



ACCIÓN DE CUMPLIMIENTO / INDEMNIZACIÓN POR ACCIDENTE DE TRÁNSITO GENERADO POR VEHÍCULOS NO ASEGURADOS CON PÓLIZA SOAT - Incumplimiento del término para resolver reclamación / DEBER DE ATENDER RECLAMACIÓN DE INDEMNIZACIÓN POR ACCIDENTE DE TRÁNSITO / CONTRATO DE AUDITORÍA - La inhabilidad sobreviniente del contratista no es excusa para no concluir los procesos y reclamaciones

[L]a actora pretende el cumplimiento del artículo 2.6.1.4.3.12 del Decreto 0780 de 2016 y del artículo 17 de la Resolución 1645 de 2016 expedidos por el Ministerio de Salud y Protección Social. Lo anterior, para que la Administradora de los Recursos del Sistema de Seguridad Social en Salud y la Unión Temporal Auditores de Salud concluyan la auditoría de la reclamación tramitada para la indemnización por la muerte y gastos funerarios del señor [W.J.P.F.] a cargo de la denominada Subcuenta ECAT del antiguo FOSYGA, hoy ADRES. (...) Observa a Sala que en aquellos casos en los cuales no se cuenta con el seguro obligatorio de accidentes de tránsito (SOAT), el parágrafo 2 del artículo 167 de la Ley 100 de 1993 (...) la reclamación fue radicada el 31 de octubre de 2019 sin que este hecho haya sido controvertido por la parte demandada, por lo cual el plazo venció el 31 de diciembre del mismo año, dado que según el artículo 17 de la Resolución 1645 de 2016 dicha actuación se debe realizar “[...] dentro de los dos (2) meses siguientes al cierre del periodo de radicación [...]”, (...) la Sala confirmará la decisión dictada por el Tribunal Administrativo de Risaralda en el sentido de que la obligación está a cargo de ADRES. (...) Advierte la Sala que la posible cesión del contrato de consultoría es incierta y resulta irrelevante para resolver, particularmente cuando el término para tales efectos está vencido desde hace varios meses y el plazo de seis meses otorgado por la Sala desde comienzos del presente año transcurrió sin que haya reportado resultados concretos en el trámite de la cesión. En consecuencia, la Sala modificará el término que venía otorgando al organismo demandado para resolver las reclamaciones, que estaba sujeto a la culminación del proceso de cesión contractual, para en su lugar acoger aquel dispuesto por el a quo, lo que significa que la solicitud deberá ser resuelta en el término 30 días contados a partir de la notificación de la sentencia.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCIÓN POLÍTICA - ARTÍCULO 87 / CONSTITUCIÓN POLÍTICA - ARTÍCULO 215 / LEY 100 DE 1993 - ARTÍCULO 167 - PARÁGRAFO 2 / LEY 137 DE 1994 / DECRETO 417 DE 2020

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN QUINTA

Consejero ponente: CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO

Bogotá, D.C., tres (3) de septiembre de dos mil veinte (2020)

Radicación número: 66001-23-33-000-2020-00048-01(ACU)

Actor: ELISABETH CARDONA CARRACEDO

Demandado: ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL – ADRES Y OTRO

SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

Procede la Sala a resolver la impugnación interpuesta por el jefe de la oficina asesora jurídica de la Administradora de los Recursos del Sistema de Seguridad Social en Salud (ADRES) contra la sentencia de marzo tres del año en curso, mediante la cual el Tribunal Administrativo de Risaralda accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES

1. La solicitud

Por intermedio de apoderado judicial y en ejercicio de la acción desarrollada por la Ley 393 de 1997, la señora Elisabeth Cardona Carracedo presentó demanda contra la Administradora de los Recursos del Sistema de Seguridad Social en Salud (ADRES) y la Unión Temporal Auditores de Salud en la cual formuló las siguientes pretensiones:

“1. [...] que se declare que la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud – ADRES – y su Firma Auditora, es decir la Unión Temporal Auditores de Salud; está (sic) incumpliendo la obligación de aplicar el inciso primero del Artículo 2.6.1.4.3.12 del Decreto 0780 de 2016; y el artículo 17 De (sic) la Resolución 1645 del 03 de mayo de 2016 expedida por el Ministerio de Salud y de la Protección Social, en consecuencia, que se le ordene a las autoridades renuentes que cumplan el mandato en un término perentorio no superior a 5 días siguientes a la ejecutoria del fallo, de conformidad con el Criterio del Consejo de Estado en proceso de radicado No. 66001-23-33-000-2015-00438-01.

2. Que se le ordene a la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud – ADRES, para que, por medio de su firma auditora, es decir la Unión Temporal Auditores de Salud; el cumplimiento del deber, a fin de concluir de forma inmediata la AUDITORÍA INTEGRAL de la reclamación radicada

ante la Subcuenta Ecat del otrora Fosyga, por indemnización por muerte y gastos funerarios, y se surta su respectiva notificación.

