidación, los cuales se manejarán en cuentas separadas, deberá el liquidador proceder a cancelar a prorrata las deudas contraídas con las instituciones prestadoras del servicio de salud.

El remanente en caso de existir, deberá ser girado a la subcuenta de solidaridad del FOSYGA teniendo en cuenta la destinación específica de estos recursos consagrados en el artículo 48 de la Constitución Política.

1.3. Circular Externa No. 00000022 del 18 de mayo de 2010 proferida por el Ministerio de Salud y Protección Social.

Teniendo en cuenta lo dispuesto en el Decreto 2280 de 2004 que reglamenta el proceso de compensación y el funcionamiento de la Subcuenta de Compensación Interna del régimen contributivo del FOSYGA; así como lo dispuesto en los Decretos 1013 de 1998, 4450 de 2005, 4047 de 2006 y 3260 de 2007, que regulan los procesos excepcionales de compensación y en las Circulares 023 y 062 de 2005 y 015 de 2006 que tratan sobre la presentación de procesos de compensación con anterioridad al Decreto 2280 de 2004; el Ministerio de la Protección Social instruye sobre los aspectos que las Entidades Promotoras de Salud y demás Entidades Obligadas a Compensar en liquidación deben tener en cuenta para sanear y/o aclarar los temas pendientes ante el FOSYGA relacionados con el proceso integral de giro y compensación, reclamaciones de medicamentos y procedimientos No POS, programas de promoción y prevención, conciliación cuentas de recaudo, saneamiento de aportes patronales, entre otros procesos.

1. Proceso Integral de giro y compensación

a) Por cotizaciones recaudadas hasta que se haga efectivo el traslado voluntario o por asignación.

De acuerdo con lo establecido en las Circulares 023 y 062 de 2005 y 015 de 2006 expedidas por el Ministerio de la Protección Social, para las entidades que se encuentran en proceso de liquidación, la compensación de cotizaciones recaudadas con posterioridad a la entrada en vigencia del Decreto 2280 de 2004, correspondientes a períodos anteriores a febrero de 2005, se debían presentar a compensación de acuerdo con los procedimientos establecidos en el Decreto 1013 de 1998 y en la Resolución 2309 de 2000 en las fechas establecidas en el Decreto 2280 de 2004 para la presentación del proceso de corrección. En este caso la EPS o EOC deberá presentar nuevas declaraciones.

En el evento en que las EPS y EOC se hayan acogido a los procesos de compensación excepcionales regulados por los Decretos 4450 de 2005, 4047 de 2006 y 3260 de 2007, no habrá lugar a la presentación de declaraciones de giro y compensación y estas entidades deberán señalarlo expresamente al FOSYGA.

Los recursos recaudados para estos periodos deberán ser girados al FOSYGA, según los procedimientos definidos para el efecto. El administrador de los recursos del FOSYGA verificará e informará esta situación al Ministerio.

b) Por Cotizaciones en mora

Todas las cotizaciones obligatorias que se encuentren en mora deberán ser objeto de acción de cobro y sobre ellas debe presentarse el proceso de giro y compensación ante el FOSYGA de acuerdo con el marco legal vigente o de giro de los recursos que correspondan a las diferentes subcuentas del FOSYGA, cuando no proceda la compensación de los recursos recaudados.



Las cotizaciones en mora recaudadas que correspondan a periodos cerrados por efecto de los decretos de compensación excepcionales frente a los cuales ya se dio la apropiación de recursos que correspondía deberán ser girados al FOSYGA, según define la Circular 096 de 2007.

c) Por legalización de procesos de Giro Directo

Los recursos de la cotización girados al FOSYGA en vigencia del Decreto 1013 de 1998 que se encuentran sin compensar, deberán ser compensados por parte de las EPS o EOC en liquidación. En el evento en que la entidad se haya acogido a los procesos excepcionales de compensación no habrá lugar a la presentación de procesos de compensación por este concepto.

d) Por multiafiliados, cédulas inconsistentes o fallecidos

Las EPS o EOC deberán aclarar la talidad de los registros de sus afiliados que no han podido ser compensados en razón a que aparecen en la base de datos del FOSYGA como multiafiliados, con cédulas inconsistentes o fallecidos. De no contar aún con la información, podrá solicitarla al administrador de recursos del FOSYGA y aclarar la condición de afiliación de cada persona con las EPS o EOC correspondiente por cada uno de los periodos, siguiendo para ellos los procedimientos definidos para aclarar los registros ante el FOSYGA. Así mismo, se deben establecer claramente las devoluciones de recursos que se han efectuado por estos afiliados y girar los recursos que correspondan a las subcuentas del FOSYGA de acuerdo con las normas vigentes.

