

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL



JUZGADO TERCERO ADMINISTRATIVO DE ORALIDAD
CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SECCIÓN PRIMERA

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

RADICACIÓN: 11001-3334-003-2017-00037-00
DEMANDANTE: FAMISANAR EPS
DEMANDADA: SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD
ASUNTO: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

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

SENTENCIA

1. ANTECEDENTES

1.1 MEDIO DE CONTROL

En ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, EPS FAMISANAR CAFAM COLSUBSIDIO LTDA., actuando a través de apoderada judicial formula demanda contra la Superintendencia Nacional de Salud, para que en sentencia definitiva se hagan las siguientes:

1.2 DECLARACIONES Y CONDENAS

Se declare la nulidad de la Resolución 001270 del 13 de mayo de 2016, por medio de la cual se ordenó el reintegro de recursos al FOSYGA, así como del acto administrativo producto del silencio administrativo negativo frente al recurso de reposición presentado contra la referida resolución.

Como consecuencia de lo anterior, a título de restablecimiento del derecho, se ordene devolver a FAMISANAR EPS, el valor descontado o cobrado como consecuencia de los actos administrativos demandados, con el ajuste del IPC, intereses moratorios y demás frutos civiles correspondientes.

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

1.3 HECHOS DE LA DEMANDA

Los hechos descritos por la apoderada de la parte demandante, en resumen, son:

1.- La Dirección de Administración de Fondos de la Prestación Social del Ministerio de Salud y Protección Social, mediante oficio 21433200391211 del 27 de marzo de 2014, requirió a FAMISANAR EPS sobre tres recobros con valor

aprobado y girado en cuantía total de \$86.987.182, en atención a lo establecido en el numeral 2 de la Resolución 3361 de 2013.

2.- Mediante comunicación 11706 del 22 de mayo de 2014, radicado en el Ministerio de Salud con el número 201442300738732 del 23 de mayo de 2014, FAMISANAR EPS dio respuesta a la solicitud de aclaración, restituyendo el valor de dos recobros y la suma de \$10.054.879, por concepto de indexación.

3.- A través de oficio 201433200869001 del 16 de junio de 2014, el Ministerio de Salud emitió el informe contentivo del análisis efectuado a la respuesta ofrecida por FAMISANAR EPS, manifestando que el valor de los intereses correspondía a la suma de \$83.314.778, por tanto, existía una diferencia de \$73.259.899 en favor del FOSYGA.

4.- La Dirección de Administración de Fondos de la Protección Social, mediante oficio 201533200012651 del 07 de enero de 2015, remitió a la Superintendencia Nacional de Salud el informe antes referido.

5.- Mediante Resolución 001270 del 13 de mayo de 2016, la Superintendencia Nacional de Salud ordenó a FAMISANAR EPS reintegrar al FOSYGA la suma de \$73.259.899, correspondientes al saldo intereses por restituir.

6.- Dentro de la oportunidad correspondiente, FAMISANAR EPS, interpuso recurso de reposición el anterior acto administrativo.

7.- Transcurridos más de 83 días y por tanto, agotados los 2 meses de que trata el artículo 86 de la Ley 1437 de 2011, no se notificó decisión expresa sobre el recurso de reposición entendiéndose entonces la resolución negativa al mismo, producto del silencio administrativo.

1.4 NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN

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

1.4.1 De los presupuestos para ordenar el reintegro de intereses moratorios en el procedimiento de reintegro de recursos del FOSYGA apropiados o reconocidos sin justa causa

Señala que la suma de \$87.395.157 transferida en respuesta a la solicitud de aclaración efectuada por el Ministerio de Salud, correspondiente al reintegro de los valores de las cuentas de recobro 22255919 y 4578741, se efectuó con la correspondiente actualización al IPC, conforme lo dispone el inciso 3 del artículo 3 del Decreto 1281 de 2002.

En ese sentido, considera que lo dispuesto en el informe emitido por el Ministerio de Salud donde acepta las explicaciones dadas y aceptó el referido reintegro de recursos, pero indica la existencia de interese moratorios frente a las demás cuentas (22255919 y 4578741), carece de sustento, pues no explicó de manera algún porqué procedían los mismos y no la actualización del IPC, tal y como hizo la EPS.

Indica que dicha falta de motivación se trasladó a la Resolución 001270 del 13 de mayo de 2016 y al acto administrativo ficto negativo, emitidos por la

Superintendencia Nacional de Salud, pues allí tampoco se esgrimieron los motivos que justifiquen el cobro de intereses moratorios, más aún cuando no se probaron los requisitos contenidos en el inciso 3 del artículo 3 del decreto 1281 de 2002, para proceder a dicho cobro.

Refiere concepto emitido por la Sala de Consulta y Servicios Civil del Consejo de Estado, en relación con la aplicación del IPC o intereses moratorios en casos como el que aquí nos ocupa, según el cual, para que proceda la restitución de recursos junto con los intereses moratorios es imprescindible que la Superintendencia Nacional de Salud encuentre y justifique su decisión es prueba suficiente que evidencia que la EPS requerida fue negligente, imprudente o incurrió en impericia al momento de apropiar los recursos, interpretación que afirma, resulta acorde con la garantía al debido proceso y principio de buena fe.

Por otro lado, refiere que de conformidad con la Resolución 5395 de 2013, en concordancia con la cláusula 7 del Contrato 000142 de 2005, suscrito entre el Ministerio de la Protección Social y el Consorcio Fidufosyga 2005, es obligación es esta última realizar auditoria a los recursos que administra, por lo que, pretender el reembolso de intereses moratorios conlleva aceptar su propia culpa y negligencia en los controles que debe realizar.

1.4.2 El rol de la Superintendencia Nacional de Salud en el procedimiento para el reintegro de los recursos del FOSYGA apropiados o reconocidos sin justa causa

Sostiene la parte actora que contrario a lo señalado por la Superintendencia Nacional de Salud en los actos demandados, su función en el trámite de restitución de recursos apropiados sin justa causa, no es mera ejecución, y, por tanto, debió analizar las razones presentadas en el informe y aclaraciones respectivas, para determinar si procedía o no el recobro de intereses moratorios.

1.4.3. Identidad y naturaleza jurídica del acto administrativo proferido por la Supersalud

Refiere que de acuerdo con lo señalado en el artículo 4 de la Resolución 3361 de 2013, y el concepto de acto administrativo definido por el Consejo de Estado, el informe que presenta la entidad o autoridad que detecte la presunta apropiación de recursos del FOSYGA, constituye un acto administrativo de trámite, pues no concluye la actuación administrativa sino que la impulsa, ya que si no se realiza el reintegro allí determinado dentro del plazo definido en la ley, la actuación deberá ser decidida por la Superintendencia Nacional de Salud, siendo el acto administrativo que esta emita, aquel que resulta definitivo pues a través de aquel se modifica la situación jurídica concreta de la EPS requerida. En ese sentido, reitera que no se trata de un acto de ejecución y por tanto debe contar con la motivación suficiente que dé cuenta de su decisión.

La anterior tesis, la refuerza con sentencia del Consejo de Estado, Sección Cuarta, del 03 de octubre de 2014, Radicación 25000-23-42-000-2014-02484-01.

1.4.4 Principio de legalidad y competencias de la Superintendencia Nacional de Salud en el trámite de restitución de recursos apropiados o reconocidos sin justa causa

Así mismo, señala como cosa juzgada constitucional, la sentencia C-607 de 2012 donde se analizó la constitucionalidad del artículo 3 del Decreto 1281 de 2002, para afirmar que en el trámite de restitución de recursos se deben respetar todas las garantías que comprenden el debido proceso, entre ellas, el juez imparcial, independiente y preestablecido, así como el derecho de contradicción. En consecuencia, concluye que de aceptarse que las conclusiones a las que arriba la entidad que detecta la presunta apropiación de recursos sin justa causa, son definitivas, sería tanto como aceptar que la parte que acusa es la misma que juzga, y por tanto, se dispuso que sería la Superintendencia Nacional de Salud el ente que decidiría de fondo la actuación, para lo cual, es indispensable la garantía de contradicción en el entendido que al no haberse señalado previamente requerimiento alguno justificado respecto a los intereses moratorios, dicha entidad debió valorar las pruebas y determinar motivadamente la procedencia o no de dicho reintegro.

1.5 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

1.5.1 Superintendencia de Industria y Comercio

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

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

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

Refiere el respeto por el principio de responsabilidad, en los términos señalado en sentencia C-233 de 2002, por lo que, de acuerdo con las expresas facultades

otorgadas a dicha entidad no se puede generar reproche alguno en cuanto a la definición o modificación de los recursos objeto de discusión.

Señala que el debido proceso administrativo se contempla en este caso frente a la reclamación formulada por el Administrador Fiduciario del Fosyga y posteriormente, frente al acto que ordena el reintegro de los recursos por parte de la Superintendencia, el cual estará determinado por el contenido de cada acto administrativo. Así mismo, considera que en aplicación al principio de legalidad, la Superintendencia sólo puede actuar dentro del límite previsto para el ejercicio de sus funciones, y en ese sentido, el Decreto Ley 1281 de 2002, sólo le confirió la competencia de ordenar el reintegro de los recursos y adelantar las acciones necesarias para lograr su recaudo.

Así mismo, propuso las siguientes excepciones de mérito:

1.5.1.1. Legalidad de los actos administrativos

Reitera que es en la primera etapa del procedimiento, donde se hace el cobro otorgando un plazo de 20 días, pudiendo en todo caso la entidad requerida ejercer su derecho de defensa por medio de las aclaraciones respectivas, de manera que es allí donde se crea, modifica o extingue una situación jurídica concreta, decisiones frente a las cuales proceden los recursos de ley, y sólo cuando dicho acto administrativo queda en firme y no se obtiene el reintegro de los recursos por renuencia del sujeto requerido, es donde la Superintendencia Nacional de Salud está facultada para intervenir, ordenando la restitución de los mismos e iniciando las actuaciones de su competencia, por ejemplo, el proceso administrativo sancionatorio en contra de la entidad requerida.

Trae a colación concepto 5324 del 14 de marzo de 2012, emitido por el Ministerio Público respecto al contenido del artículo 3 del Decreto Ley 1281 de 2002, para insistir en que la finalidad de intervención de la Superintendencia en este tipo de actuaciones administrativas es constituir el título ejecutivo para garantizar el recaudo de los recursos del Sistema de Seguridad Social en Salud.

Advierte además que, como los recursos objeto de estos actos administrativos no son en favor de la demandada y no ingresan en sus arcas, esa entidad no se encuentra facultada para iniciar procesos de cobro coactivo, pues los referidos recursos hacen parte del SGSS que es administrado por la respectiva entidad a quien se halla asignado dicha función.

Señala que contrario a lo indicado por el accionante, la Supersalud no está facultada para pronunciarse sobre los aspectos de fondo que debieron ser resueltos en una etapa distinta, y menos aún sobre la procedibilidad o no de ordenar la restitución de recursos al FOSYGA, pues esta solo verifica que se cuente con la información necesaria suministrada por el ente que da inicio a la primera etapa y de la cual se presume su legalidad, para ordenar el reintegro de recursos y poder cobrar los mismos de una manera más eficiente; no obstante, en la demanda no se cuestiona aspecto alguno relacionado con vicios que eventualmente se puedan generar en la segunda etapa.