3. Que se ordene a la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud – ADRES, para que, por medio de su firma auditora, es decir la Unión Temporal Auditores de Salud, realicen la auditoría integral de la reclamación radicada ante la Subcuenta Ecat del Fosyga, ajustándose a los decretos, resoluciones, circulares, notas externas y manuales que reglamentan las reclamaciones que se presentan ante la Subcuenta Ecat del Fosyga.

4. Que se le ordene a la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud – ADRES, y a la Unión Temporal Auditores de Salud, en costas y agencias en derecho, de conformidad con el artículo (sic) 19 y 21 de la ley 393 de 1997”.

2. Hechos

En resumen, el fundamento fáctico de la demanda es el siguiente:

La actora aseguró que el 13 de julio de 2019, el señor Wilber José Pantoja Flórez falleció como consecuencia de un accidente de tránsito.

Manifestó que por conducto de apoderado, el 31 de octubre de 2019 radicó ante la firma auditora la solicitud de indemnización por la muerte y gastos funerarios con los soportes fijados por la normatividad vigente, a la cual fue asignado el número 51018588.

Reveló que mediante correo electrónico certificado de Servientrega (sic), el 15 de enero de 2020 pidió a la Administradora de los Recursos del Sistema de Seguridad Social en Salud y a la Unión Temporal Auditores de Salud el cumplimiento de los artículos 2.6.1.4.3.12 del Decreto 780 de 2016 y 17 de la Resolución 1645, expedida por el Ministerio de Salud, para la terminación de la auditoría integral de la reclamación.

3. Razones del posible incumplimiento

Según la actora, los artículos 2.6.1.4.3.12 del Decreto 0780 de 2016 y 17 de la Resolución 1645 de 2016 están siendo incumplidos por la parte demandada, ya que la auditoría integral de la reclamación que presentó ante la firma auditora no ha concluido mediante decisión que le haya sido notificada, a pesar de que transcurrió el término de los dos meses establecido para que sea informada del estado de la solicitud.

4. Trámite de la solicitud en primera instancia

Mediante auto de febrero cuatro del presente año, el magistrado sustanciador del Tribunal Administrativo de Risaralda admitió la demanda y ordenó notificar a los representantes legales de la Administradora de los Recursos del Sistema de

Seguridad Social en Salud y de la Unión Temporal Auditores de Salud y al agente del Ministerio Público (ff. 32 y 33).

A través de providencia del trece del mismo mes y año, resolvió sobre las pruebas y decretó oficiosamente que ADRES resolviera un cuestionario sobre los alcances de la inhabilidad que afecta a la Unión Temporal, el trámite de las reclamaciones, la entidad que deberá resolverlas y la nueva firma auditora (ff. 50 y 51).

5. Contestación de la demanda

5.1. Auditores de Salud

El representante legal manifestó que las partes involucradas en el contrato de consultoría 080 de 2018 suscrito con ADRES se vieron enfrentadas a razones de tipo fáctico que pueden conducir a una supuesta demora en el trámite de la reclamación, lo cual no significa que corresponda a la renuencia en el cumplimiento de las normas citadas porque, incluso, no recibió el correo al cual hace referencia el apoderado de la actora.

Consideró que debe declararse probada la excepción de mora administrativa justificada, añadió que la acción no tiene como finalidad el pago de indemnizaciones y subrayó que la demandante cuenta con un mecanismo diferente, como es el incidente de desacato dentro de la sentencia T-760 de 2008 para la superación del estado de cosas inconstitucional declarado por la Corte en dicha providencia ante la violación generalizada del derecho a la salud.

Advirtió que la Unión Temporal tuvo que afrontar cinco procesos sancionatorios adelantados por la Administradora de los Recursos del Sistema de Seguridad Social en Salud en desarrollo de los cuales fue hecha la declaratoria de inhabilidad de las empresas que la integran y además fue objeto de varias multas por valor de \$7.776.899.729.59.

Precisó que está en imposibilidad material y jurídica de llevar a cabo el trámite de auditoría, ya que a raíz de dicha inhabilidad y de la declaratoria de incumplimiento reiterado desde el 27 de diciembre de 2019 no puede ejecutar el contrato 080 de 2018, por lo cual solicitó requerir únicamente a ADRES para que adelante la actuación pedida por la actora.

5.2. Administradora de los Recursos del Sistema de Seguridad Social en Salud

Durante el traslado no presentó contestación de la demanda (fl. 49)

6. Sentencia de primera instancia

El Tribunal Administrativo de Risaralda advirtió que respecto del memorial mediante el cual fue solicitado el cumplimiento de las disposiciones legales, el apoderado de Auditores de Salud hizo una afirmación sin fundamento por cuanto

está acreditado que el correo electrónico corresponde a la dirección reportada para recibir notificaciones, por lo cual fue debidamente agotada la renuencia.