En el evento en que la entidad se haya acogido a los procesos excepcionales de compensación no habrá lugar a la presentación de procesos de compensación por este concepto.

e) Declaraciones no aprobadas, registros glosados o saldos no compensados

Las Entidades en liquidación deberán efectuar la depuración y revisión de las declaraciones de giro y compensación que se encuentran en estado “no aprobada” y “aprobada no paga”, para ello deberá solicitar la información al Administrador Fiduciario del FOSYGA y precisar la situación de cada una de ellas. Al finalizar el proceso de depuración y revisión, no debe existir ninguna declaración con los estados mencionados en la base de datos del FOSYGA.

En el evento de que la entidad se haya acogido a procesos excepcionales de compensación, la aclaración sobre el estado de estas declaraciones deberá efectuarse con el administrador fiduciario de los recursos del FOSYGA, bajo el entendido de que ya existió la apropiación de recursos correspondiente frente a estas declaraciones.

En el caso de los registros glosados en el proceso de compensación en vigencia del Decreto 2280 de 2004, se hará necesaria la aclaración del total de estos registros, de acuerdo con los procedimientos definidos para la operación de este Decreto.

Con relación a los recursos de la cotización girados al FOSYGA sin compensar y que figuran en los estados financieros del FOSYGA como saldos no compensados, las entidades deberán presentar la información correspondiente a la clasificación de la totalidad de estos recursos en los formatos previstos para tal efecto, así como presentar los procesos de compensación, en el evento en que sea procedente.

f) Declaraciones iniciales (Decreto 1013 de 1998)

Las EPS–EOC en liquidación deben revisar que para cada periodo compensado se haya presentado la declaración inicial correspondiente, de acuerdo con lo establecido en el Decreto 1013 de 1998. No era posible presentar declaraciones de adición o corrección si no se ha presentado la declaración inicial. En caso contrario, la entidad en liquidación deberá certificar que los recursos de esa declaración fueron identificados y compensados ante el FOSYGA.

En el evento en que la entidad se haya acogido a procesos excepcionales de compensación la declaración sobre el estado de estas declaraciones deberá efectuarse con el administrador fiduciario de los



recursos del FOSYGA bajo el contexto de que ya existió la apropiación de recursos correspondiente frente a estas declaraciones.

g) Intereses de mora por recaudo de cotizaciones

La EPS o EOC en liquidación deberá garantizar que todos los recursos correspondientes a intereses de mora recaudados de los aportantes fueron consignados en el FOSYGA informando al administrador de recursos del FOSYGA el detalle de estos recursos y el monto.

h) Formatos C1 y C4

Las EPS o EOC deberán revisar e identificar el valor de los rendimientos financieros causados en cada período y los montos pendientes de girar y de apropiar por parte de la entidad. En el evento que la EPS o EOC no hubiera realizado las consignaciones en las fechas establecidas, deberá girar los intereses de mora correspondientes, de acuerdo a lo establecido por los artículos 2° y 4° del Decreto-ley 1281 de 2002.

De igual manera la EPS o EOC, debe verificar y remitir al FOSYGA los formatos C1 y C4 de costos de recaudo, correspondientes a los períodos en los que los mismos no se han presentado. Lo anterior no aplica a las entidades exentas de presentar este formato, en los términos de la Resolución 4938 de 1998 o la norma que lo modifique, adicione o sustituya.

i) Licencias de maternidad, paternidad o parto no viable e Incapacidades por Enfermedad General

Las EPS o EOC deberán efectuar ante el Administrador Fiduciario del FOSYGA los ajustes o correcciones a que haya lugar con respecto a las inconsistencias que dicho Fondo informe en el trámite de las licencias o incapacidades presentadas en los procesos de compensación. Para el efecto, el administrador de recursos del FOSYGA, entregará la información de las bases de datos a cada entidad.

j) Certificaciones de Revisoría Fiscal

De acuerdo con la información suministrada por el Administrador Fiduciario del FOSYGA; deberá la EPS o EOC verificar si todas las declaraciones de giro y compensación se encuentran certificadas por la Revisoría Fiscal o quien haga sus veces. En caso de que falten declaraciones por certificar, estas deberán ser presentadas al consorcio para su validación.

Así mismo, deberán efectuarse los ajustes o aclaraciones del caso, ante el Administrador Fiduciario de los recursos del FOSYGA de aquellas certificaciones presentadas por la EPS o EOC que registren alguna inconsistencia.

El formato para presentar todas las certificaciones de Revisoría Fiscal será el establecido en la Resolución 2399 de julio 28 de 2005.

k) Devolución de recursos por auditorías del FOSYGA.

De acuerdo con las auditorías desarrolladas actualmente por el FOSYGA (“UPC reconocidas de más de 30 días”, “homónimos”, “beneficiarios sin cotizante” “promoción y prevención de afiliados adicionales” y “fallecidos”), Las EPS o EOC deberán reintegrar al FOSYGA la totalidad de las UPC indebidamente reconocidas junto con los intereses de mora a que haya lugar. De igual manera, deberán presentar al administrador de los recursos del FOSYGA las actualizaciones a la información que sean necesarios de tal forma que se evidencie el ajuste de las bases de datos y el reintegro de la totalidad de los recursos que les corresponda reintegrar.