Considera que la demandante no cumple la carga de la prueba respecto a demostrar cómo con la orden de restitución de recursos se afecta la eficacia y

gestión del Sistema General de Seguridad Social en Salud, pues, por el contrario, de las pruebas aportadas al expediente, se evidencia que la entidad requerida se apropió indebidamente de recursos, es decir sin la existencia de justa causa, y que al momento de efectuar el pago, no lo hizo de manera completa tal y como se lo exigió en la primera etapa del proceso la autoridad o entidad respectiva después de haberse rendido las aclaraciones pertinentes.

Así mismo, señaló que la demandante no logró demostrar que el Ministerio de Salud y Protección Social haya negado el ejercicio del derecho de contradicción frente al informe que determinó la existencia de intereses moratorios, presentando solicitud oponiéndose al cobro dentro de los 20 días establecidos para el pago, pues de haber ocurrido así, dicho cobro no habría quedado en firme y la actuación no habría sido remitida a la Superintendencia Nacional de Salud, para continuar el trámite respectivo.

1.5.1.2. Cumplimiento del ordenamiento legal y de las funciones asignadas a la Superintendencia Nacional de Salud

Reiteró que no es competencia de la Supersalud adelantar los procesos por los cuales se establecen los valores a reintegrar al FOSYGA, competencia que se encuentra radicada en el Administrador Fiduciario y el Ministerio de Salud, sin que sea función de la demandada revisar, avala o aprobar los actos administrativos que estos expiden en tal sentido.

1.5.1.3. No desconocimiento del derecho de defensa

Dice la Superintendencia Nacional de Salud, que a pesar que esta entidad profiere un acto de ejecución que da fuerza al cobro realizado en la primera etapa, concede el recurso de reposición para garantizar el debido proceso de la segunda etapa, lo que quiere decir que en esa instancia solo puede entrar a estudiar los vicios que se presenten en el transcurso de la misma, por cuanto se parte de la presunción de legalidad que abarca las actuaciones proferidas en la primera etapa, y la garantía al debido proceso que debió concederse para que el sujeto requerido ejerciera en dicha etapa su derecho de defensa y contradicción al definirse su situación jurídica como acreedor.

Afirma que, teniendo en cuenta que la finalidad, trámite y naturaleza del procedimiento de reintegro difiere de aquellos de carácter sancionatorio, no se puede admitir la aplicación de normas que rigen este último, ni las generales del procedimiento administrativo, dado que existe régimen especial contenido en el Decreto 1281 de 2002, , ello amparado precisamente en la garantía del debido proceso, según el cual, se deben observar a plenitud las formas propias de cada juicio y no, las que la administración o la parte considere a su arbitrio.

Por lo anterior, señala que no puede dilatarse o diferirse la remisión a la Superintendencia, ni la emisión de la orden de reintegro, volviendo a preguntar al vigilado por una situación que ya ha sido plenamente establecida.

1.5.1.4. Procedencia del cobro de intereses

Reitera que carece de competencia para determinar la procedencia o no del cobro del intereses, pues dicho aspecto corresponde liquidarlo a la entidad que

adelanta la primera etapa del procedimiento, y que su intervención en la segunda etapa tiene como única finalidad proteger el uso y la destinación de los recursos públicos del sector salud, y no, la de cuestionar la buena o mala fe con que hayan actuado los actores del sistema.

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

El tercero con intereses, previo a realizar un recuento de las normas que rigen el procedimiento de reintegro y en particular sobre el procedimiento adelantado en su momento a FAMISANAR EPS, se opuso igualmente a la prosperidad de las pretensiones de la demanda, precisando que el cobro realizado por la Superintendencia Nacional de Salud se encuentra respaldado por las auditorías previas que demuestran que a la EPS demandante le fueron reconocidos recursos del sector salud sin justa causa.

En consecuencia, propuso las siguientes excepciones de fondo:

1.5.2.1. Del actuar de la Dirección de Administración de Fondos de Protección Social del Ministerio de Salud y Protección Social – Culpa exclusiva de la entidad recobrante

Refiere que FAMISANAR EPS adelantó el procedimiento recobro 22255919 y 457874, sin el cumplimiento de los requisitos exigidos en la Resolución 3099 de 2008, vigente para el periodo comprendido entre enero de 2008 y diciembre de 2010, dado que lo cobrado no contaba con el soporte respectivo (factura), razón por la cual, dicha EPS pudo evitar el pago sin justa causa que efectivamente se configuró.

Así, señala que los dos errores que llevaron al reconocimiento sin justa causa de recursos del SGSS en favor de la demandante se ocasionaron por su falta de cuidado, el primero, al facturar dos veces los mismos medicamentos, y el segundo, al recobrar \$62.400.00, cuando el valor real eran \$6.240.000; situaciones estas totalmente previsibles y que no dependían de ninguna base de datos o instrumento sofisticado como ocurre en otros casos de reintegros, por el contrario, la competía a la EPS la presentación de los recobros con el cumplimiento de la totalidad de requisitos previstos para ello, lo cual no hizo.

Adicionalmente, señala que una vez efectuado el pago, la demandante no informó de manera alguna que se habían reconocido esos mayores valores, pese a que debía contar con herramientas que advirtieran el giro indebido, sino que esperó hasta que el Ministerio de Salud hizo la solicitud de aclaración para la devolución de los mismos; lo cual, en los términos del artículo 3 del Decreto 1281 de 2002, genera el reconocimiento de intereses moratorios.

1.5.2.2. Legalidad del procedimiento adelantado

Indicó que no puede la demandante alegar que se vulneró su derecho a probar, pues conforme al procedimiento previsto en el ordenamiento jurídico contó con la etapa de aclaraciones donde pudo demostrar que no contaba con las herramientas para advertir el giro indebido y oponerse a la aplicación de intereses moratorios, sin embargo, no lo hizo, y así lo advirtió la Superintendencia de Salud en la resolución 0348 del 24 de febrero de 2017.

1.6 ACTUACIÓN PROCESAL

La demanda correspondió por reparto a este Juzgado el 01 de marzo de 2017¹. Por auto del 25 de abril de 2017, se remitió por competencia la demanda a los Juzgados Administrativos de Bogotá - Sección Cuarta². Luego, el Juzgado 40 Administrativo de Bogotá. Por auto del 21 de junio de 2017, propuso conflicto negativo de competencia³.

Por auto del 09 de octubre de 2017, la Sala Plena del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, definió el conflicto de competencia, asignando el conocimiento del asunto a este Juzgado⁴.

En razón a lo anterior, por auto del 13 de febrero de 2018 se admitió la demanda⁵ y la notificación a la demandada, al Ministerio Público y a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado se surtió el 27 de junio de 2018⁶.

Mediante auto del 22 de febrero de 2019, notificado el 01 de marzo del mismo año, se vinculó a la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud – ADRES, como tercero con interés⁷. De las excepciones propuestas, se corrió el traslado respectivo mediante fijación en lista del 01 de agosto de 2019, sin pronunciamiento de la parte demandante⁸.

Previa fijación en lista efectuada el 06 de mayo de 2019⁹, sin pronunciamiento alguno de la parte actora¹⁰, mediante auto del 19 de julio del mismo año, el Juzgado resolvió no dar trámite al incidente de regulación de honorarios presentado por la apoderada de la parte demandante; providencia que no fue objeto de recursos¹¹.

Mediante auto del 13 de septiembre de 2019, se tuvo por contestada la demanda por parte de la Superintendencia de Industria y Comercio, se dispuso que el tercero con interés efectuó pronunciamiento frente a la demanda y se señaló fecha para llevar a cabo audiencia inicial¹².

La mencionada audiencia se llevó a cabo el 15 de octubre de 2019, en la que se realizó el control de legalidad y saneamiento, se efectuó pronunciamiento respecto a no encontrarse fundamento para decretar de oficio ninguna excepción previa, se fijó el litigio, se agotó la etapa de conciliación, se profirió auto de decreto de pruebas, se cerró el debate probatorio, se prescindió de la audiencia de alegaciones y juzgamiento y se corrió traslado para alegar por escrito¹³.

1 Folio 190, Cuaderno 1.

2 Folios 193 a 196, Cuaderno 1.

3 Folios 201 a 203, Cuaderno 1.

4 Folios 1 a 13, Cuaderno 3

5 Folios 208 a 211, Cuaderno 1.

6 Folios 214 a 220, Cuaderno 1.

7 Folios 255 a 256 y 261 a 262, Cuaderno 1.

8 Folios 296 y 297, Cuaderno 1.

9 Folio 26, Cuaderno 4.

10 Folio 267 Cuaderno 4.

11 Folios 37 a 39, Cuaderno 4.

12 Folios 298 y 299, Cuaderno 1.

13 Folios 301 a 323, Cuaderno 1.

Dentro de la oportunidad procesal correspondiente los apoderados de las partes presentaron los alegatos de conclusión¹⁴. Sin concepto del Ministerio Público¹⁵.

1.7 ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

1.7.1 Parte demandante¹⁶

La apoderada de la parte actora reiteró los argumentos expuestos en la demanda, y en especial señaló: i) que ni la demandada, ni el tercero con interés, lograron demostrar la procedencia del reintegro de recursos junto con sus intereses moratorios y no con la actualización del IPC (falta de motivación); ii) que no resulta legítimo la aplicación de intereses moratorios a manera de sanción puesto que el pago indebido debió ser controlado, valorado y auditado por el administrador de los recursos, es decir, que este giro sin justa causa fue consecuencia de una conducta imputable a ella misma y no a la EPS; iii) que no se desvirtuó la presunción de buena fe cuando la EPS demandante al realizar el informe de aclaración procedió a la restitución de los dineros cancelados, y no esperó a una segunda solicitud de aclaración y; iv) que el acto administrativo definitivo y que concluye la actuación administrativa es el que profiere la Superintendencia Nacional de Salud, y por tanto, dicha entidad debió realizar el control de legalidad de la actuación previa declarando la procedencia o no de restitución de recursos.

1.7.2 Parte demandada¹⁷

El apoderado de la Superintendencia Nacional de Salud insistió en la legalidad de los actos administrativos demandados, para lo cual reiteró los argumentos expuestos en la contestación de la demanda, y en particular expuso: i) Las concretas competencias asignadas por la ley a la entidad; ii) Su función en casos como el que nos ocupa debe ceñirse a lo expresamente autorizado, lo cual no incluye pronunciarse sobre aspectos de fondo; iii) el procedimiento de reintegro no se perfecciona con la orden que emita la Superintendencia, pues no todos terminan con su intervención y si lo hace, esta sólo puede constituir una orden de reintegro; iv) el procedimiento especial establece las etapas concretas que lo constituyen, entre ellas, las que permiten el ejercicio del derecho de defensa y contradicción y; v) La demandante no logró desvirtuar la apropiación indebida de recursos del SGSS, y la justa causa para sus correspondientes intereses moratorios.

1.7.3 Tercero con interés¹⁸

La apoderada de la Administradora de los recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud – ADRES, reiteró su posición a las pretensiones de la demanda y los argumentos expuestos en su contestación, así como señaló que en todo caso, el reintegro de los dineros apropiados indebidamente por la hoy

¹⁴ Folios 524 a 530, 531 a 532 y 533 a 541, Cuaderno 1.

¹⁵ Folio 555, Cuaderno 1.

¹⁶ Folios 533 a 541, Cuaderno 1.

¹⁷ Folios 524 a 530, Cuaderno 1.

¹⁸ Folios 351 y 352, Cuaderno 1.

demandante, no se realizó dentro de los 20 días que estipula el artículo 3 del Decreto Ley 1281 de 2002, razón suficiente para que procediera el cobro de intereses moratorios.