Explicó que el artículo 2.6.1.4.3.12 del Decreto 0780 de 2016 contiene un procedimiento reglado para que las autoridades que tienen a cargo la auditoría integral resuelvan las reclamaciones de los ciudadanos y en desarrollo del cual la entidad accionada no puede justificar la demora en las gestiones, pues la norma no hizo ningún discernimiento sobre los trámites internos dirigidos a evitar el fraude y establecer la veracidad de la información cuando el lapso de dos meses es para evacuar dicha verificación.

Precisó los alcances del artículo 2º del Decreto 1283 de 1996 referente la estructura del FOSYGA y de los artículos 1º y 2º del Decreto 056 de 2015, que reglamentan el seguro de riesgos catastróficos y accidentes de tránsito (ECAT), además de indicar los mecanismos indemnizatorios existentes en virtud del Seguro Obligatorio de Accidentes de Tránsito (SOAT) cuando vehículos involucrados en accidentes de tránsito no cuentan con esta póliza.

Después del análisis de los elementos aportados al proceso y de la respuesta dada al oficio librado con motivo del auto de pruebas, destacó que Auditores de Salud cumple los presupuestos para la declaratoria de inhabilidad sobreviniente contractual y esto le impide el cumplimiento del contrato de consultoría 080 de 2018 y la imposibilita para la realización de las auditorías integrales.

Subrayó que esto hace que ADRES no cuente con firma auditora para brindar respuesta a las reclamaciones y sea la única entidad obligada dentro del proceso, dado que el ciudadano no está en el deber de soportar las consecuencias de la demora en la determinación del nuevo contratista de auditoría, la infraestructura, tecnología y talento humano requerido para la ejecución del contrato, por lo que corresponde al organismo cumplir la orden judicial.

En consecuencia, resolvió lo siguiente:

“1. ACCEDER A LAS PRETENSIONES de la demanda instaurada por la señora Elisabeth Cardona Carracedo en contra de la Administradora de los Recursos del Sistema de Seguridad Social –Adres–, disponiendo el cumplimiento del artículo 2.6.1.4.3.12 del Decreto 780 de 2016, así como del artículo 17 y literal C del artículo 22 de la Resolución 1645 de 2016 [...].

2. ORDENAR a la Administradora de los Recursos del Sistema de Seguridad Social – Adres para que en el término de treinta (30) días contados a partir de la notificación de esta sentencia, realice la auditoría integral de la reclamación presentada por la accionante y le notifique la decisión [...].” (Mayúsculas del texto original).

[...]”

7. La impugnación

El jefe de la oficina asesora jurídica de la Administradora de los Recursos del Sistema de Seguridad Social en Salud afirmó que durante la ejecución, la entidad conminó a Auditores de Salud para que cumpliera sus deberes y posteriormente le impuso multas por valor de \$2.480 millones e incumplimiento por valor de \$5.405 millones por factores como el retraso en la entrega de los resultados de auditoría, la demora en el pago de sus obligaciones con los trabajadores y la falta de personal.

Agregó que debido a las sanciones y al incumplimiento del contrato, la Unión Temporal y las sociedades que la integran aparecen registradas como inhabilitadas en el Registro Único Empresarial y Social y sostuvo que ante esta situación y la imposibilidad jurídica de ejecutar el acuerdo de voluntades, Auditores de Salud solicitó la cesión del 100 por ciento del contrato, por lo cual ADRES está analizando los documentos aportados por el nuevo contratista para validar la capacidad técnica, jurídica y financiera de acuerdo con el pliego de condiciones.

Enfatizó que el organismo se encuentra ante un caso de mora administrativa justificada frente a la carga de reclamaciones que llevó a algunos retrasos en la entrega de resultados de la auditoría, como hecho imprevisible e ineludible, a pesar de haber actuado con diligencia y celeridad, prorrogado el contrato de auditoría vigente y celebrado uno nuevo y esto hace que no sea posible agotar el procedimiento en el plazo señalado por la actora porque no hay una entidad que pueda adelantar el trámite.

Destacó que ADRES está analizando, elaborando y materializando medidas administrativas para solucionar el problema sin comprometer el deber de defender los recursos del sistema de seguridad social en salud y advirtió que la acción está siendo utilizada indiscriminadamente para evitar someterse al cronograma establecido por la entidad, lo que vulnera el derecho a la igualdad de los demás reclamantes que no acudieron a estos procesos.

II. CONSIDERACIONES

1. Competencia

La Sección Quinta es competente para decidir la impugnación contra la sentencia dictada por el Tribunal Administrativo de Risaralda, según lo dispuesto en los artículos 150 y 152 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA) y en el artículo trece del Acuerdo 080 de 2019 expedido por la Sala Plena del Consejo de Estado¹.