Si en desarrollo del proceso liquidatorio se encuentran nuevos reconocimientos indebidos de recursos a las EPS o EOC, estas deberán efectuar las aclaraciones y/o correcciones a que haya lugar y hacer las devoluciones de recursos al FOSYGA.

Además de la verificación que realice el administrador fiduciario de los recursos del FOSYGA, la entidad en liquidación deberá certificar que no existen recursos pendientes por reintegrar al FOSYGA, por estos conceptos.

l) Aclaración de Multiafiliados

Antes de culminar su proceso liquidatorio, las EPS o EOC en liquidación, deben aclarar todos los asuntos que evidencien



multiafiliación en el Sistema General de Seguridad Social en Salud en los que esté involucrada la entidad en liquidación. Estas aclaraciones deberán reflejarse tanto en la Base de Datos Única de Afiliados (BDUA), como en la base de datos de afiliados compensados cuando proceda.

2. Otros procesos

a) Medicamentos y Procedimientos No POS

La EPS o EOC en liquidación, deberá confrontar la información que tiene cada entidad con la información del Administrador Fiduciario del FOSYGA, sobre los recobros por concepto de tutelas y medicamentos No POS que se encuentren glosados o pendientes de resultado definitivo, y presentar las aclaraciones necesarias y en caso dado, informar al Consorcio sobre el desistimiento del recobro cuando corresponda.

Así mismo, las EPS o EOC deberán culminar el proceso de legalización de los anticipos que les hayan sido girados y efectuar al FOSYGA.

b) Programas de Promoción y Prevención

La EPS o EOC deberán efectuar el análisis de ejecución de estos recursos para cada una de las vigencias y de acuerdo con las normas aplicables a cada una, presentar los informes correspondientes y efectuar al FOSYGA los giros a que haya lugar.

La Dirección General de Salud Pública del Ministerio de la Protección Social apoyará en la revisión de este componente de acuerdo con la norma vigente para cada período.

c) Conciliación y cierre de cuentas de recaudo de cotizaciones

La EPS o EOC deberá tener claridad sobre la totalidad de las cuentas utilizadas para el recaudo de aportes del Régimen Contributivo del Sistema General de Seguridad Social en Salud, antes y después de la entrada en vigencia del Decreto 2280 de 2004. Con relación a las cuentas registradas antes de la vigencia del Decreto 2280 de 2004, se deberá remitir la certificación de la entidad bancaria en la que conste que las cuentas se encuentran saldadas y con saldo en cero \$0. Con relación a las cuentas de recaudo registradas después de la vigencia del Decreto 2280 de 2004, deberá igualmente acreditar su cierre y certificarse el saldo en \$0 por parte de la entidad bancaria. Esta información se reportará al administrador fiduciario de recursos del FOSYGA.

Adicionalmente el agente liquidador y el Revisor Fiscal de la entidad en liquidación, deberán certificar que no existen recursos pendientes de girar al FOSYGA de las cotizaciones que la EPS o EOC recaudaron.

d) Embargos en Cuentas de Recaudo de Cotizaciones

Las EPS o EOC en liquidación deben reportar con los respectivos soportes al administrador fiduciario de los recursos del FOSYGA la información relacionada con los embargos que presenten las cuentas de recaudo por cada cuenta embargada que contenga como mínimo la siguiente información: fecha del embargo, número del oficio, valor total del embargo, saldo pendiente de desembargar, concepto del embargo, radicado del proceso de desembargo, autoridad judicial, número de la cuenta embargada, nombre de la entidad financiera y demás datos que considere necesarios.

La EPS y EOC deberán realizar el trámite y gestión para levantar los embargos e informar al FOSYGA sobre las gestiones realizadas. Una vez estos recursos sean devueltos por las entidades financieras, deberán ser trasladados inmediatamente a las cuentas de recaudo de cotizaciones autorizadas por el FOSYGA. En el evento que la entidad determine que con los recursos embargados se cubrieron obligaciones propias de la EPS o EOC, estas deberán reintegrar inmediatamente estos valores con sus recursos propios, trasladando estos valores a las cuentas de recaudo de cotizaciones autorizadas por el FOSYGA.

e) Saneamiento de aportes Patronales

Las Entidades en proceso de liquidación, deben efectuar la conciliación de los recursos recaudados por aportes patronales de Situado Fiscal y del Sistema General de Participaciones con los procedimientos establecidos en el parágrafo del artículo 58 de la Ley 715 de 2001, las Resoluciones 3815 y 4047 de 2003, el Decreto 1636 de 2006 y demás



normas que las modifiquen, adicionen o sustituyan, y de ser necesario, de acuerdo con las normas vigentes, efectuar el giro a quien pertenezcan.