Finalmente, señala que la Superintendencia Nacional de Salud mediante Resolución 0348 del 24 de febrero de 2017, resolvió el recurso de reposición confirmando la Resolución 1270 del 13 de mayo de 2016.

2. CONSIDERACIONES

2.1 COMPETENCIA

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

2.2 FIJACIÓN DEL LITIGIO

El litigio se fijó en establecer si por los cargos expuestos en la demanda es procedente declarar la nulidad de las Resolución 1270 del 13 de mayo de 2016, por la cual la Superintendencia de Salud ordenó el reintegro de unos recursos al FOSYGA, así como, si se presenta o no acto administrativo ficto o presunto aspecto del recurso de reposición interpuesto contra la mencionada resolución, toda vez que el artículo 163 del CPACA establece que se entenderán demandados los actos que resolvieron los recursos interpuestos contra el acto demandado.

2.3 PROBLEMA JURÍDICO

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

¿Se configuró realmente silencio administrativo negativo en relación con el recurso de reposición presentado contra la Resolución 1270 del 13 de mayo de 2016, y por tanto, existe o no inepta demanda por indebida formulación de las pretensiones?

Dilucidado lo anterior ¿fueron proferidas las resoluciones 1270 del 13 de mayo de 2016 y 0348 del 24 de febrero de 2017, con falta de motivación frente a los presupuestos para ordenar la restitución de intereses moratorios en el procedimiento de reintegro de recursos apropiados o reconocidos sin justa causa y/o con violación al debido proceso al desconocerse el rol de la Superintendencia Nacional de Salud, así como la identidad y naturaleza jurídica del acto administrativo que esta profiere, atendiendo al principio de legalidad y competencias a ella asignadas?

2.4 HECHOS PROBADOS JURÍDICAMENTE RELEVANTES

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

- A través de oficio radicado 201433200391211 del 27 de marzo de 2014, recibido por Famisanar el 14 de mayo del mismo año, el Ministerio de Salud y Protección Social – Dirección de Administración de Fondos de la Protección Social, solicitó aclaraciones por posible apropiación o reconocimiento sin justa causa en el pago de recobros por concepto de medicamentos no incluidos en el POS, correspondientes al periodo comprendido entre el 14 de enero de 2008 y el 14 de diciembre de 2010. Allí se señaló lo siguiente:

"(...) el Ministerio realizó la revisión de una muestra de aquellas solicitud de recobro presentadas por la EPS al Fosyga en donde recobraron los medicamentos Rituximab 500mg/50ml, y Rituximab 100mg/10ml, entre los años 2008 y 2010, los cuales fueron aprobados, previo proceso de auditoría integral. Dicha revisión se realizó confrontando la información contenida en las bases de datos del Fosyga, frente a los soportes físico de los recobros, encontrando que en algunos casos, tales apropiaciones se realizaron sin el cumplimiento de la totalidad de los requisitos.

(...)

No. RECOBRO	HALLAZGOS	VALOR APROBADO \$	VALOR INVOLUCRADO \$
22255919	Recobran 4 ampollas de Rituximab 500mg y solo hay soportes de 2 ampollas	42.973.600	21.185.222
44512243	Los valores unitarios son diferentes a los relacionados en la factura	115.584.720	9.646.904
45784741	Facturan medicamentos por valor de \$6.240.000 y recobran \$62.400.000	62.395.056	56.155.056
Total		220.953.376	86.987.182

(...)

Por lo anterior, y en atención a lo establecido en el numeral 2 del artículo 4 de la Resolución 3361 de 2013, y con base en la información contenida en los cuadros 1 y 2, se le requiere para que remita las aclaraciones a que haya lugar, dentro de los Veinte (20) días hábiles siguientes al recibo de la presente comunicación."¹⁹

- Mediante oficio radicado el 22 de mayo de 2014, Famisanar EPS presentó las aclaraciones respectivas ante el Ministerio de Salud y Protección Social en relación con el recobro número 44512243. En relación con los recobros 22255919 y 45784741 no brindó explicación alguna, por el contrario informó que mediante transferencia realizada el 15 de ese mismo mes y año había procedido a realizar devolución por la suma de \$87.395.157 en

¹⁹ Folios 189 - CD archivo "Oficio No 201433200391211 de fecha 27 de marzo de 2014 proferido por la Dirección de Administración de Fondos de la Protección Social del Ministerio de Salud y Protección Social.pdf" - y 274 - CD archivo "Solicitud Aclaraciones Famisanar Rad201433200391211.pdf" -. Cuaderno 1.

favor del Consorcio Fosyga²⁰.

- El Ministerio de Salud y Protección Social – Dirección de Administración de Fondos de la Protección Social, con oficio 201433200869091 del 16 de junio de 2014, recibido por Famisanar EPS el 14 de agosto de 2014, dio por terminado el procedimiento de reintegro de recursos o reintegro de recursos reconocidos y/o apropiados sin justa causa en relación con el recobro 44512243; y lo continuó respecto a los recobros 22255919 y 45784741, al considerar que el valor reintegrado por la suma de \$87.395.157, no resultaba concordante con aquella debía ser restituida junto con los intereses moratorios desde la fecha de reconocimiento de los recobros y la fecha en que los recursos se reintegraron, liquidando dicha diferencia en la suma de \$73.259.899. En consecuencia, concedió el término de veinte (20) días siguientes para realizar la devolución de los recursos al Fosyga²¹.
- Mediante oficio 201533200012651 del 07 de enero de 2015, el director de Administración de Fondos de la Protección Social del Ministerio de Salud, remitió a la Superintendencia Nacional de Salud distintos procesos adelantados por dicha dependencia en relación el reintegro de recursos al FOSYGA, entre otras, a FAMISANAR EPS por cuanto había identificado una en favor del Fosyga. Dentro de los documentos allegados como anexos se encuentran: i) fallo de tutela del 16 de abril de 2008, proferido por el Juzgado Primero Penal Municipal de Santa Marta, en el cual se ordena a FAMISANAR EPS, entre otros, suministrar el medicamento RiluteK y demás necesarios para el tratamiento de una de sus afiliadas; ii) Copia de la historia clínica respectiva; iii) Facturas de venta SA9723 del 08 de noviembre de 2008 y 12336 del 02 de julio de 2010, donde se relacionan, entre otros, el cobro de medicamentos NO POS; iv) Acta de Comité Técnico Científico para Medicamentos NO POS y fallos de tutela, del 17 de junio de 2010; v) Solicitud de recobro por concepto de medicamentos NO POS, número 244431, realizado por FAMISANAR, correspondiente a 1 Ampolla de Rituximab por valor de \$62.400.000; vi) declaración juramentada suscrita por el representante legal de FAMISANAR EPS, mediante la cual confirma la veracidad de la factura 12336 correspondiente a 1 ampolla de Rituximab por valor de \$62.400.000 y; vii) Solicitud de recobro por concepto de medicamentos NO POS, número 233017, realizado por FAMISANAR, correspondiente a 4 Ampollas de Rituximab por valor de \$42.409.996 y 6 ampollas de Zyvodix por valor de \$584.100²².
- Mediante informe de Análisis Técnico Restitución de Recursos, la Superintendente Delegada para la Supervisión Institucional, se pronunció respecto a la gestión realizada por el Ministerio de Salud y Protección Social en relación al procedimiento de recobro realizado a FAMISANAR, previa auditoría integral, en los siguiente términos:

²⁰ Folio 189 - CD archivo "Comunicación 11706 del 22 de mayo de 2014 suscrita por EPS FAMISANAR y radicada ante el Ministerio de Salud y Protección Social con el número 201442300738732 el 23 de mayo de 2014.pdf" -. Cuaderno 1.

²¹ Folio 189 - CD archivo "Oficio con radicado No. 201433200869091 del 16 de junio de 2014.tif" -. Cuaderno 1.

²² Folio 274 - CD archivo "201533200012651- remision a la super.pdf" -. Cuaderno 1 y folios 1 a 184, Cuaderno 2.

“En el contexto anterior, se concluye:

* De conformidad con el artículo 3 del Decreto Ley 1281 de 2002, el Ministerio de Salud y Protección Social adelantó el trámite para la aclaración o restitución de los recursos, en cumplimiento de lo señalado en la Resolución 3361 de septiembre de 2013.

* De conformidad con el artículo 6 y 7 de la Resolución 3361 de 2013, el Ministerio de Salud y Protección revisó la respuesta dada por la EPS y elaboró el informe en el plasmó las razones que sustentan el resultado de dicho análisis, el cual fue comunicado a la entidad requerida, en medio físico y magnético.

* En el mencionado informe se establece que una vez verificado el cálculo de los intereses moratorios entre la fecha de reconocimiento de los recobros y la fecha en que la entidad reintegró los recursos, el valor de los mismos asciende a la suma de \$83.314.778, **quedando una diferencia pendiente por restituir al FOSYGA, equivalente a \$73.259.899**, indicándole a la EPS que dichos recursos deben ser reintegrados a la Subcuenta de Compensación del FOSYGA.

* Dado lo anterior y que de acuerdo con el material probatorio suministrado por el Ministerio de Salud y Protección Social, se establece que FAMISANAR EPS, debe restituir la suma de **SETENTA Y TRES MILLONES DOSCIENTOS CINCUENTA Y NUEVE MIL OCHOCIENTOS NOVENTA Y NUEVE PESES (\$73.259.899,00)**, a favor del FOSYGA, en la cuenta corriente (...)”²³ (negrillas y subrayas del texto original).

- Mediante Resolución 001270 del 13 de mayo de 2016, la Superintendencia Nacional de Salud, ordenó a FAMISANAR EPS el reintegro de recursos al FOSYGA, por la suma de \$73.259.899, teniendo en cuenta lo siguiente:

“Así las cosas, y según lo previsto en la normatividad vigente, resulta importante destacar que la competencia de la Superintendencia se circunscribe a verificar la existencia de los soportes documentales que den cuenta del hallazgo y ordenar el reintegro inmediato de los recursos, es decir, la ley no la ha facultado para dirimir diferencias entre la entidad que solicita la aclaración o restitución de los recursos y el sujeto requerido, en tanto esta diferencias debieron quedar resueltas en la primera parte del proceso o actuación administrativa primaria.

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

(...)

El Ministerio de Salud y Protección Social presentó a la Superintendencia Nacional de Salud, en cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 16 de la Resolución 3361 de 2013, los siguiente documentos: **1)** El soporte de los hallazgos que configuran la apropiación o el reconocimiento sin justa causa de los recursos del sector salud; **2)** El monto de los recursos involucrados incluyendo los intereses de mora según tasa DIAN; **3)** Relación de la subcuenta del FOSYGA y el concepto que resultó afectado por la apropiación o el reconocimiento sin justa causa; **4)** Copia de la solicitud de aclaración enviada a la EPS y la constancia de recibido por esta; **5)** Copia de la respuesta y documentación que la EPS presentó al Ministerio; **6)** Copia de la comunicación de informe y solicitud de reintegro remitida a la EPS y la constancia de recibido.

Así mismo, de conformidad con la información remitida a esta Superintendencia por la Dirección de Administración de Fondos de la Protección Social del Ministerio de Salud y Protección Social, se evidencia que en la actuación desarrollada frente a **FAMISANAR LTDA CAFAM – COLSUBSIDIO EPS**, fueron llevadas a cabo las etapas previstas en la resolución 3361 de 2013.

(...)