2. Problema jurídico

¹ Dicho acuerdo estableció la competencia de la Sección Quinta para el conocimiento de las apelaciones contra las providencias susceptibles de ese recurso que sean dictadas por los tribunales administrativos, en primera instancia, en las acciones de cumplimiento.

Corresponde a la Sala resolver si confirma, revoca o modifica la decisión adoptada por la citada corporación judicial en la sentencia de marzo tres del año en curso, que accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda.

3. Generalidades de la acción de cumplimiento

La acción de cumplimiento busca la materialización de aquellos mandatos contenidos en las normas de rango legal y en los actos administrativos.

Con base en la regulación establecida en el artículo 87 de la Constitución y el desarrollo previsto en la Ley 393 de 1997, dicha posibilidad opera a partir de la orden que imparte el juez de lo contencioso administrativo a la autoridad renuente.

Este mecanismo procesal tiene carácter subsidiario, puesto que no procede cuando el demandante tenga a su alcance otro instrumento judicial para lograr la efectividad de la norma legal o del acto que estima incumplidos.

Tampoco procede cuando el ejercicio del medio de control pretenda el cumplimiento de normas legales y de actos administrativos que establezcan gastos.

De acuerdo con la reiterada jurisprudencia de esta corporación, la prosperidad de esta acción está sujeta a la observancia de los siguientes presupuestos: **(i)** que el deber jurídico cuya observancia se exige esté consignado en normas con fuerza de ley o en actos administrativos; **(ii)** que el mandato, la orden, el deber, la obligatoriedad o la imposición esté contemplada en forma precisa, clara y actual; **(iii)** que la norma esté vigente; **(iv)** que el deber jurídico esté en cabeza del accionado; **(v)** que se acredite que la autoridad o el particular en ejercicio de funciones públicas fue constituido en renuencia frente al cumplimiento de la norma o acto administrativo cuyo acatamiento pretende la demanda y **(vi)** que tratándose de actos administrativos no haya otro instrumento judicial para lograr su efectivo cumplimiento, ni persiga el cumplimiento de normas que establezcan gastos.

4. La constitución de la renuencia

En el artículo 8º, la Ley 393 de 1997 señaló que *“Con el propósito de constituir la renuencia, **la procedencia de la acción requerirá que el accionante previamente haya reclamado el cumplimiento del deber legal o administrativo** y la autoridad se haya ratificado en su incumplimiento o no contestado dentro de los diez (10) días siguientes a la presentación de la solicitud [...]”*. (Negrillas fuera del texto).

Frente a los alcances de esta norma, la Sala mantiene un criterio reiterado según el cual *“[...] el reclamo en tal sentido no es un simple derecho de petición sino una solicitud expresamente hecha con el propósito de cumplir el requisito de la renuencia para los fines de la acción de cumplimiento”*².

²

Esta corporación también ha considerado que no puede tenerse por demostrado el requisito de procedibilidad de la acción en aquellos casos en que la solicitud “[...] *tiene una finalidad distinta a la de constitución en renuencia*”³.

Es importante que la solicitud permita determinar que lo pretendido por el interesado es el cumplimiento de un deber legal o administrativo, cuyo objetivo es la constitución en renuencia de la parte demandada.

Como quedó establecido en el numeral 5º del artículo 10º de la Ley 393 de 1997, la constitución de la renuencia de la entidad accionada debe acreditarse con la demanda, so pena de ser rechazada de plano la solicitud.

El apoderado de la actora allegó copia del escrito dirigido a la entidad demandada y a la Unión Temporal, el 22 de enero de 2020, en el que pidió el cumplimiento de los deberes establecidos en los actos y normas invocados posteriormente en la demanda para la terminación de la auditoría integral de la reclamación (ff. 19 a 27 y 57).

No consta en el expediente que la Administradora de los Recursos del Sistema de Seguridad Social en Salud haya dado respuesta a la solicitud, como tampoco la Unión Temporal porque la respuesta enviada el 27 de enero del presente año no incluyó a la actora, por lo cual el requisito de procedibilidad fue agotado.

En cuanto a los restantes requisitos de procedencia de la acción, la demandante no tiene a su alcance otro mecanismo ordinario de defensa judicial para exigir a las entidades demandadas la realización de la auditoría integral de la reclamación.

Además, el cumplimiento de las normas y actos no implica la ejecución de un gasto, dado que la auditoría, como etapa de verificación de los elementos que sustentan la solicitud, no conlleva directa ni automáticamente el pago de la indemnización y de los gastos funerarios.

La controversia no involucra derechos fundamentales de la señora Cardona Carracedo.

5. El caso concreto

Como quedó expuesto, la actora pretende el cumplimiento del artículo 2.6.1.4.3.12 del Decreto 0780 de 2016 y del artículo 17 de la Resolución 1645 de 2016 expedidos por el Ministerio de Salud y Protección Social.