Para culminar este proceso las EPS o EOC en liquidación deberán certificar que no existen en el FOSYGA recursos correspondientes a excedentes de recursos del Sistema General de Participaciones – Aportes Patronales, que se encuentren en el FOSYGA. Las EPS o EOC deben tener en cuenta en este último caso que el FOSYGA sólo puede recaudar los valores del SGP correspondientes a cotizaciones.

f) Pagos de aportes en mora

Las Entidades en proceso de liquidación, deberán efectuar todo el recaudo de aportes en mora de sus afiliados mediante el mecanismo de la Planilla Integrada de liquidación de Aportes (PILA) con el proceso definido para el efecto.

3. Informe de asuntos terminados con el FOSYGA

El Administrador Fiduciario de los recursos del FOSYGA deberá entregar la información disponible en dicho Fondo a cada entidad que se encuentre en liquidación. De igual manera, la EPS o EOC deberá solicitar la información necesaria que se encuentre en el FOSYGA, con el fin de adelantar y culminar el proceso de aclaración de asuntos pendientes ante el Fondo, la cual deberá ser entregada si se encuentra disponible en los archivos del FOSYGA.

Una vez se aclaren todos los asuntos mencionados en esta Circular y se establezca que existen recursos correspondientes a cotizaciones en salud no girados al FOSYGA y frente a los cuales no exista obligación de compensar, estos deberán ser girados en su totalidad a cada subcuenta del FOSYGA.

Cuando la entidad en proceso liquidatorio considere finalizados los asuntos pendientes con el FOSYGA, presentará a la Dirección de Financiamiento del Ministerio de la Protección Social y al Administrador de Recursos del FOSYGA el informe final de culminación de acuerdo a cada punto consignado en la presente Circular.

Adicionalmente, en dicho informe, el representante legal de la entidad deberá certificar de manera clara y expresa que no tiene procesos de compensación por presentar al FOSYGA, ni recursos por cotizaciones en salud o reintegros pendientes de girar a las subcuentas del FOSYGA, así mismo que no existe ningún tipo de reclamación de recursos que deba efectuar ante el FOSYGA. Lo anterior sin perjuicio de los informes parciales que la EPS o EOC en liquidación presenten ante el FOSYGA, tendientes a aclarar los asuntos de que trata esta Circular.

Una vez culmine este proceso y de acuerdo con las verificaciones que realice el Ministerio de la Protección Social y el Administrador Fiduciario del FOSYGA, este último presentará ante el Ministerio, un informe final que recoja todo el proceso de aclaración de cada uno de los puntos mencionados con todos los soportes, a fin de que la Dirección General de Financiamiento del Ministerio de la Protección Social comunique el resultado de la verificación a la EPS o EOC.

A juicio de la parte actora, las normas demandadas contiene reglas contrarias a disposiciones legales de rango superior como el Código Civil en lo relativo a prelación legal de créditos, contrarían las disposiciones legales que regulan los procesos liquidatorios de Entidades Promotoras de Salud (en adelante EPS) en Colombia y finalmente manifiesta que el Ministerio de Protección Social excedió sus facultades reglamentarias al establecer requisitos adicionales previos para la finalización del proceso liquidatorio.



II. Concepto de la violación

La parte actora dividió por cargos la solicitud de suspensión provisional de manera que para efectos de resolver la solicitud de suspensión provisional, se resumirá cada uno de ellos para que queden plasmados en esta providencia:

2.1. Prelación de Créditos del Código Civil.

En este cargo considera que con los actos administrativos demandados se vulneran el artículo 13 de la Constitución, el artículo 3 de la Ley 1437 de 2011, los literales f y h del artículo 116 del Decreto Ley 663 de 1993 (Estatuto Orgánico del Sistema Financiero), los numerales 1 y 2 del artículo 293 del Decreto Ley 663 de 1993 (Estatuto Orgánico del Sistema Financiero), el numeral 2 del artículo 301 del Decreto Ley 663 de 1993 (Estatuto Orgánico del Sistema Financiero), el artículo 9.1.3.2.4 del Decreto 2555 de 2010, los artículos 9.1.3.5.2., 9.1.3.5.3., 9.1.3.5.4., 9.1.3.5.5., 9.1.3.5.6., 9.1.3.5.7 y 9.1.3.5.8 del Decreto 2555 de 2010.

Al respecto manifestó: que el procedimiento que debe seguir la Superintendencia Nacional de Salud, en materia de procesos de intervención forzosa administrativa para administrar o liquidar las entidades bajo su vigilancia y control, hasta no se disponga de algo diferente en la reglamentación que el Gobierno Nacional lleve a cabo de la Ley 1438 de 2011, es el previsto en el Decreto Ley 663 de 1993 y lo dispuesto en el artículo 2555 de 2010, según lo dispuesto por los Decretos 1015 de 2002 y 3023 de 2002.

Que el régimen jurídico aplicable a la intervención forzosa administrativa para liquidar una EPS es el previsto en la resolución por medio de la cual la Superintendencia Nacional de Salud ordena la toma de posesión de la entidad, es decir, las normas previamente referidas.