De conformidad con lo expuesto, **FAMISANAR LTDA CAFAM – COLSUBSIDIO EPS** debe restituir al Fondo de Solidaridad y Garantía – FOSYGA, la suma de **SETENTA Y TRES MILLONES DOSCIENTOS CINCUENTA Y NUEVE MIL OCHOCIENTOS NOVENTA Y NUEVE PESOS M/CTE \$73.259.899,00**, correspondiente al saldo de intereses pendientes por restituir, (...)²⁴. (Negrillas y mayúsculas del texto original, subrayas del Juzgado)

- A través de oficio radicado el 15 de junio de 2016, con el número 1-2016-080581, FAMISANAR EPS, presentó recurso de reposición contra el referido acto administrativo, bajo el supuesto de improcedencia de intereses moratorios, así como similares argumentos a los expuestos como cargos de nulidad en el presente medio de control²⁵.
- Mediante oficio 1-2016-088226 del 30 de junio de 2016, FAMISANAR EPS, allegó alcance al recurso de reposición, para lo cual solicitó se tuviera como parámetro de decisión y fuente de derecho, concepto emitido por la Sala de Consulta y Servicios Civil del Consejo de Estado²⁶.
- Mediante Resolución 000348 del 24 de febrero de 2017, la Superintendencia Nacional de Salud, resolvió adversamente el recurso de reposición, para lo cual reiteró el argumento según el cual dicha entidad no está facultada para definir, modificar o controvertir los recursos objeto de restitución, dada la existencia de dos etapas diferentes en este tipo de procedimiento, así como, la inexistencia de vulneración al debido proceso dado que dentro del marco establecido en la norma que rige la actuación, la EPS tuvo la oportunidad de ejercer su derecho de defensa. Finalmente señaló que, dicha entidad no tenía competencia para dirimir en sede re reposición, aspectos relacionados con la primera parte del

²⁴ Folio 274 - CD archivo "21270 de 2016 - certificado de firmeza.pdf" -, Cuaderno 1 y folios 68 a 75, Cuaderno 1 y folios 192 a 195, Cuaderno 2.

²⁵ Folios 76 a 104 y 189 - CD archivo "Recurso de reposición radicado el 15 de junio de 2016 ante la Superintendencia Nacional de Salud en contra de la Resolución 001270 de 2016.pdf" -, Cuaderno 1 y folios 199 a 227, Cuaderno 2.

²⁶ Folios 232 a 299, Cuaderno 2.

procedimiento, que ya se encontraban definidos²⁷.

- El anterior acto administrativo fue notificado por aviso a FAMISANAR EPS el 10 de marzo de 2017²⁸.

Establecido lo probado en el proceso y conforme el planteamiento de los problemas jurídicos señalados previamente, deberá determinarse en primer lugar si en el *sub judice* se configuró o no silencio administrativo ficto negativo en relación con el recurso de reposición presentado contra la Resolución 1270 del 13 de mayo de 2016, y por tanto, existe o no inepta demanda por indebida formulación de las pretensiones.

2.5 SILENCIO ADMINISTRATIVO NEGATIVO E INEPTA DEMANDA POR INDEBIDA FORMULACIÓN DE LAS PRETENSIONES

La parte actora demandó la Resolución 1270 del 13 de mayo de 2016 y el acto administrativo ficto que asegura, se configuró en relación con el recurso de reposición interpuesto contra la misma. Por tanto, los cargos de nulidad se centraron en atacar la legalidad de la mencionada resolución bajo el supuesto que el presunto acto presunto fue negativo en relación con los argumentos del recurso.

2.5.1 Análisis del Juzgado

Para abordar el estudio de este primer problema jurídico, se debe precisar la entrada en vigencia de la Ley 1437 de 2011, la derogatoria del C.C.A., y por tanto la norma aplicable en materia de silencio administrativo negativo la fecha en que inició el proceso administrativo de reintegro de recursos apropiados y/o reconocidos sin justa causa, para lo cual se debe hacer referencia al artículo 308 de la Ley 1437 de 2011, que establece:

*"Régimen de transición y vigencia. El presente Código **comenzará a regir el dos (2) de julio del año 2012.***

Este Código sólo se aplicará a los procedimientos y las actuaciones administrativas que se inicien, así como a las demandas y procesos que se instauren con posterioridad a la entrada en vigencia.

Los procedimientos y las actuaciones administrativas, así como las demandas y procesos en curso a la vigencia de la presente ley seguirán rigiéndose y culminarán de conformidad con el régimen jurídico anterior"
(Se resalta)

Del tenor literal de la norma, resulta claro que al momento en que se inició la actuación administrativa contra la hoy demandante (**27 de marzo de 2014**, fecha en la cual el Ministerio de Salud emitió solicitud de aclaración respecto a los recobros 44512243, 22255919 y 45784741) la norma vigente era la Ley 1437 de 2011, en cuanto al silencio administrativo se refiere.

Pues bien, el artículo 40 del Código Contencioso Administrativo, disponía:

²⁷ Folio 274 - CD archivo "RESOLUCIÓN 0348 DEL 2017.pdf" -, Cuaderno 1 y folios 68 a 75. Cuaderno 1 y folios 303 a 310, Cuaderno 2.

²⁸ Folio 315, Cuaderno 2.

"ARTÍCULO 83. SILENCIO NEGATIVO. Transcurridos tres (3) meses contados a partir de la presentación de una petición sin que se haya notificado decisión que la resuelva, se entenderá que esta es negativa.

En los casos en que la ley señale un plazo superior a los tres (3) meses para resolver la petición sin que esta se hubiere decidido, el silencio administrativo se producirá al cabo de un (1) mes contado a partir de la fecha en que debió adoptarse la decisión.

La ocurrencia del silencio administrativo negativo no eximirá de responsabilidad a las autoridades. Tampoco las excusará del deber de decidir sobre la petición inicial, salvo que el interesado haya hecho uso de los recursos contra el acto presunto, o que habiendo acudido ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo se haya notificado auto admisorio de la demanda. (Resalta el Juzgado).

De lo indicado en la norma, queda claro que transcurridos 3 meses a partir de la presentación de la primera petición, sin que se haya obtenido respuesta por parte de la autoridad administrativa, se presume el silencio de la administración y se entiende agotada la vía administrativa, ante la configuración del silencio administrativo negativo.

Ahora bien, en cuanto al espíritu de dicha figura, esta fue instituida con el fin de asegurar la efectividad de los derechos constitucionales de Petición, y, principalmente, de acceso a la administración de justicia; garantía, en virtud de la cual se entiende, para los efectos jurídicos a que haya lugar, que la Administración adoptó la decisión correspondiente con la cual resuelve de fondo la petición que le ha sido elevada, y que se ha convenido en denominar como acto administrativo ficto o presunto. En ese sentido, resulta oportuno precisar que nos encontraremos ante dicho acto presunto cuando la Administración no resuelva o no decida el fondo la petición que le ha sido elevada, lo cual incluye todos aquellos casos en los cuales la respuesta que se brinde a la petición correspondiente resulte puramente formal o de trámite, pero sin adoptar decisión o, lo que es lo mismo, sin resolver definitivamente el objeto de la petición, así como los casos en que expedida la decisión la misma no se notifica en la forma y con el lleno de las exigencias legales²⁹.

Así mismo, debe distinguirse que por regla general en el derecho colombiano, el acto presunto se debe entender como respuesta negativa de lo solicitado, el cual opera tanto en relación con la petición inicial, cuestión que da lugar a la configuración del denominado silencio administrativo sustancial o inicial, como en relación con los recursos que se interponen en debida forma en vía administrativa sean expresos o fictos, caso éste último que se denomina silencio administrativo procesal o adjetivo.

Sin embargo, en uno u otro caso, resulta importante resaltar que el sólo vencimiento del plazo consagrado en la ley como requisito para que opere el silencio administrativo, no libera a la Administración de la obligación constitucional de resolver la solicitud, y por esa razón el mismo no se configura de manera automática pues quedará a voluntad del administrado determinar

²⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Consejera Ponente: Sandra Lisset Ibarra Vélez, providencia del 02 de febrero de 2017, Radicación 150012333000201300718 01 (1218-2015).

su efectiva configuración a partir de la conducta que decida emprender, puesto que este siempre tendrá la opción de continuar esperando un tiempo más para que la autoridad competente se pronuncie de manera expresa (pronunciamiento que puede realizarse en cualquier momento, mientras la Administración conserve la competencia para ello y que de darse excluye, per se, la opción de que se llegue a configurar un acto administrativo ficto o presunto), o, por el contrario, dejar de esperar y dar por configurado el respectivo silencio, bien porque hubiere procedido a interponer, en debida forma, los recursos pertinentes contra el correspondiente acto ficto, cuando estos procedan, o bien porque hubiere procedido a demandar la declaratoria de nulidad de dicho acto administrativo presunto ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, caso en el cual, la entidad sólo perderá competencia hasta tanto se haya notificado el admisorio respectivo.

En ese sentido, si el peticionario decide demandar judicialmente la nulidad del acto administrativo negativo presunto que él estima configurado, en realidad este se producirá una vez la autoridad administrativa pierde su competencia para pronunciarse, es decir, cuando se ha notificado el auto admisorio de la demanda; caso en el cual, el asunto quedará a definición exclusiva y excluyente del Juez.

Bajo dicho contexto normativo, se observa que en el presente caso la demanda se radicó el 01 de marzo de 2017³⁰ y el auto admisorio de la demanda de fecha 13 de febrero de 2018 **se notificó a la demandada**, al Ministerio Público y a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado **el 27 de junio de 2018**³¹. Mientras que dicha actuación respecto del **tercero con interés**³² se surtió **el 01 de marzo de 2019**³³. Así mismo, se encuentra probado que mediante Resolución 000348 del 24 de febrero de 2017³⁴, notificada por aviso a FAMISANAR EPS el **10 de marzo de 2017**³⁵, la Superintendencia Nacional de Salud resolvió adversamente el recurso de reposición contra la Resolución 1270 del 13 de mayo de 2016.

Lo anterior significa que, contrario a lo manifestado por la demandante, **en el presente caso no se configuró el aludido silencio administrativo presunto negativo** ya que, si bien al momento en que se radicó la demanda no había sido notificada la Resolución 000348, lo cierto es que, para la fecha en que el auto admisorio se notificó tanto a la demandada como al tercero con interés, ello ya había ocurrido desde el 10 de marzo de 2017, sin que dentro del término previsto en el artículo 173 de la Ley 1437 de 2011, Famisanar EPS hubiese reformado la demanda con el fin de demandar el acto administrativo expresó que resolvió el recurso de reposición en sede administrativa.

En este orden de ideas, resulta oportuno señalar que de conformidad la

30 Folio 190, Cuaderno 1.

31 Folios 214 a 220, Cuaderno 1.

32 Folios 255 a 256 y 261 a 262, Cuaderno 1.

33 Folios 296 y 297, Cuaderno 1.

34 Folio 274 - CD archivo "RESOLUCIÓN 0348 DEL 2017.pdf" -, Cuaderno 1 y folios 68 a 75, Cuaderno 1 y folios 303 a 310, Cuaderno 2.

35 Folio 315, Cuaderno 2.

jurisprudencia del Consejo de Estado³⁶, existe ineptitud de la demanda cuando, por ejemplo, se incumple lo previsto en el numeral 2 del artículo 162 y el artículo 163 del CPACA, dado que las pretensiones que se plantean en la demanda delimitan el ejercicio de capacidad decisoria del Juez y por supuesto, aquella relacionada con la nulidad del acto debe guardar congruencia con el restablecimiento del derecho, es decir, es obligación de la parte demandante en este medio de control, identificar, individualizar y precisar el acto o los actos administrativos sobre los que recae su pretensión de nulidad.