Lo anterior, para que la Administradora de los Recursos del Sistema de Seguridad Social en Salud y la Unión Temporal Auditores de Salud concluyan la auditoría de

² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, providencia de octubre veinte (20) de 2011, expediente No. 2011-01063, M.P. Mauricio Torres Cuervo.

³ Sobre el particular pueden verse las providencias de noviembre veintiuno (21) de 2002 dentro del expediente ACU-1614 y de marzo diecisiete (17) de 2011, expediente 2011-00019.

la reclamación tramitada para la indemnización por la muerte y gastos funerarios del señor Wilber José Pantoja Flórez a cargo de la denominada Subcuenta ECAT del antiguo FOSYGA, hoy ADRES.

La primera disposición señaló lo siguiente:

“Artículo 2.6.1.4.3.12. Término para resolver y pagar las reclamaciones. *Las reclamaciones presentadas con cargo a la Subcuenta ECAT del Fosyga a que refiere el presente Capítulo, se auditarán integralmente dentro de los dos (2) meses siguientes al cierre de cada periodo de radicación, los cuales serán establecidos por el Ministerio de Salud y Protección Social.*

Si hubo lugar a la imposición de glosas como consecuencia de la auditoría integral a la reclamación, el Ministerio de Salud y Protección Social comunicará la totalidad de ellas al reclamante, quien deberá subsanarlas u objetarlas, dentro de los dos (2) meses siguientes a la comunicación de su imposición. Si transcurrido dicho término no se recibe información por parte del reclamante, se entenderá que aceptó la glosa impuesta.

El Ministerio de Salud y Protección Social o quien este designe, pagará las reclamaciones que no hubiesen sido glosadas, dentro del mes siguiente a la fecha del cierre efectivo y certificación del proceso de auditoría integral, so pena del pago de intereses moratoria en los términos del artículo 1080 del Código de Comercio.

Las reclamaciones presentadas ante las entidades aseguradoras autorizadas para operar el SOAT se pagarán dentro del mes siguiente a la fecha en que el asegurado o beneficiario acredite, aun extrajudicialmente, su derecho ante el asegurador de acuerdo con el artículo 1077 del Código de Comercio. Vencido este plazo, el asegurador reconocerá y pagará al reclamante, además de la obligación a su cargo y sobre el importe de ella, un interés moratoria igual al certificado como bancario corriente por la Superintendencia Financiera aumentado en la mitad”.

El artículo 17 de la Resolución 1645 de 2016 dispuso lo siguiente:

“ARTÍCULO 17. DESARROLLO DE LA ETAPA DE AUDITORÍA INTEGRAL. *Durante esta etapa, que se desarrolla dentro de los dos (2) meses siguientes al cierre del periodo de radicación, el Fosyga o quien haga sus veces realiza la validación del cumplimiento de los aspectos mínimos de verificación consignados a continuación, mediante el análisis de la información suministrada por el reclamante en las etapas de pre radicación y radicación:*

A. Aspectos mínimos de verificación para reclamaciones por servicios de salud [...]:”.

Observa a Sala que en aquellos casos en los cuales no se cuenta con el seguro obligatorio de accidentes de tránsito (SOAT), el parágrafo 2º del artículo 167 de la Ley 100 de 1993 previó lo siguiente:

“RIESGOS CATASTRÓFICOS Y ACCIDENTES DE TRÁNSITO. *En los casos de urgencias generadas en accidentes de tránsito, en acciones terroristas ocasionadas*

por bombas o artefactos explosivos, en catástrofes naturales u otros eventos expresamente aprobados por el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, los afiliados al Sistema General de Seguridad Social en Salud tendrán derecho al cubrimiento de los servicios médico-quirúrgicos, indemnización por incapacidad permanente y por muerte, gastos funerarios y gastos de transporte al centro asistencial. El Fondo de Solidaridad y Garantía pagará directamente a la Institución que haya prestado el servicio a las tarifas que establezca el Gobierno Nacional de acuerdo con los criterios del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud.

PARÁGRAFO 1o. En los casos de accidentes de tránsito, el cubrimiento de los servicios médico-quirúrgicos y demás prestaciones continuará a cargo de las aseguradoras autorizadas para administrar los recursos del Seguro Obligatorio de Accidentes de Tránsito con las modificaciones de esta Ley.

PARÁGRAFO 2o. Los demás riesgos aquí previstos **serán atendidos con cargo a la subcuenta del Fondo de Solidaridad y Garantía**, de acuerdo con la reglamentación que establezca el Gobierno Nacional". (Negrillas fuera del texto).

Por consiguiente, cuando el vehículo involucrado en el accidente de tránsito no cuenta con SOAT los afectados acuden para el reconocimiento de indemnizaciones a la Subcuenta del antiguo Fondo de Solidaridad y Garantía, actualmente ADRES.