Que el numeral 1 del artículo 293 del Decreto Ley 663 de 1993 (Estatuto Orgánico del Sistema Financiero) establece que el proceso de liquidación forzosa administrativa es un proceso concursal y universal, cuya finalidad esencial 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.

Que el Ministerio de Salud y Protección Social carece de toda competencia legal para regular o reglamentar los aspectos formales y sustanciales de los procesos de liquidación forzosa administrativa de las EPS, en específico lo referente a la conformación de la masa liquidatoria, así como la determinación, la calificación y la graduación de acreencias en esta clase de procesos y mucho menos en calidad de acreedor dentro de los mismos, sustraerse del régimen jurídico que le es obligatoriamente aplicable.

Que el ministerio no está investido de atribución legal para disponer, derogar, modificar o sustituir mediante una circular, reglas acerca del proceso liquidatorio de una EPS, el cual está regido por el Decreto Ley 663 de 1993 (Estatuto Orgánico del Sistema Financiero) la Ley 510 de 1999 y el Decreto 2555 de 2010, así como en las resoluciones específicas que expida la Superintendencia Nacional de Salud respecto de la toma de posesión.

Que con la expedición de la Resolución 00000022 del 18 de mayo de 2010 (acto demandado y en adelante la circular) el ministerio excedió el ámbito de sus competencias, como quiera que, a su juicio, actuó sin explícita potestad legal para regular el contenido de los procesos liquidatorios de las EPS, en lo relativo a la exclusión de acreencias dentro de esta clase de proceso, es decir, sostiene que el ministerio creó reglas contrarias a la prelación de créditos establecida en el Código Civil Colombiano.



Que dicha circular “*exhorta*” a otorgar un tratamiento distinto a los créditos del FOSYGA, a su juicio genera un trato inequitativo y desigual entre el ministerio y los demás acreedores que hagan parte dentro del proceso liquidatorio.

2.2. La compensación automática está expresamente prohibida en procesos de liquidación forzosa de EPS.

Al respecto manifestó: Que la compensación no es procedente por ser ilegal en la medida en que constituye una falta al principio de la igualdad de acreedores, pilar de los procesos liquidatorios en desarrollo del artículo 13 de la Constitución Política.

Que la circular da unas instrucciones abiertamente contrarias al numeral 2 del artículo 301 del Decreto Ley 663 de 1993 (Estatuto Orgánico del Sistema Financiero) que consagra de manera explícita la prohibición de la compensación en los procesos de liquidación forzosa administrativa como quiera que exigir un informe final que recoja todo el proceso de aclaración con los soportes respectivos, supone no solo que se pretermita la etapa de resolución de reclamaciones que es la apta para dar claridad y determinar el monto del crédito, calificarlo y graduarlo, sino también que se está imponiendo al liquidador definir y restituir por fuera de dicha etapa sumas liquidas adeudadas al acreedor, que en ultimas se descontarían de la masa liquidatoria, lo que en el fondo constituye una forma de compensación previa.

2.3. La exclusión de bienes de la masa de liquidación solo puede ser definida por medio de una ley o un decreto de igual jerarquía.

Manifiesta que la Sección Primera¹ respecto de la nulidad contra el Decreto 4779 del 30 de diciembre de 2005 el cual aclara el Decreto 1613 de 2003 mediante el cual se suprimió la Empresa de Telecomunicaciones de Valledupar – Teleupar S.A. ESP, estableció

¹ Consejo de Estado, Sentencia del 11 de febrero de 2010, Exp. 2006-00129-01, C.P. Dra. María Claudia Rojas Lasso.



que la masa de liquidación la integran todos los bienes de la entidad a liquidar.

Que dichos planteamientos fueron reproducidos en Sentencia del 22 de marzo de 2012 con ponencia de la Dra. María Elizabeth García González, en un proceso que definió la legalidad del Decreto 4781 de 2005 relacionado con la supresión de la Empresa Nacional de Telecomunicaciones – Telecom y se ordena su liquidación.

2.4. Los recursos del Sistema de Seguridad Social en Salud tienen Naturaleza parafiscal por lo cual pertenecen al sistema y no a las EPS, sin embargo no están excluidos de la masa de liquidación.

Que las EPS actúan como delegatarias legales del FOSYGA por lo cual las obligaciones adquiridas en desarrollo de dicho mandato legal solo puede solventarse con recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud y al ser estos provenientes de rentas parafiscales con destinación específica, se asignan en beneficio y para la satisfacción de las necesidades en salud de las personas que lo integran y conforme al principio de solidaridad se establecen para aumentar la cobertura de la prestación del servicio.

Que para el pago de las acreencias reconocidas dentro de un proceso de liquidación forzosa administrativa de una EPS, en principio debe asumirse con recursos de la cartera a ella perteneciente, pero a su juicio, si de dichas arcas no pueden ser solventadas, el Sistema de Seguridad Social en Salud por conducto de ministerio, es el responsable de pagar el monto adeudado por este concepto, en aras de proteger y minimizar el detrimento causado a los prestadores de servicios de salud y demás acreedores reclamantes dentro del proceso liquidatorio, teniendo en cuenta que todos los pasivos a cargo de una EPS giran en torno a la prestación del servicio de salud, incluidos los derivados de gastos administrativos, puesto que ello constituye su objeto principal.