Así mismo, dicha corporación ha determinado que en el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho debe enjuiciarse el acto administrativo que contiene la manifestación de voluntad de la administración frente a una situación jurídica particular, junto con los demás actos que en la actuación administrativa constituyan unidad jurídica con aquel, toda vez que ello compone el marco de decisión del juez frente a una pretensión de nulidad, precisamente por la identidad y unidad de su contenido y sus efectos jurídicos, con el fin de evitar decisiones inhibitorias. Por tanto, sino no se demandan la totalidad de los actos administrativos que tienen relación directa entre sí por su contenido y efectos, se configura la proposición jurídica incompleta, situación que impide al juez adelantar un análisis integral de la controversia³⁷.

En ese sentido, resulta claro que en estos casos, siempre debe enjuiciarse el acto administrativo que contiene la manifestación de voluntad de la administración frente a una situación jurídica particular junto con aquellas decisiones, que en vía administrativa, constituyen una unidad jurídica con el mismo, pues ello compone el marco de decisión del juez frente a una pretensión anulatoria, precisamente por la identidad y unidad de su contenido y de sus efectos jurídicos.

No obstante, aun cuando el Juez se encuentra facultado de oficio a declarar la precitada excepción previa, **debe precisarse que de conformidad con lo señalado en el artículo 163 del CPACA**, no se configura la proposición jurídica incompleta, pese a no haberse incluido pretensión concreta de nulidad frente a los actos administrativos que resolvieron los recursos en vía administrativa, toda vez que dicha norma establece una presunción según la cual, cuando el acto principal fue objeto de recursos gubernativos, **se entienden demandados todos aquellos que los resolvieron de manera expresa o presunta**³⁸.

Así las cosas, si bien en el *sub judice* no existe acto administrativo ficto en relación con el recurso de reposición en sede administrativa, respecto del cual recae la pretensión de nulidad, y no se demandó de manera concreta el acto expresó que lo resolvió, esto es, la Resolución 000348 del 24 de febrero de 2017, tal y como se estableció en la fijación del litigio realizada en la audiencia inicial, y en razón a lo ya explicado, **el Despacho realizará el estudio de legalidad, bajo**

³⁶ Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda, Subsección A, Consejero Ponente William Hernández Gómez, providencia del 29 de agosto de 2018, radicado 05001-23-33-000-2016-00630-01 (3443-17)

³⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, Consejera ponente Sandra Lisset Ibarra Vélez, providencia del 05 de diciembre de 2019, Radicación 11001-03-25-000-2014-00044-00(0096-14).

³⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, Consejera ponente Sandra Lisset Ibarra Vélez, providencia del 02 de mayo de 2019, Radicación número: 05001-23-33-000-2017-01570-01(4866-18)

los cargos formulados por la demandante, respecto a las resoluciones 1270 del 13 de mayo de 2016 y 000384 del 24 de febrero de 2017.

Dilucidado lo anterior, el juzgado procede a estudiar cada uno de los cargos formulados por la demandante como seguidamente se expone.

2.6 CARGOS FORMULADOS POR LA PARTE DEMANDANTE

2.6.1 Falta de motivación y violación al principio de legalidad

Por efectos metodológicos y afinidad temática, el Juzgado analizará de manera conjunta los cargos de la demanda que fueron denominados de la siguiente manera por la parte actora:

- De los presupuestos para ordenar el reintegro de intereses moratorios en el procedimiento de reintegro de recursos del FOSYGA apropiados o reconocidos sin justa causa

Señala que la suma de \$87.395.157 transferida en respuesta a la solicitud de aclaración efectuada por el Ministerio de Salud, correspondiente al reintegro de los valores de las cuentas de recobro 22255919 y 4578741, se efectuó con la correspondiente actualización al IPC, conforme lo dispone el inciso 3 del artículo 3 del Decreto 1281 de 2002, y por tanto, lo dispuesto en el informe emitido dicha entidad, así como la Resolución 001270 del 13 de mayo de 2016 y al acto administrativo ficto negativo, donde se indica la existencia de interese moratorios frente a los mencionados recobros carece de sustento, pues no explicó de qué manera o porqué procedía la liquidación de intereses y no la actualización del IPC, tal y como hizo la EPS, más aún cuando la Superintendencia de Salud no probó los requisitos contenidos en el inciso 3 del artículo 3 del decreto 1281 de 2002, para proceder a dicho cobro.

Considera que, acorde con la garantía al debido proceso y principio de buena fe, para la aplicación de intereses moratorios era imprescindible que la Superintendencia Nacional de Salud justificara su decisión en pruebas suficientes respecto a la negligencia, imprudencia o impericia de la EPS al momento de apropiar los recursos.

Refiere que pretender el reembolso de intereses moratorios conlleva aceptar la propia culpa y negligencia en los controles que debe realizar el Consorcio Fidufosyga 2005, en virtud de lo dispuesto en la Resolución 5395 de 2013, en concordancia con la cláusula 7 del Contrato 000142 de 2005.

- El rol de la Superintendencia Nacional de Salud en el procedimiento para el reintegro de los recursos del FOSYGA apropiados o reconocidos sin justa causa.

Sostiene la parte actora que contrario a lo señalado por la Superintendencia Nacional de Salud en los actos demandados, su función en el trámite de restitución de recursos apropiados sin justa causa, no es de mera ejecución, y por tanto, debió analizar las razones presentadas en el informe y aclaraciones respectivas, para determinar si procedía o no el reintegro de intereses moratorios.

- Identidad y naturaleza jurídica del acto administrativo proferido por la Supersalud.

Considera que de acuerdo con lo señalado en el artículo 4 de la Resolución 3361 de 2013, y el concepto de acto administrativo definido por el Consejo de Estado, el informe que presenta la entidad o autoridad que detecte la presunta apropiación de recursos del FOSYGA, constituye un acto administrativo de trámite, pues no concluye la actuación administrativa sino que la impulsa, ya que si no se realiza el reintegro allí determinado dentro del plazo definido en la ley, la actuación deberá ser decidida por la Superintendencia Nacional de Salud, siendo el acto administrativo que esta emita, aquel que resulta definitivo pues es el que modifica la situación jurídica concreta de la EPS requerida. En ese sentido, reitera que no se trata de un acto de ejecución y por tanto debe contar con la motivación suficiente que dé cuenta de su decisión.

- Principio de legalidad y competencias de la Superintendencia Nacional de Salud en el trámite de restitución de recursos apropiados o reconocidos sin justa causa.

Así mismo, señala como cosa juzgada constitucional, la sentencia C-607 de 2012 donde se analizó la constitucionalidad del artículo 3 del Decreto 1281 de 2002, para afirmar que en el trámite de restitución de recursos se deben respetar todas las garantías que comprenden el debido proceso, entre ellas, el juez imparcial, independiente y preestablecido, así como el derecho de contradicción. En consecuencia, concluye que de aceptarse que el acto administrativo que emite la entidad que detecta la presunta apropiación de recursos sin justa causa, es definitivo, sería tanto como aceptar que la parte que acusa es la misma que juzga, y por tanto, se dispuso que sería la Superintendencia Nacional de Salud el ente que decidiría de fondo la actuación, para lo cual, es indispensable la garantía de contradicción en el entendido que al no haberse señalado previamente requerimiento alguno justificado respecto a los intereses moratorios, dicha entidad debió valorar las pruebas y determinar motivadamente la procedencia o no de dicho reintegro.

2.6.1.1 Análisis del Juzgado.

El Despacho advierte que el procedimiento de reintegro de los recursos apropiados o reconocidos sin justa causa, se encontraba regulado para la época de los hechos, en el artículo 3 del Decreto Ley 1281 de 2002³⁹, de la siguiente manera:

"ARTÍCULO 3. REINTEGRO DE RECURSOS APROPIADOS O RECONOCIDOS SIN JUSTA CAUSA. Cuando el administrador fiduciario del Fosyga o cualquier entidad o autoridad pública, en el ejercicio de sus competencias o actividades como participante o actor en el flujo de caja, detecte que se presentó apropiación sin justa causa de recursos del sector salud, en los eventos que señale el reglamento, solicitará en forma inmediata las aclaraciones respectivas o su reintegro, el cual procederá a más tardar

³⁹ "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." Esta norma fue modificada por el artículo 7 de la Ley 1949 de 2019 "Por la cual se adicionan y modifican algunos artículos de las leyes 122 de 2007 y 1438 de 2011, y se dictan otras disposiciones", publicada en el Diario Oficial No. 50.830 de 8 de enero de 2019.

dentro de los veinte días hábiles siguientes a la comunicación del hecho. Cuando la situación no sea subsanada o aclarada en el plazo señalado se informará de manera inmediata y con las pruebas correspondientes a la Superintendencia Nacional de Salud quien ordenará el reintegro inmediato de los recursos y adelantará las acciones que considere pertinentes.

Cuando la apropiación o reconocimiento a que alude este artículo sea evidenciada por el actor que maneja los recursos, éste deberá reintegrarlos en el momento en que detecte el hecho.

En el evento en que la apropiación o reconocimiento sin justa causa se haya producido a pesar de contarse con las herramientas, información o instrumentos para evitarlo, los recursos deberán reintegrarse junto con los respectivos intereses liquidados a la tasa de interés moratorio establecida para los impuestos administrados por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, DIAN. Cuando la apropiación se presente pese a la diligencia del respectivo actor o por circunstancias que escaparon a su control, los recursos deberán reintegrarse debidamente actualizados por el Índice de Precios al Consumidor, IPC.⁴⁰

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

Señala claramente que corresponde adelantar el procedimiento de reintegro al administrador fiduciario de los recursos del Fondo de Solidaridad y Garantía (Fosyga), o cualquier entidad o autoridad que en el ejercicio de sus competencias, obligaciones contractuales o actividades, participe en el flujo de caja de los recursos del sector salud y **detecte** que se presentó apropiación o reconocimiento sin justa causa de dichos recursos. Así mismo, para efectos de no incurrir en posibles confusiones la norma precisó que el participante o actor en el flujo de caja de los recursos del sector salud, es aquel que interviene en el flujo de los recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud (SGSSS) y por esta vía contribuye a la definición de su destinación⁴¹.

Entonces, la entidad que detecte la apropiación o reconocimiento sin justa causa de recursos del sector salud, es quien debe iniciar en forma inmediata el procedimiento para determinar la procedencia del reintegro de los recursos y además procurará por la restitución de los mismos cuando a ello hubiere lugar⁴². Una vez se detecta la posible apropiación o el reconocimiento sin justa causa, dicha autoridad dentro de los treinta (30) días siguientes debe: i) recopilar la información que soporte el hallazgo de la apropiación o reconocimiento sin justa causa de los recursos y, ii) remitir comunicación, en medio físico y magnético, a la persona natural o jurídica que presuntamente se apropió o a quien se le haya reconocido sin justa causa recursos del sector salud, para que aclare la situación evidenciada, describiendo los hallazgos que la configuran, aportando copia de la información que soporta los hallazgos, indicando la Subcuenta del Fondo de Solidaridad y Garantía (Fosyga) y los conceptos que

⁴⁰ Aparte subrayado del texto original declarado EXEQUIBLE, por el cargo estudiado, por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-607-12 de 1o. de agosto de 2012, Magistrado Ponente Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

⁴¹ Artículo 2.

⁴² Artículo 3.

se presumen resultaron afectados por la apropiación o el reconocimiento sin justa causa, así como el monto de los recursos involucrados y el plazo otorgado para la respuesta, el cual no podrá exceder de dos (2) meses siguientes a la recepción de la solicitud de aclaración⁴³.