Entonces, lo cierto es que la reclamación debe ser resuelta por la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud (ADRES) en virtud del anterior precepto y según los artículos 66 y 73 de la Ley 1753 de 2015, que señalan lo siguiente:

"DEL MANEJO UNIFICADO DE LOS RECURSOS DESTINADOS A LA FINANCIACIÓN DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD (SGSSS). Con el fin de garantizar el adecuado flujo y los respectivos controles de recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud, **créase una entidad** de naturaleza especial del nivel descentralizado del orden nacional asimilada a una empresa industrial y comercial del Estado **que se denominará Entidad Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud (SGSSS)**. La Entidad hará parte del SGSSS y estará adscrita al Ministerio de Salud y Protección Social (MSPS), con personería jurídica, autonomía administrativa y financiera y patrimonio independiente.

[...]

La Entidad tendrá como objeto administrar los recursos que hacen parte del Fondo de Solidaridad y Garantías (Fosyga), los del Fondo de Salvamento y Garantías para el Sector Salud (Fonsaet), los que financien el aseguramiento en salud, los copagos por concepto de prestaciones no incluidas en el plan de beneficios del Régimen Contributivo, los recursos que se recauden como consecuencia de las gestiones que realiza la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP); los cuales confluirán en la Entidad. En ningún caso la Entidad asumirá las funciones asignadas a las Entidades Promotoras de Salud".

“ARTÍCULO 73. PROCESOS DE RECOBROS, RECLAMACIONES Y RECONOCIMIENTO Y GIRO DE RECURSOS DEL ASEGURAMIENTO EN SALUD. Los procesos de cobros, **reclamaciones** y reconocimiento y giro de recursos del aseguramiento en Salud **que se surten ante el Fosyga o la entidad que asuma sus funciones** se regirán por las siguientes reglas:

a) El término para efectuar reclamaciones o cobros que deban atenderse con cargo a los recursos de las diferentes subcuentas del Fosyga será de tres (3) años a partir de la fecha de la prestación del servicio, de la entrega de la tecnología en salud o del egreso del paciente. Finalizado dicho plazo, sin haberse presentado la reclamación o cobro, prescribirá el derecho a recibir el pago **y se extingue la obligación para el Fosyga.** (Negrillas fuera del texto).

[...].”

A partir de tales normas, es claro para la Sala que la obligación de resolver las citadas reclamaciones está actualmente a cargo de ADRES.

Sin embargo, no puede desconocerse que sobre la resolución de las reclamaciones, el Decreto 2265 de 2017⁴, en su artículo 2.6.4.3.5.2.1., dispuso lo siguiente:

“Reclamaciones por eventos catastróficos de origen natural o de accidente de tránsito en que participen vehículos no identificados o no asegurados con póliza SOAT. Las condiciones de cobertura, el reconocimiento y pago de los servicios de salud, indemnizaciones y gastos derivados de accidentes de tránsito, eventos catastróficos de origen natural y eventos terroristas, se regirán por lo dispuesto en el Capítulo 4 del Título 1 de la Parte 6 del Libro 2 del presente decreto.

Para el efecto, las reclamaciones por dichos eventos deberán presentarse a la ADRES dentro de los tres (3) años siguientes a la fecha de la ocurrencia del hecho de conformidad con lo previsto en el artículo 73 de la Ley 1753 de 2015, o la norma que la modifique o sustituya.

Parágrafo. La **ADRES contratará** una firma auditora para la verificación del cumplimiento de los requisitos y del procedimiento que se adopte para el efecto”. (Negrillas fuera del texto).

Si bien existe obligación legal para ADRES de recibir, tramitar y decidir las reclamaciones derivadas de “[...] eventos catastróficos de origen natural o de accidente de tránsito en que participen vehículos no identificados o no asegurados con póliza SOAT [...]”, por mandato legal debe contratar una firma auditora para llevar a cabo dichas actuaciones.

Esto no equivale a decir que ADRES no tenga la obligación de tramitar y resolver las reclamaciones sino que será compartida con la firma auditora que sea

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

contratada para tales efectos, por cuanto esta facultad no la exime del cumplimiento del mandato normativo.

En anteriores oportunidades y al resolver casos similares, la Sala se pronunció sobre el contrato celebrado por ADRES con este fin, pues es necesario tener en cuenta que las reclamaciones presentadas hasta el 17 de diciembre de 2017 estaban a cargo de la Unión Temporal FOSYGA 2014 en virtud del contrato 043 de 2013 y aquellas radicadas con posterioridad estaban a cargo de la Unión Temporal Auditores de Salud, según los términos del contrato de consultoría 080 de 2018.

Precisó que el deber de llevar a cabo la auditoría integral de las reclamaciones recaía en ADRES porque tiene la función legalmente asignada, pero también en Auditores de Salud puesto que del contrato 080 de 2018 devenía un imperativo legal⁵.