Que en el presente caso, de un lado, la circular acusada en cada uno de sus puntos ordena la aclaración, rectificación, giro o reintegro de dineros al FOSYGA después de iniciada la liquidación de la entidad intervenida y de otro lado los decretos demandados preceptúan la exclusión de recursos, todos ellos impidiendo la conformación de la masa liquidatoria para solventar las acreencias de cada uno de los acreedores con ecuanimidad, lo que a su juicio, atenta contra el régimen jurídico especial, preferente y obligatorio.

III. Contestación de la entidad demandada

3.1. El Ministerio de Hacienda esgrimió como argumentos de defensa los siguientes:

Que de conformidad con el artículo 48 de la Constitución no se podrán destinar, ni utilizar los recursos de las instituciones de Seguridad Social para fines diferentes a ella, tienen destinación específica tal y como lo ha respaldado la Corte Constitucional en Sentencias C-1040 de 2003, T-481 y T-696 de 2000.

Que los actos demandados garantizan que tanto las cotizaciones recaudadas por las EPS como los porcentajes destinados para la prestación de servicios y garantía de las tecnologías de los planes obligatorios de salud, es decir el 90 o 92% de las Unidades de Pago por Capitación, solo puedan ser destinadas a cubrir los servicios adeudados a los prestadores y proveedores, de servicios de salud, resultando por lo tanto armónicos con el mandato constitucional.

Que las cotizaciones no hace parte del patrimonio de las EPS y que en tal sentido su contabilidad se hace de manera independiente tal y como lo ordena el parágrafo del artículo 182 de la Ley 100 de 1993.

Que existe un vínculo indisoluble entre el carácter parafiscal de los recursos de la seguridad social en salud y la Unidad de Pago por Capitación (UPC), pues es el reconocimiento de los costos que acarrea la puesta en ejecución del Plan Obligatorio de Salud (POS) por parte



de las EPS, la UPC tiene carácter parafiscal, puesto que su objetivo fundamental es financiar en su totalidad la ejecución del POS, es decir, no es una renta propia de la EPS.

Que el artículo 25 de la Ley Estatutaria de Salud – Ley 1751 de 2015 reitera que los recursos que financian la salud tienen destinación específica y no podrán ser dirigidos a fines diferentes a los previstos constitucionalmente, situación que podría llegar a presentarse en una liquidación de una EPS al pagar acreedores de cualquier orden.

Que la expedición de las normas y circular cuya nulidad se pretende no producen una modificación del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero sino que establecen y desarrollan reglas especiales para efectos de la liquidación de entidades pertenecientes al Sistema General de Seguridad Social en Salud, con fundamento en la facultad de intervención que en la Ley 715 de 2001 se otorgó al Gobierno Nacional.

Que la aplicación del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero en el proceso de liquidación de entidades adelantado por la Superintendencia Nacional de Salud obedece a una remisión efectuada por el Decreto 3023 de 2002 y en ese sentido, el establecimiento de procedimientos y reglas especiales para efectos de la liquidación de entidades del Sistema de Salud no afecta el contenido del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, pues en los procesos de liquidación que se rijan de manera exclusiva por dicha normatividad y que no correspondan a entidades que manejan recursos del sector salud seguirán atendiéndose las normas de rango legal que rigen al Sistema Financiero.

3.2. El Ministerio de Salud y Protección Social esgrimió como argumentos de defensa los siguientes:

Que el Gobierno a través del ministerio, en virtud de lo dispuesto por el artículo 154 de la Ley 100 de 1993 no solo tiene la facultad si no también la obligación de evitar que los recursos destinados a la



seguridad social en salud se destinen para esos fines y no para unos diferentes.

Que por ello al expedir el Decreto 1543 de 1998 (acto demandado) invocó dicha facultad en concordancia con el artículo 230 de la Ley 100 de 1993; el objetivo no ha sido modificar el procedimiento o aspectos sustanciales del proceso de liquidación forzosa administrativa, únicamente busca que los recursos que tienen las EPS no sean destinados a otros fines que no sea la Salud.

Que en el mismo sentido al expedir el Decreto 50 de 2013 (acto demandado) el Gobierno invocó el literal g del artículo 154 de la Ley 100 de 1993.

Que en consecuencia al haber expedido la Resolución ejerció las facultades otorgadas por la Ley 100 de 1993 en especial el literal g del artículo 154, es decir, evitar que los recursos de la seguridad social en salud fueran destinados a fines diferentes con ocasión del inicio de un proceso de liquidación forzosa.

Que el artículo 182 de la Ley 100 de 1993 dispone que las cotizaciones que recauden las EPS pertenecen al Sistema General de Seguridad Social en Salud.