Por su parte, la persona natural o jurídica requerida, debe dar respuesta a la solicitud de aclaración dentro del plazo que se le haya otorgado, adjuntando los soportes que considere pertinentes⁴⁴, y una vez recibida, dentro de los dos (2) meses siguientes, quien se encuentra adelantando el proceso de aclaración, determinará si hubo o no apropiación o reconocimiento sin justa causa de los recursos, indicando si: i) efectivamente se produjo apropiación o reconocimiento sin justa causa de recursos, caso en el cual elaborará el informe respectivo, ii) existe o no justificación parcial a la solicitud de aclaración, caso en el cual rendirá el informe respectivo sólo respecto de aquella parte del requerimiento que no haya sido aclarada de forma satisfactoria, y iii) si no se produjo apropiación o reconocimiento sin justa causa se informar lo pertinente al requerido y enviar la totalidad de la documentación obrante al archivo del Fondo de Solidaridad y Garantía (Fosyga), para los registros a que haya lugar⁴⁵. En el informe de resultados de la auditoría se plasman las razones que sustentan el resultado del análisis, y finalizado el mismo, se debe comunicar a la entidad requerida, así como al administrador fiduciario de los recursos del Fosyga, en caso que este no sea quien conozca el procedimiento. Además, cuando se determine que existió apropiación o reconocimiento sin justa causa de recursos, la comunicación contendrá como mínimo: i) la solicitud de reintegrar los recursos junto con la liquidación de intereses de mora, dentro de los veinte (20) días hábiles siguientes al recibo de la comunicación, ii) el valor a reintegrar por concepto de recursos apropiados o reconocidos sin justa causa, iii) la determinación de si las sumas adeudadas deben ser devueltas junto con los intereses de mora calculados con base en la tasa de interés moratorio establecida para los impuestos administrados por la DIAN o con la actualización mediante la aplicación del Índice de Precios al Consumidor (IPC) y, iv) la identificación de las Subcuentas del Fondo de Solidaridad y Garantía (Fosyga), a las cuales se deben reintegrar los recursos⁴⁶.

Igualmente, si la persona natural o jurídica requerida acepta reintegrar los recursos del sector salud, dentro de los veinte (20) días hábiles siguientes al recibo de la comunicación respectiva, debe consignar en la Subcuenta del Fondo de Solidaridad y Garantía (Fosyga), el monto a reintegrar, junto con la liquidación de intereses de mora calculados con base en la tasa de interés moratorio establecida para los impuestos administrados por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN), o con la actualización de los mismos mediante la aplicación del Índice de Precios al Consumidor (IPC) **según corresponda**, desde el momento en que existió la apropiación sin justa causa o el giro indebido de recursos, hasta el día en el que realizó el reintegro de los recursos⁴⁷.

⁴³ Artículo 3.

⁴⁴ Artículo 5.

⁴⁵ Artículo 6.

⁴⁶ Artículo 7.

⁴⁷ Artículo 9.

Finalmente, si vencido el plazo de veinte (20) días antes señalado, la entidad requerida no presenta las aclaraciones solicitadas, las mismas no son satisfactorias total o parcialmente, o no existe aceptación expresa de alguna de las posibilidades de reintegro ya indicadas, quien haya iniciado el proceso de aclaración, remitirá la documentación que soporta el hallazgo⁴⁸ a la Superintendencia Nacional de Salud, a fin de que ésta adelante las actuaciones a que haya lugar **en el marco de sus competencias**, orientadas al reintegro de los recursos del Fondo de Solidaridad y Garantía (Fosyga)⁴⁹.

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

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

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

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

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

1. El soporte de los hallazgos que configuran la apropiación o el reconocimiento sin justa causa de los recursos del sector salud.
2. El monto de los recursos involucrados incluyendo los intereses de mora calculados con base en la tasa de interés moratorio establecida para los impuestos administrados por la DIAN, o actualizado mediante la aplicación del Índice de Precios al Consumidor (IPC), según corresponda, a la fecha de envío.
3. Relación de las Subcuentas del Fondo de Solidaridad y Garantía (Fosyga) y los conceptos que se presumen resultaron afectados por la apropiación o el reconocimiento sin justa causa de los recursos.
4. Copia de la solicitud de aclaración enviada al actor del Sistema General de Seguridad Social en Salud (SGSSS) requerido, así como la constancia del envío y del recibido por parte de este.
5. Copia de las respuestas y documentación que el requerido haya enviado al administrador fiduciario de los recursos del Fondo de Solidaridad y Garantía (Fosyga), o cualquier entidad o autoridad que en el ejercicio de sus competencias, obligaciones contractuales o actividades participe en el flujo de caja de los recursos del sector salud generadas dentro del proceso de que trata la presente resolución."

49 Artículo 15.

Igualmente, la Corte Constitucional en su momento dispuso que **no existe violación al debido proceso en relación con el procedimiento señalado en la norma en cita**, por cuanto, por el contrario dicha garantía se cumple en la medida que la norma especial señala que para que proceda el reintegro de los recursos, el administrador fiduciario del Fosyga o cualquier entidad o autoridad pública, debe conceder a la parte requerida el término de 20 días para que rinda las explicaciones del caso y aporte las pruebas que pretenda hacer valer. Y porque a dicho procedimiento le son aplicables las normas generales contenidas en la primera parte del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en lo que no esté específicamente regulado en la norma especial, esto es, que se debe dar aplicación a las normas de procedimiento y competencia establecidas previamente, con plena garantía de los derechos de representación, defensa y contradicción, así como debía entenderse que los actos proferidos por la Superintendencia Nacional de Salud, podrían ser objeto de los recursos en vía gubernativa y por tanto, susceptibles de ser atacados ante la jurisdicción⁵⁰.

En lo que respecta a la Resolución 3361 de 2013⁵¹, encuentra el Juzgado que dicho acto administrativo reglamentario, goza de presunción de legalidad y deber ser acatado, y si bien este fue objeto de demanda en ejercicio del medio de control de nulidad, lo cierto es que el Consejo de Estado no ha emitido decisión de fondo, así como negó la solicitud de medida cautelar consistente en la suspensión provisional de sus efectos, bajo los siguientes razonamientos:

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

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

En efecto, el artículo 2º del C.P.A.C.A, establece que la parte primera de dicha codificación es aplicable «...a todos los organismos y entidades que conforman las ramas del poder público en sus distintos órdenes, sectores y niveles, a los órganos autónomos e independientes del Estado y a los particulares, cuando cumplan funciones administrativas. A todos ellos se les dará el nombre de autoridades.», así mismo, dicha preceptiva dispone que las autoridades deben sujetar sus actuaciones a los procedimientos que se establecen en el referido Código, sin perjuicio de los procedimientos

⁵⁰ Sentencia C-607 de 2012.

⁵¹ “Por la cual se fija el procedimiento para el reintegro de los recursos del Fondo de Solidaridad y Garantía (Fosyga) apropiados o reconocidos sin justa causa”.

*regulados en leyes especiales y que, **en lo no previsto, se deben aplicar las disposiciones de aquél.***

(...)

*Además, **no se observa ilegalidad alguna en relación con el artículo 15 acusado, pues la competencia que se le otorga a la Superintendencia Nacional de Salud** para resolver el conflicto de reintegro, ya ha sido consagrada en el artículo 3° del Decreto 1281 de 2002, que indica que **«cuando la situación no sea subsanada o aclarada en el plazo señalado se informará de manera inmediata y con las pruebas correspondientes a la Superintendencia Nacional de Salud quien ordenará el reintegro inmediato de los recursos y adelantará las acciones que considere pertinentes».***

(...)⁵²" (Subrayas y negrillas del Juzgado)

De lo visto hasta ahora, resulta evidente que **el procedimiento previsto en la ley y el reglamento para el reintegro de recursos apropiados o reconocidos sin justa causa es uno sólo pero, debe ser entendido en dos etapas, respecto de las cuales la Superintendencia Nacional de Salud sólo interviene en la segunda ellas correspondiente al reintegro de los recursos que no fueron restituidos, en tanto que, es en la primera etapa donde se determina la existencia o no de recursos apropiados sin justa causa y el monto a reintegrar**⁵³.

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

Primera etapa. El Ministerio de Salud y Protección Social - Dirección de Administración de Fondos de la Protección Social, entidad que detectó la apropiación sin justa causa, solicitó a la hoy demandante las aclaraciones en relación con los recobros por concepto de medicamentos no incluidos en el POS (periodo enero de 2008 a diciembre de 2010) sobre los medicamentos Rituximab 500mg/50ml, y Rituximab 100mg/10ml, los cuales no concordaban con los soportes físicos de los mismos, y concedió el término de veinte (20) días para ejercer su derecho de defensa⁵⁴; Famisanar EPS presentó las aclaraciones respectivas asumiendo que en efecto los recobros 22255919 y 45784741 constituyeron recursos reconocidos sin justa causa, por lo cual realizó la devolución por la suma de \$87.395.157 en favor del Consorcio Fosyga⁵⁵; la entidad responsable emitió y notificó a la EPS el informe con las conclusiones del caso, determinando la existencia de dichas apropiaciones sin justa causa, por lo que continuó el proceso respecto a los referidos recobros al considerar que el valor reintegrado no resultaba concordante con aquella que debía ser restituida, pues está debió hacerse con los intereses moratorios, liquidando dicha diferencia en la suma de \$73.259.899, sin que dentro de 20 días siguientes la entidad responsable realizar la devolución de los recursos al Fosyga⁵⁶.

⁵² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, providencia del 05 de diciembre de 2016, Magistrada Ponente María Elizabeth García González, radicación número 11001-03-24-000-2015-00098-00.

⁵³ Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Primera, Subsección B, providencia del 10 de agosto de 2020, Magistrado Ponente: Oscar Armando Dimaté Cárdenas, Radicación 250002341000202000054-00.

⁵⁴ Ídem 19.

⁵⁵ Ídem 20.

⁵⁶ Ídem 21.

Segunda etapa. Por lo anterior, el director de Administración de Fondos de la Protección Social del Ministerio de Salud, remitió a la Superintendencia Nacional de Salud el proceso adelantado contra Famisanar EPS, para lo cual aportó los documentos que soportaron el hallazgo⁵⁷; la Superintendente Delegada para la Supervisión Institucional, presentó informe de Análisis Técnico respecto a la gestión realizada por el Ministerio de Salud y Protección Social en relación al procedimiento de recobro realizado a Famisanar, previa auditoría integral, estableciendo entre otras, que de acuerdo con el informe de dicha cartera ministerial procedía el cálculo de los intereses moratorios entre la fecha de reconocimiento de los recobros y la fecha en que la entidad reintegró los recursos, quedando una diferencia pendiente por restituir al Fosyga equivalente a \$73.259.899⁵⁸; La Superintendencia Nacional de Salud profirió la Resolución 001270 del 13 de mayo de 2016, a través de la cual ordenó a la EPS hoy demandante el reintegro al Fosyga de la suma antes descrita; en ejercicio del derecho de defensa Famisanar interpuso recurso de reposición⁵⁹ y; este fue resuelto mediante Resolución 000348 del 24 de febrero de 2017⁶⁰.

Así, en la Resolución 001270 del 13 de mayo de 2016, la entidad demandada señaló que la Dirección de Administración de Fondos de la Protección Social dentro de sus competencias, como participe en el flujo de caja de los recursos del sector salud⁶¹, llevó a cabo la revisión de una muestra de solicitudes presentadas por Famisanar EPS al Fosyga, en las cuales se cobraron medicamentos no POS, entre los años 2008 y 2010, encontrando que la información contenida en las bases de datos no concordaban con los soportes físicos de los recobros, ocasionando giros indebidos.