No obstante, la Unión Temporal se encuentra actualmente sin posibilidad de realizar el trámite de la auditoría debido a la inhabilidad impuesta por ADRES y a la declaratoria de incumplimiento del contrato, por lo cual desde el 27 de diciembre de 2019 no puede ejecutarlo, como lo señaló Auditores de Salud en la contestación de la demanda y lo ratificó el organismo demandado en el oficio de respuesta al requerimiento hecho por el Tribunal Administrativo de Risaralda sobre este particular y en la impugnación.

Precisa la Sala que en la página web de la Administradora de los Recursos del Sistema de Seguridad Social en Salud fue publicada la siguiente información dirigida a la opinión pública⁶:

“[...] 5. De cara a la inhabilidad sobreviniente del contrato y a la imposibilidad jurídica de ejecución del mismo, la Unión Temporal Auditores de Salud solicitó la cesión del 100% del contrato. Actualmente la ADRES se encuentra analizando los documentos que fueron aportados por el nuevo contratista para validar la capacidad técnica, jurídica y financiera conforme a lo requerido en el pliego de condiciones. Además, el nuevo contratista debe presentar el modelo operativo de auditoría, infraestructura administrativa, tecnológica y de talento humano que se requiere para la ejecución del contrato. (...)”

Concluye la Sala que ante dicha circunstancia, la obligación legal de resolver la auditoría de las reclamaciones no es exigible a Auditores de Salud, lo cual no significa, desde luego, que no continúe en cabeza de ADRES en virtud del mandato legal.

⁵ Posición reiterada en los procesos 2019-00739-01, 2019-00728-01, 2019-00709-01, 2019-00732-01, 2019-00717-01, 2019-00687-01, 2019-00729-01, 2019-00686-00, 2019-00704-01, 2019-00727-01, 2019-00735-01, 2019-00726-01, 2019-00731-01, 2019-00708-01, 2019-00730-01, 2019-00738-01, 2019-00723-01, 2019-00719-01, 2019-00701-01, 2019-00690-01, 2019-00720-01, 2019-00734-01, 2019-00716-01, 2019-00697-01, entre otros.

⁶ Al respecto puede consultarse el siguiente link: <https://www.adres.gov.co/Inicio/Noticias/Post/6528/Comunicado-a-la-opini%C3%B3n-p%C3%BAblica-contrato-080-de-2018-y-la-inhabilidad-de-la-Uni%C3%B3n-Temporal-Auditores-de-Salud>

Además, precisa que la reclamación fue radicada el 31 de octubre de 2019 sin que este hecho haya sido controvertido por la parte demandada, por lo cual el plazo venció el 31 de diciembre del mismo año, dado que según el artículo 17 de la Resolución 1645 de 2016 dicha actuación se debe realizar “[...] dentro de los dos (2) meses siguientes al cierre del periodo de radicación [...]”, lo cual hace que el mandato sea plenamente exigible a ADRES.

En virtud de la problemática descrita en la comunicación publicada en la página web oficial de ADRES, expuesta en la impugnación y en atención a que se encuentra estudiando los requisitos exigidos al nuevo contratista, la Sala confirmará la decisión dictada por el Tribunal Administrativo de Risaralda en el sentido de que la obligación está a cargo de ADRES.

Observa la Sala que en respuesta a la prueba de oficio decretada por el Tribunal Administrativo de Risaralda, el jefe de la oficina asesora jurídica allegó al expediente un memorial en el cual fijó la postura de la Administradora de los Recursos del Sistema de Seguridad Social en Salud sobre las acciones dirigidas al cumplimiento de las normas sobre el trámite de las reclamaciones.

Advirtió que *“Respecto de las reclamaciones radicadas antes de la declaratoria de inhabilidad, la ADRES debe ser enfática en afirmar que la Unión Temporal [...] es responsable de las mismas [...]”*, pese a que previamente, al resolver la primera pregunta del requerimiento, insistió en que *“con la declaratoria de inhabilidad por incumplimiento reiterado al contrato 080 de 2018, la Unión Temporal Auditores de Salud no puede seguir ejecutando el contrato [...]”*.

Precisó que *“[...] aún se encuentra pendiente definir quién continuará la ejecución del contrato, en el evento de materializarse la cesión contractual a la que hace referencia el artículo 9 de la ley 80 de 1993”* y subrayó que *“[...] ADRES solamente otorgará la autorización de la cesión en la medida en que a su criterio y de forma debidamente motivada, encuentre cubiertas todas las circunstancias que acreditan la viabilidad jurídica, técnica y financiera de la cesión, y se sustente que el potencial cesionario es idóneo y cuenta con la capacidad de ejecutar el Contrato [...] produciéndose un relevo en el cumplimiento de las obligaciones contractuales dentro del estado preciso del contrato [...]”*.

Concluyó que *“En el evento de no se (sic) viable la cesión, se procederá a la etapa de liquidación contractual y se evaluará la posibilidad de realizar un nuevo proceso de selección para realizar la auditoría correspondiente”*.