Que los recursos no son propiedad de las EPS objeto de intervención, por el contrario, la norma es clara al determinar que los aludidos recursos pertenecen al Sistema de Seguridad Social en Salud.

Que además el Decreto Ley 663 de 1993 (Estatuto Orgánico del Sistema Financiero) en su artículo 299 prevé que dentro de los bienes excluidos de la masa de liquidación están los que tenga la entidad intervenida en calidad de depositario o fiduciario y en general las especies identificables que aun encontrándose en poder de la entidad pertenezcan a otra persona, para lo cual se deberán acreditar pruebas suficientes.



Que los recursos del Sistema de Seguridad Social en Salud ya sea en el régimen contributivo o subsidiado deberán ser excluidos de la masa de liquidación, criterio que el Consejo de Estado ha compartido de manera pacífica desde el año 2007, para ello citan la sentencia del 11 de octubre de 2007 Radicado No. 2003-00435-01 C.P. Dra. Martha Sofía Sanz Tobón.

Que tanta claridad existe respecto de la exclusión de la masa de liquidación respecto de los recursos del Sistema de Seguridad Social en Salud que el legislador dispuso que deben ser pagados de manera previa a la aplicación de la prelación de créditos, así lo dispone el artículo 12 de la Ley 1797 de 2016

En consecuencia no se está vulnerando el derecho a la igualdad ni tampoco normas de rango legal por cuanto los recursos al no ser propiedad de la EPS deberán ser excluidos de la masa de liquidación y por consiguiente no se encuentra sujeto a la graduación de créditos.

Que la prohibición de la compensación se encuentra destinada a proteger el derecho a la igualdad de los acreedores, es decir, que prohíbe la compensación de aquellas obligaciones que han sido objeto de la graduación de créditos, es decir, de aquellas que hacen parte de la masa de liquidación.

Que por lo tanto si los recursos a los que hace referencia el Decreto 1543 de 1998 y el Decreto 50 de 2014 son del Sistema de Seguridad Social en Salud, estos recursos se encuentran excluidos de la masa de liquidación y en consecuencia, la prohibición no es aplicable a los recursos del sistema.

Que la exclusión se encuentra reconocida por el legislador de manera expresa en el artículo 12 de la Ley 1797 de 2016 y ha sido reconocida por el Consejo de Estado, citan nuevamente la sentencia del 2007.

IV. Para resolver, se considera:



4.1.- Consideraciones preliminares.

Conforme a lo dispuesto en el artículo 238 de la Constitución Política, la jurisdicción de lo contencioso administrativo podrá suspender provisionalmente, por los motivos y con los requisitos que establezca la ley, los efectos de los actos administrativos que sean susceptibles de impugnación por vía judicial.

El artículo 229 del C.P.A.C.A. señala que las medidas cautelares que pueden ser adoptadas por el juez contencioso administrativo, entre las cuales se encuentra la suspensión provisional de los efectos de un acto administrativo, deben ser solicitadas por la parte interesada y estar debidamente sustentadas.

Asimismo, el artículo 231 *ibídem* consagra que la suspensión provisional procederá por violación de las disposiciones invocadas *“cuando tal violación surja del análisis del acto demandado y su confrontación con las normas superiores invocadas como violadas o del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud.”*

En este sentido se observa que la medida deberá ser decretada siempre que del análisis realizado por el Juez se concluya que existe violación de las normas invocadas en la demanda o en el escrito contentivo de la solicitud.

El Código Contencioso Administrativo (Decreto 01 de 1984), establecía que esta medida estaba sujeta a que la contradicción con las disposiciones invocadas como fundamento de la solicitud de suspensión fuera *manifiesta* y apreciada por *confrontación directa* con el acto demandado, de esa manera, se impedía que el Juez pudiera realizar un estudio profundo del caso, pues la trasgresión debía ser ostensible y como tal, no podía implicar esfuerzo analítico alguno.

Al respecto cabe resaltar que la nueva normativa presenta una variación significativa en la regulación de esta figura, por cuanto la norma obliga al juez administrativo para realizar el *análisis* entre el acto



y las normas invocadas como transgredidas, y *estudiar* las pruebas allegadas con la solicitud.

Finalmente, el Despacho considera importante destacar que pese a que la nueva regulación le permite al Juez realizar un análisis de la sustentación de la medida y estudiar las pruebas pertinentes, la decisión sobre la medida cautelar no implica prejuzgamiento, lo que obliga al Juzgador a ser en extremo cauteloso al momento de resolver la solicitud de suspensión provisional.

4.2.- El acto administrativo cuyos efectos se piden suspender.

Los Actos Administrativos cuya suspensión se solicita son: Los artículos 8 y 11 del Decreto 1543 del 4 de agosto de 1998 expedido por el Gobierno Nacional, el artículo 37 del Decreto 50 del 13 de enero de 2003 proferido por el Gobierno Nacional y la Circular Externa No. 00000022 del 18 de mayo de 2010 proferida por el Ministerio de Salud y Protección Social.