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

201433200391211 del 27 de marzo de 2014, remitida a Famisanar, consistente en la solicitud de aclaración por posible apropiación o reconocimiento sin justa causa, otorgando el término de 20 días para su respuesta; respuesta de aclaración remitida por la aquí demandante con número 201442300738732 del 23 de mayo de 2014, manifestando su desacuerdo con uno de los recobros y aceptando los dos restantes; Informe procedimiento de reintegro de recursos reconocidos sin justa causa emitido por la Dirección de Administración de Fondos de la Protección Social con radicado 201433200869091 del 16 de junio de 2014, donde determinó la existencia de recursos del SGSS que debían ser reintegrados, consistentes en

⁵⁷ Ídem 22.

⁵⁸ Ídem 23.

⁵⁹ Ídem 24 y 25.

⁶⁰ Ídem 26.

⁶¹ Según lo dispuesto en los artículos 35 y 36 del Decreto Ley 4107 de 2011, dicha dependencia era la encargada de la administración de los fondos, cuentas y recursos de administración especial de protección social a cargo del Ministerio de Salud, entre ellos, el Fondo de Solidaridad y Garantía, Fosyga.

la diferencia entre lo ya devuelto por la EPS y el valor de los intereses de mora, informe que fue remitido a Famisanar EPS.

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

Ahora bien, considera la demandante que de acuerdo con lo señalado en el artículo 4 de la Resolución 3361 de 2013, y el concepto de acto administrativo definido por el Consejo de Estado, el informe que presenta la entidad o autoridad que detecte la presunta apropiación de recursos del FOSYGA, constituye un acto administrativo de trámite, mientras que el acto administrativo que emite la Superintendencia Nacional de Salud es aquel que resulta definitivo pues es el que modifica la situación jurídica concreta de la EPS requerida y por tanto debe contar con la motivación suficiente que dé cuenta de su decisión.

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

Sin embargo, en el análisis de legalidad de estos actos, es posible que el Juez determine si existió alguna irregularidad en el trámite propio de la actuación administrativa que puede viciar de nulidad el acto definitivo, siempre y cuando, tratándose del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, tales aspectos hayan sido debidamente enunciados y sustentados por la parte actora dentro de los cargos de la demanda.

Así las cosas, en el presente caso la demandante reprocha una presunta falta de motivación de la Resolución 001270 del 13 de mayo de 2016, por cuanto, en su criterio, trayendo a colación un concepto emitido por la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, la Superintendencia Nacional de Salud, debió explicar las razones por las cuales existía apropiación o reconocimiento de recursos sin justa causa, así como probar los criterios para la procedencia de aplicar intereses moratorios sobre la suma indebidamente reconocida. Así mismo, señaló que en el informe emitido por la Dirección de Administración de Fondos de la Protección Social, tampoco se explicaron las razones para liquidar dichos intereses de mora.

Pues bien, lo primero que debe precisarse es que tal y como se ha expuesto a lo largo de la presente providencia, para este Juzgado es claro que el deber de motivación del acto administrativo por parte de la Superintendencia Nacional de Salud, debe ceñirse a las facultades que frente a este procedimiento ha previsto la ley, esto es, a ordenar el reintegro una vez el administrador fiduciario o la entidad o autoridad pública requirente, remita la actuación por no haberse subsanado (o pagado) la suma previamente determinada dentro del plazo previsto para ello, junto con las pruebas correspondientes; ello por cuanto, se reitera, es en la primera etapa del

procedimiento donde previo agotamiento de las oportunidades de contradicción, se determina la existencia o no de recursos apropiados sin justa causa y el monto a reintegrar.

En ese sentido, no existió falsa o falta de motivación, ni violación al debido proceso respecto de los actos administrativos acusados en tanto que, la Resolución 001270 de 2016, no sólo contó previamente con informe de Análisis Técnico de Restitución de Recursos emitido por la Superintendente Delegada para la Supervisión Institucional, sino que además en dicho acto administrativo la Superintendencia explicó que se había cumplido a cabalidad el procedimiento previsto en el artículo 3 del Decreto Ley 1281 de 2002, reglamentado por la Resolución 3361 de 2013, entre ellos, las etapas de contradicción y defensa, así como se había informado que el reintegro debía hacerse junto con los intereses moratorios, frente a lo cual la EPS no había realizado ningún pronunciamiento.

Tampoco se observa irregularidad alguna respecto de la Resolución 000384 del 24 de febrero de 2017, en tanto en ella se resolvieron cada uno de los aspectos que fundamentaron el recurso de reposición y se explicaron las razones de su improcedencia, en razón a la imposibilidad de la entidad de definir, modificar o controvertir los recursos objeto de restitución y la inexistencia de vulneración al debido proceso dado que dentro del marco establecido en la norma que rige la actuación, la EPS tuvo la oportunidad de ejercer su derecho de defensa.

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

Sobre este punto, y aun cuando este haya sido de conocimiento público con posterioridad a la definición de la situación objeto de análisis⁶², dado que la parte actora lo reseñó como fundamento de su demanda, el Juzgado efectuó lectura del concepto emitido por la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado⁶³, y encontró que incluso en dicho documento, y contrario a lo expuesto por la demandante, se precisa que el acto administrativo que profiere la Superintendencia Nacional de Salud, se produce luego de agotarse la etapa respectiva donde el administrador valora las razones de oportunidad y legalidad que justifican la orden de reintegro y determina o corrobora si efectivamente existió o no el reconocimiento sin justa causa. Así, respecto a la función asignada a la demandada, dicha corporación explicó:

⁶² Folio 189 - CD archivo "Concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado Consejero Ponente Alvaro Namén Vargas con fecha 7 de diciembre de 2015 y radicación interna 2235 y 2235 adición. Nú" -, Cuaderno 1. (Según anotación incluida en la parte final de dicho documento, la reserva legal frente al mismo fue levantada mediante auto del 17 de junio de 2016)

⁶³ Consejero Ponente Alvaro Namén Vargas. Radicación 11001-03-06-000-2014-00258-00 (2235 y 2235 adición), 07 de diciembre de 2015.

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

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

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

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

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

En ese sentido, y en concordancia también con lo señalado por el Consejo de Estado en providencia ya citada, no le asiste razón a Famisanar EPS cuando afirma que se vulneró su derecho al debido proceso por no contar con un juez imparcial y omitirse la garantía de contradicción frente a la determinación de intereses moratorios, pues como ya se ha expuesto dicho aspecto no compete dirimirlo a la Superintendencia Nacional de Salud, sino que se determina por el administrador de los recursos de destinación específica, en este caso, la

Dirección de Administración de Fondos de la Protección Social del Ministerio de Salud; instancia en la cual, se otorga la oportunidad de efectuar las manifestaciones que la requerida considere, dentro de las cuales puede hacer uso del derecho de defensa y de contradicción, así como aportar o solicitar el material probatorio que estime pertinente⁶⁴.

Así mismo, cabe señalar que el principio de juez imparcial que tiene como finalidad garantizar que el servidor público realice sus actuaciones fundamentado en la objetividad para evitar decisiones arbitrarias, tampoco se vislumbra afectado con la actuación administrativa aquí analizada, por un lado, porque el procedimiento previsto no tiene la característica de sancionatorio, sino por el contrario está estatuido para garantizar el adecuado manejo de los recursos del SGSS, dada su destinación específica y su vinculación directa con la satisfacción y garantía de derechos superiores de los ciudadanos, y en consecuencia, no podemos hablar de juez como tal. Así, las funciones de intervención que realiza el administrador de los recursos, y la Superintendencia Nacional de Salud y sus decisiones no constituyen decisión de una pena o condena administrativa, sino por el contrario, se circunscriben a sus funciones especiales que buscan la recuperación de recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud y su adecuada destinación.

Adicionalmente, como ya se expuso, no se observa un actuar irregular o arbitrario de la entidad demandada, como tampoco de, en su momento, el administrador de los recursos de la salud, pues sus actuaciones se encuadran dentro de las normas y etapas procesales previstas previamente, las concretas funciones asignadas y las pruebas obrantes en el expediente administrativo. Respecto a la garantía de contradicción frente al requerimiento de pago de intereses moratorios, se evidencia que de conformidad con la Resolución 3361 de 2013, la determinación sobre la liquidación de intereses moratorios o de la actualización del IPC, se hace una vez el administrador de los recursos establece la existencia de apropiación o reconocimiento de estos sin justa causa, esto es, en el informe que emite una vez presentadas y evaluadas las explicaciones dadas por la persona requerida, y no desde el requerimiento mismo.

No obstante, resulta claro que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 9 ídem, cuando la persona natural o jurídica requerida acepta reintegrar los recursos del sector salud, porque reconoce que existió apropiación o reconocimiento sin justa causa y decide consignar dicho valor en la Subcuenta del Fondo de Solidaridad y Garantía (Fosyga), esta debe incluir no sólo el monto a reintegrar sino también la liquidación de intereses de mora o la actualización del IPC, desde el momento en que existió la apropiación sin justa causa o el giro indebido de recursos, hasta el día en el que realizó el reintegro de los recursos. Sin embargo, como se señaló en los hechos probados, la entidad hoy demandante mediante el oficio por el cual presentó las aclaraciones respectivas ante el Ministerio de Salud y Protección Social, sólo informó que había procedido a realizar devolución por la suma de \$87.395.157 en favor del Consorcio Fosyga, sin sustentar ni probar si dicha suma incluía intereses moratorios o la actualización del IPC, así como las razones de una u otra postura; siendo entonces su deber hacerlo pues era esta la oportunidad con que

⁶⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, providencia del 05 de diciembre de 2016, Magistrada Ponente María Elizabeth García González, radicación número 11001-03-24-000-2015-00098-00.

contaba para demostrar porqué en su concepto dicha devolución la hacía bajo las reglas de una u otra posibilidad.

Por lo anterior, una vez aceptada la existencia del reconocimiento de recursos del sector salud de manera indebida y sin haberse presentado explicaciones tendientes a demostrar que esta se produjo por un error no imputable a ella o con una razón suficiente pese a su debida diligencia, observando las pruebas recaudadas por la Dirección de Administración de Fondos de la Protección Social y en aplicación a lo señalado en el numeral 3 del artículo 7 de la Resolución 3361 de 2013, dicha dependencia en el informe respectivo determinó que en este caso procedía la liquidación de intereses de mora y como la suma reintegrada no correspondía con la totalidad de lo debido, el valor a reintegrar sería de \$73.259.899.

Así mismo, en cuanto a la orden de reconocimiento de intereses, debe traerse a colación lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 3 del Decreto Ley 1281 de 2002, cuando señala que si la apropiación o reconocimiento sin justa causa se ha producido a pesar de contarse con las herramientas, información o instrumentos para evitarlo, los recursos deberán reintegrarse junto con los respectivos intereses liquidados a la tasa de interés moratorio establecida para los impuestos administrados por la DIAN. Mientras que, cuando la apropiación se presente pese a la diligencia del respectivo actor o por circunstancias que escaparon a su control, los recursos deberán reintegrarse debidamente actualizados por el IPC.