Advierte la Sala que de la situación expuesta por ADRES, es claro que el resultado de la reclamación radicada el 31 de octubre de 2019 es de su responsabilidad, aunado a que no muestra avances en el proceso de cesión del contrato ni en la posibilidad de ejecución por parte del nuevo contratista para la continuación de la labor que tenía la Unión Temporal, pues es prácticamente la misma descrita en el comunicado publicado a finales de diciembre pasado en su página web en la que anunció la declaratoria de inhabilidad a Auditores de Salud,

la imposibilidad jurídica de seguir la ejecución del contrato y el análisis de la documentación aportada por quien aspira a ser el nuevo contratista para validar su capacidad en los diferentes aspectos requeridos en el pliego de condiciones.

Lo anterior permite concluir que la posible cesión del contrato de consultoría es incierta y resulta irrelevante para resolver, particularmente cuando el término para tales efectos está vencido desde hace varios meses y el plazo de seis meses otorgado por la Sala desde comienzos del presente año transcurrió sin que haya reportado resultados concretos en el trámite de la cesión.

En consecuencia, la Sala modificará el término que venía otorgando al organismo demandado para resolver las reclamaciones, que estaba sujeto a la culminación del proceso de cesión contractual, para en su lugar acoger aquel dispuesto por el *a quo*, lo que significa que la solicitud deberá ser resuelta en el término 30 días contados a partir de la notificación de la sentencia.

Debe advertirse que no es posible tener en cuenta la manifestación del impugnante según la cual está demostrada la ocurrencia de la mora administrativa justificada, dado que el número de reclamaciones que se encuentran atrasadas y la fecha de iniciación de las auditorías con posterioridad al periodo de transición contractual no pueden trasladarse al administrado, de tal manera que sean desconocidos los términos establecidos por el legislador para resolver la solicitud y que bien hubieran podido ser previstas en el procedimiento de planeación previo a la contratación de la firma auditora, por lo cual lo cierto es que no ha sido concluida la auditoría integral y existe incumplimiento, por parte de ADRES, de la norma invocada en la demanda⁷.

En sentencia de agosto 27 del presente año dictada dentro del expediente 66001-23-33-000-2020-00029-01⁸, la Sala hizo mención al memorial presentado por el jefe de la oficina asesora jurídica de ADRES en el que fijó la postura sobre el trámite de las reclamaciones, a partir del cual la Sección concluyó que era procedente modificar el término que venía dando a la entidad para resolver las reclamaciones y acoger aquel dispuesto en el fallo impugnado, dado que desde diciembre pasado, cuando fue declarada la inhabilidad de la Unión Temporal, el organismo no reportó avances en el trámite de la cesión del contrato ni en la posible ejecución por parte del nuevo contratista y además el cumplimiento de la norma invocada no puede estar sujeto a las gestiones administrativas y legales que corresponden a ADRES en esta materia.

⁷ En efecto, debe recordarse que en materia de acción de cumplimiento, en sentencia C-157 de 1998, la Corte Constitucional indicó que: “[...] *el deber de cumplir una norma legal o un acto administrativo **no admite gradaciones, esto es, la autoridad cumple o no cumple, y naturalmente, no cumple o incumple a medias**; el incumplimiento es algo que debe ser apreciado dentro de la autonomía e independencia del juez para juzgar en el caso concreto. De este modo, no aparecen legítimos ni razonables los condicionamientos que se imponen a la actividad de juzgamiento, en el sentido de que la interpretación del incumplimiento deba ser estricta y que, además, éste resulte evidente. [...]*”. Subraya la Sala.

⁸ Cfr. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, sentencia de agosto 27 de 2020, expediente 66001-23-33-000-2020-00029-01, M.P. Carlos Enrique Moreno Rubio.

Finalmente, reitera la Sala que la acción de cumplimiento no es el mecanismo procedente para establecer la posible vulneración de los derechos fundamentales y frente a la alegada violación de la igualdad de los demás reclamantes, que no acudieron a la acción, la legitimidad para invocar su protección corresponde a cada persona que eventualmente pueda sentirse afectada por el trámite de las demandas de cumplimiento que buscan la culminación de la auditoría de las reclamaciones.

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

F A L L A

PRIMERO: Confirmar la sentencia impugnada.

SEGUNDO: Notifíquese a las partes en la forma prevista en el artículo veintidós (22) de la Ley 393 de 1997.

TERCERO: En firme esta providencia, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

LUIS ALBERTO ÁLVAREZ PARRA
Presidente

ROCÍO ARAÚJO OÑATE
Magistrada

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Magistrada

CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO
Magistrado

“Este documento fue firmado electrónicamente. Usted puede consultar la providencia oficial con el número de radicación en <http://relatoria.consejodeestado.gov.co:8081>”