4.3. Normas Presuntamente violadas.

A juicio de la parte actora, las normas demandadas contiene reglas contrarias a disposiciones legales de rango superior como el Código Civil en lo relativo a prelación legal de créditos, contrarían las disposiciones legales que regulan los procesos liquidatorios de Entidades Promotoras de Salud (en adelante EPS) en Colombia y finalmente manifiesta que el Ministerio de Protección Social excedió sus facultades reglamentarias al establecer requisitos adicionales previos para la finalización del proceso liquidatorio.

4.4.- El caso concreto.

Los argumentos del actor para soportar la solicitud de suspensión del acto demandado son: (I). Violación de la Prelación de Créditos. (II). La compensación automática está expresamente prohibida. (III). La exclusión de bienes de la masa de liquidación debe estar autorizada por



la Ley y (IV). Los recursos del Sistema de Seguridad Social en Salud aunque tienen naturaleza parafiscal no pueden ser excluidos de la masa de liquidación.

Identificados los motivos que sustentan la solicitud, el Despacho analizará uno por uno para tomar la decisión que corresponda.

4.4.1.- Violación de la Prelación de Créditos

Los argumentos esgrimidos por el actor respecto de la posible vulneración de la prelación de créditos pierden su contundencia observando el artículo 12 de la Ley 1797 de 2016:

“Artículo 12. Prelación 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: 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.”

Advirtiéndole que la preocupación del actor estaba sentada por el hecho de que se afectaba sin justificación legal la prelación de créditos y hoy en día están prevista en la legislación nacional (Ley 1797 de 2016), surge la necesidad de realizar un análisis sobre la configuración de la “purga de ilegalidad” del acto administrativo demandado, debe señalar el Despacho que en virtud de ello y respecto de este cargo pierde objeto la presente solicitud de suspensión provisional, pues la finalidad de esta herramienta procesal no es otra que la de evitar transitoriamente la aplicación del acto administrativo que el solicitante considera ilegal, esto es, que se suspendan los efectos que produce el acto acusado.

4.4.2.- La compensación automática está expresamente prohibida.



En efecto la compensación automática esta proscrita en el artículo 301 del Decreto Ley 663 de 1993 (Estatuto Orgánico del Sistema Financiero), sin embargo hace referencia a la igualdad de los acreedores, es decir, no procede la compensación de las obligaciones de la intervenida para con terceros que a su vez sean deudores de ella.

Tal y como lo reconoció el actor los recursos del Sistema de Seguridad Social en Salud no son propiedad de la EPS, por eso no están en la masa de liquidación y en consecuencia no se adecua a la situación descrita de la norma, pues la prohibición está dada dentro del proceso normal de liquidación.

De contera, no se advierte transgresión alguna la norma invocada toda vez que estos recursos, los del Sistema de Seguridad Social en Salud están excluidos de la masa de liquidación tal y como se corroboró con la lectura del artículo 12 de la Ley 1797 de 2016.

4.4.3.- La exclusión de bienes de la masa de liquidación debe estar autorizada por la Ley.

En efecto el artículo 12 de la Ley 1797 de 2016 prevé de manera expresa la exclusión de los recursos adeudados al Fosyga, como se dijo con anterioridad dicha situación implica realizar un análisis sobre la configuración de la “purga de ilegalidad” del acto administrativo demandado, por lo que pierde objeto la presente solicitud de suspensión provisional.

4.4.4.- Los recursos del Sistema de Seguridad Social en Salud aunque tienen naturaleza parafiscal no pueden ser excluidos de la masa de liquidación.

Al respecto el Despacho encuentra que la Ley 100 de 1993 en su artículo 182 prevé que las cotizaciones recaudadas por las EPS pertenecen al Sistema General de Seguridad Social, indicando además que deberán manejar dichos recursos en cuentas independientes del resto de rentas y bienes de la entidad.



Del análisis de los argumentos contenidos en la solicitud de suspensión cotejados con el texto de los actos administrativos y teniendo en cuenta lo dicho por las entidades demandadas, se concluye que no hay en este momento procesal mérito suficiente para interpretar que los actos administrativos demandados vulneran normas legales o constitucionales.

En consecuencia, las razones que anteceden son suficientes para negar la medida cautelar, así se dispondrá en la parte resolutive de esta providencia.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Sala Unitaria, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

NEGAR la solicitud de suspensión provisional de artículos 8 y 11 del Decreto 1543 del 4 de agosto de 1998 expedido por el Gobierno Nacional, el artículo 37 del Decreto 50 del 13 de enero de 2003 proferido por el Gobierno Nacional y la Circular Externa No. 00000022 del 18 de mayo de 2010 proferida por el Ministerio de Salud y Protección Social, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

Notifíquese y cúmplase,

GUILLERMO VARGAS AYALA
Consejero de Estado