En ese sentido, si la apropiación o reconocimiento indebido ocurrió por negligencia, imprudencia o impericia, ya que el responsable contaba con herramientas, información o instrumentos para evitar que el hecho ocurriera o tomó las medidas necesarias para ello, surge la obligación de reintegrar el capital con los respectivos intereses moratorios. Por el contrario, si la actuación de la EPS se rige por una conducta diligente utilizando las herramientas, información e instrumentos para evitar errores, y aun así estos ocurrieron lo procedente será realizar el reintegro aplicando el IPC a la suma indebidamente apropiada o reconocida.

En atención a lo anterior, el Juzgado reitera que no existen razones suficientes para declarar la nulidad de los actos demandados por cuanto no sólo se cumplió a cabalidad el procedimiento previsto para ello, sino porque además se encuentra probado que el reconocimiento realizado durante los años 2008 a 2010 a la hoy demandante, respecto a recobros de medicamentos no POS, efectivamente se hizo bajo el incumplimiento por parte de la EPS de los requisitos mínimos para ello, pues el valor recobrado no coincidía con aquel efectivamente prestado a sus usuarios; error imputable al actuar exclusivo de Famisanar EPS, quien a pesar de contar con la información clara y necesaria, y que provenía de ella misma, de manera injustificada (no lo hizo en la actuación administrativa como tampoco en la presente instancia) se apropió de recursos del SGSS frente a los medicamentos Rituximab 500mg/50ml, y Rituximab 100mg/10ml recobrados en cantidades y valores no soportados y ajenos a la realidad, pues no sólo estos resultaron inconsistentes con las facturas de venta respectivas (SA9723 del 08 de noviembre de 2008 y 12336 del 02 de julio de 2010), sino que solicitaron valores mucho más altos a los establecidos, para lo cual,

incluso, su representante legal emitió declaración juramentada confirmando la supuesta veracidad de dichos valores.

Por lo anterior, y teniendo presente que el deber de pagar intereses moratorios, surge como forma disuasiva para que todas las entidades e instituciones del sistema de salud cumplan con los principios de oportunidad y eficiencia en la utilización de los recursos financieros disponibles para la prestación de los servicios de salud y por tanto, ajusten sus actuaciones a los deberes de cuidado necesarios en el manejo de estos recursos, el Juzgado encuentra que el reintegro ordenado en los actos acusados consistente en los intereses moratorios, se encuentra fundamentado en prueba idónea bajo los presupuestos definidos para ello, como fue la conducta negligente y falta de cuidado de la hoy demandante.

En este sentido, tampoco se observa reproche alguno respecto a la actuación surtida por el administrador de los recursos en la primera etapa del proceso, funciones hoy asumidas por la Administradora de Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud – ADRES, quien funge como tercero interesado en el presente proceso.

Ahora bien, cabe señalar que no es cierto que la Sala de Consulta y Servicio Civil en el concepto antes citado, haya establecido que es obligación de la Superintendencia Nacional de Salud verificar si procede el cobro de intereses moratorios o por el contrario el ajuste del IPC, pues como ya se ha expuesto, en dicha providencia se establece totalmente lo opuesto, en tanto determina de la actuación de dicha entidad se enmarca exclusivamente a la orden de restitución de carácter patrimonial, y que la conducta negligente que ocasiona el reintegro debe acreditarse conforme al debido proceso y las reglas del procedimiento previsto.

En ese orden, como dicha actuación (determinación del reembolso y de intereses o IPC) se surte ante el administrador de los recursos, en el presente caso tampoco existe la aludida vulneración dado que existen pruebas suficientes que demuestran la procedencia del reintegro de los recursos junto con los intereses de mora, y no con el IPC como pretende la demandante.

Alega la parte actora que pretender el reembolso de intereses moratorios conlleva aceptar la propia culpa y negligencia en los controles que debe realizar el Consorcio Fidufosyga 2005, en virtud de lo dispuesto en la Resolución 5395 de 2013, en concordancia con la cláusula 7 del Contrato 000142 de 2005, y que el actuar de la demandada atentó contra el principio de buena fe.

Frente a este último aspecto (buena fe), el Consejo de Estado, citando a la Corte Constitucional, ha precisado lo siguiente:

"La buena fe es uno de los principios generales del derecho y gobierna las relaciones entre la administración pública y los ciudadanos, así lo indicó la Corte Constitucional en la sentencia C-131 de 2004, quien agregó:

*"En tal sentido, el mencionado principio es entendido, en términos amplios, como **una exigencia de honestidad, confianza, rectitud, decoro y credibilidad que otorga la palabra dada, a la cual deben someterse las diversas actuaciones de las autoridades públicas y de los particulares entre sí***

y ante éstas, la cual se presume, y constituye un soporte esencial del sistema jurídico; de igual manera, cada una de las normas que componen el ordenamiento jurídico debe ser interpretada a luz del principio de la buena fe, **de tal suerte que las disposiciones normativas que regulen el ejercicio de derechos y el cumplimiento de deberes legales, siempre deben ser entendidas en el sentido más congruente con el comportamiento leal, fiel y honesto que se deben los sujetos intervinientes en la misma.** En pocas palabras, la buena fe incorpora el valor ético de la confianza y significa que el hombre cree y confía que una declaración de voluntad surtirá, en un caso concreto, sus efectos usuales, es decir, los mismos que ordinaria y normalmente ha producido en casos análogos. De igual manera, la buena fe orienta el ejercicio de las facultades discrecionales de la administración pública y ayuda a colmar las lagunas del sistema jurídico".⁶⁵ (Resalta el Juzgado)

Bajo este entendido, se tiene que el principio de buena fe debe entenderse como una exigencia de honestidad, confianza, rectitud, decoro y credibilidad, a la cual deben someterse las diversas actuaciones de las autoridades, y en consecuencia las disposiciones normativas debe ser entendidas en el sentido más acorde a dicho comportamiento esperado de todos los actores que ella involucre.

Así las cosas, y según lo ya explicado la determinación de intereses moratorios se encuentra plenamente justificada pues se acreditó la ocurrencia de la apropiación o reconocimiento sin justa causa y tal actuación se debió a causa imputable exclusivamente a la demandante, con lo cual, no existe vulneración al principio de buena fe, por el contrario, el mismo fue desvirtuado en relación con Famisanar al certificar y recobrar valores indebidos y carentes de soporte.

Por último, en relación con la alegación de falta de controles que debió realizar el Consorcio Fidufosyga 2005, y que el Juzgado entiende como una presunta afectación el principio de la confianza legítima, en tanto dice la demandante que este tenía la obligación legal y contractual de detectar las inconsistencias y anomalías antes de autorizar el recobro, el Despacho debe precisar que tal argumento resulta inaceptable dado que, de acuerdo con lo estipulado en la Ley 1122 de 2007 y en el propio Decreto Ley 1281 de 2002, quien tiene la obligación principal y primigenia de velar por la correcta aplicación de los recursos, registro de los afiliados, recaudo y administración de las cotizaciones, gestión de las novedades y en general los procesos habituales al desarrollo de su objeto social, entre ellos el suministro de medicamentos y su adecuada financiación, es la Empresa Promotora de Salud, quien por tanto, es sujeto de derechos y obligaciones, y responde por las acciones u omisiones que se deriven del incumplimiento de los deberes adquiridos con el sistema y particularmente frente al flujo y protección de los recursos de la salud.

Así, precisamente la norma vigente que en su momento reguló los flujos de caja y la utilización oportuna y eficiente de los recursos del sector salud y su utilización en la prestación del servicio (Decreto Ley 1281 de 2002), estableciendo entre otras, el procedimiento para detectar y restituir las sumas de dinero

⁶⁵ Sección Segunda, Subsección "B" Consejero Ponente César Palomino Cortés, providencia del 08 de febrero de 2018, radicado 52001233300020120067.

perteneciente al SGSS apropiados o reconocidos sin justa causa, dado que aun cuando existe un trámite para dichos recobros solicitados por las EPS, pueden existir casos en los que tales anomalías no se logren evidenciar y por ello debe efectuarse el procedimiento que se adelantó contra la hoy demandante Famisanar EPS.

En atención a todo lo expuesto, no se logra vislumbrar la configuración de los cargos planteados en la demanda y por tanto, serán negadas las pretensiones de la parte actora. En consecuencia, se tendrán por probadas la excepciones de legalidad de los actos administrativos; cumplimiento del ordenamiento legal y de las funciones asignadas a la Superintendencia Nacional de Salud; no desconocimiento del derecho de defensa; y procedencia del cobro de intereses, planteadas por la demandada, así como aquellas denominadas por el tercero con interés - Administradora de los recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud (ADRES) – como, del actuar de la Dirección de Administración de Fondos de Protección Social del Ministerio de Salud y Protección Social – Culpa exclusiva de la entidad recobrante y legalidad del procedimiento adelantado.

2.7 Condena en costas

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

De igual manera, toda vez que en la sentencia debe fijarse el valor de las agencias en derecho a ser incluidas en la respectiva liquidación, dado el valor de las pretensiones de la demanda que tienen un contenido pecuniario, el Despacho fijará por dicho concepto la suma de \$3.662.995, equivalente al 5% de la cuantía de la demanda y de la pretensión económica, teniendo en cuenta lo normado en el artículo 5 del Acuerdo PSA16 – 10554 de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura; norma aplicable por cuanto la demanda fue presentada con posterioridad al 5 de agosto de 2016, fecha en la que entró en vigencia. Así mismo, porque el Despacho advierte una gestión diligente de la apoderada de la parte demandada quien asistió a las audiencias realizadas, presentó contestación a la demanda y alegatos de conclusión y se mostró presta a colaborar con el recaudo probatorio; pero también teniendo en cuenta la duración del proceso (más de tres años).

2.8 Otro asunto

Observa el Juzgado que mediante correo electrónico del 16 de abril de 2021, la Superintendencia Nacional de Salud remitió poder general de representación judicial conferido mediante Escritura Pública 904 del 28 de febrero de 2020, a la abogada Liliana Moncada Vargas, identificada con cédula de ciudadanía 36.457.742 y Tarjeta Profesional 161.323 del C.S de la J⁶⁶.

⁶⁶ Folios 546 a 554, Cuaderno 1.

Por lo anterior, como quiera dicho mandato cumple las exigencias del artículo 74 del CGP, se procederá al reconocimiento de personería adjetiva a la mencionada profesional del derecho.

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

FALLA:

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

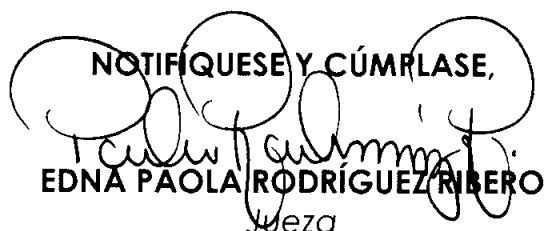
SEGUNDO. Declarar probadas las excepciones de mérito propuestas por la Superintendencia Nacional de Salud y por la Administradora de los recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud (ADRES), en los términos dispuestos en la parte motiva.

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

Así mismo, fijar la suma de \$3.662.995, equivalente al 5% de la cuantía de la demanda y de la pretensión económica, por concepto de agencias en derecho a favor de la parte demandada, de conformidad con lo establecido en el artículo 5 del Acuerdo PSSAA16 – 10554 proferido por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura.

CUARTO. Reconocer a la abogada Liliana Moncada Vargas, en los términos y para los fines del poder conferido. En consecuencia, atendiendo lo dispuesto en el artículo 76 del CGP, **se tiene por revocado el poder** conferido a la abogada Yadira del Pilar García.

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

NOTIFIQUESE Y CÚMPLASE,

EDNA PAOLA RODRÍGUEZ RIBERO
Jueza

