

**EMPRESA PROMOTORA DE SALUD INDÍGENA ASOCIACIÓN DE CABILDOS DEL RESGUARDO INDÍGENA ZENÚ DE SAN ANDRÉS DE SOTAVENTO CÓRDOBA Y SUCRE " MANEXKA EPSI" EN LIQUIDACIÓN- NIT 812.002.376-9**

**Resolución No. 014 del dieciocho (18) de septiembre de 2020**

***“Por la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto por la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud en contra de la Resolución No. 008 del 15 de julio de 2019 expedida por el Agente Especial Liquidador de la EPS-I MANEXKA –En Liquidación”***

**EL AGENTE ESPECIAL LIQUIDADOR DE LA EMPRESA PROMOTORA DE SALUD ASOCIACIÓN DE CABILDOS DEL RESGUARDO INDÍGENA ZENÚ DE SAN ANDRÉS DE SOTAVENTO CÓRDOBA Y SUCRE “MANEXKA EPSI” EN LIQUIDACIÓN**

En uso de sus facultades legales y reglamentarias conferidas por la Ley 35 de 1993, el Decreto Ley 663 de 1993, la Ley 510 de 1999, el Decreto 2555 de 2010, la Resolución No. 000527 de 2017 y la Resolución No. 00052 de 2019,

**CONSIDERANDO**

Que mediante la Resolución No. 000527 del 27 de marzo de 2017, la Superintendencia Nacional de Salud ordenó la toma de posesión inmediata de los bienes, haberes y negocios y la intervención forzosa administrativa para liquidar de la **ASOCIACION DE CABILDOS DEL RESGUARDO INDIGENA ZENU DE SAN ANDRES DE SOTAVENTO CORDOBA Y SUCRE " MANEXKA EPSI"**, identificada con Nit 812.002.376 - 9.

Que en dicha resolución, se designó en calidad de Agente Especial Liquidador a **GILDARDO TIJARO GALINDO** identificado con la CC No. 19.092.858, quien se encuentra debida y legalmente posesionado ante la Superintendencia Nacional de Salud, y reconocido ante la Dirección de Asuntos Indígenas, ROM y Minorías del Ministerio del Interior.

Que mediante la Resolución No. 0052 del 8 de enero de 2019, la Superintendencia Nacional de Salud, ordenó nuevamente la toma de posesión inmediata de los bienes, haberes y negocios y la intervención forzosa administrativa para liquidar de la entidad anteriormente mencionada, por la suspensión del proceso liquidatorio, con ocasión del litigio de orden constitucional que fue definido por parte de la H. Corte Constitucional mediante fallo de tutela T- 103 del 23 de marzo de 2018.

Que en dicho acto administrativo se ratificó al Dr. Gildardo Tijaro Galindo como Agente Especial Liquidador de la EPS-I MANEXKA identificada con Ni. 812.002.376 – 9.

Que el numeral 2 del artículo 295 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, establece frente a la naturaleza de los actos del liquidador que: ***“(…) 2. Naturaleza de los actos del liquidador. Las impugnaciones y objeciones que se originen en las decisiones del liquidador relativas a la aceptación, rechazo, prelación o calificación de créditos y, en general, las que por su naturaleza constituyan actos administrativos, corresponderá dirimir las a la jurisdicción de lo contencioso administrativo. Los actos administrativos del liquidador gozan de presunción de legalidad y su impugnación ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo no suspenderá en ningún caso el proceso liquidatorio. ... Contra los actos administrativos del liquidador únicamente procederá el recurso de reposición; contra los actos de trámite, preparatorios, de impulso o ejecución del proceso, no procederá recurso alguno (...).”***

Que contra la Resolución 007 del 28 de junio de 2019, y la Resolución 008 del 15 de junio de 2019, y con relación a lo decidido sobre las reclamaciones, dentro del término señalado en ese acto administrativo, se interpusieron recursos de reposición por parte de los acreedores. De los recursos presentados el liquidador corrió traslado común por el término de 5 días hábiles tal y como fue mencionado con anterioridad.

Que mediante Resolución No. 008 del 15 de julio de 2019 *“Por medio de la cual se determinan las sumas y bienes excluidos de la masa y de los créditos a cargo de la masa de la liquidación de la Empresa Promotora de Salud Asociación de Cabildos del Resguardo Indígena Zenú de San Andrés de Sotavento Córdoba y Sucre “MANEXKA EPSI” En Liquidación”*, el Agente Especial Liquidador resolvió la situación jurídica de todas las reclamaciones presentadas en el proceso liquidatorio.

Que el día 20 de agosto de 2019 la Administradora de los Recursos de la Seguridad Social en Salud (en adelante ADRES), presentó recurso de reposición en contra de la Resolución No. 008 de 2019 expedida por el Agente Especial Liquidador de la EPS-I MANEXKA –En Liquidación, y que en consecuencia se procede a resolver el recurso de reposición con fundamento en lo siguiente:

## 1. Requisitos de Admisión del Recurso

El artículo 76 de la Ley 1437 de 2011, establece los requisitos con los cuales deben presentarse los recursos en contra de los actos administrativos, señalando lo siguiente:

*“ARTÍCULO 76. OPORTUNIDAD Y PRESENTACIÓN. Los recursos de reposición y apelación deberán interponerse por escrito en la diligencia de notificación personal, o dentro de los diez (10) días siguientes a ella, o a la notificación por aviso, o al vencimiento del término de publicación, según el caso. Los recursos contra los actos presuntos podrán interponerse en cualquier tiempo, salvo en el evento en que se haya acudido ante el juez.*

*Los recursos se presentarán ante el funcionario que dictó la decisión, salvo lo dispuesto para el de queja, y si quien fuere competente no quisiere recibirlos podrán presentarse ante el procurador regional o ante el personero municipal, para que ordene recibirlos y tramitarlos, e imponga las sanciones correspondientes, si a ello hubiere lugar.*

*El recurso de apelación podrá interponerse directamente, o como subsidiario del de reposición y cuando proceda será obligatorio para acceder a la jurisdicción.2*

Por su parte, el artículo 77 del CPACA establece los requisitos con los cuales deben cumplir dichos recursos, al señalar que:

*ARTÍCULO 77. REQUISITOS. Por regla general los recursos se interpondrán por escrito que no requiere de presentación personal si quien lo presenta ha sido reconocido en la actuación. Igualmente, podrán presentarse por medios electrónicos.*

*Los recursos deberán reunir, además, los siguientes requisitos:*

- 1. Interponerse dentro del plazo legal, por el interesado o su representante o apoderado debidamente constituido.*
- 2. Sustentarse con expresión concreta de los motivos de inconformidad.*
- 3. Solicitar y aportar las pruebas que se pretende hacer valer.*

4. Indicar el nombre y la dirección del recurrente, así como la dirección electrónica si desea ser notificado por este medio.

Sólo los abogados en ejercicio podrán ser apoderados. Si el recurrente obra como agente oficioso, deberá acreditar la calidad de abogado en ejercicio, y prestar la caución que se le señale para garantizar que la persona por quien obra ratificará su actuación dentro del término de dos (2) meses.

Si no hay ratificación se hará efectiva la caución y se archivará el expediente.

Para el trámite del recurso el recurrente no está en la obligación de pagar la suma que el acto recurrido le exija. Con todo, podrá pagar lo que reconoce deber.

De este modo, ADRES repuso el acto administrativo en mención, por intermedio del Dr. Fabio Ernesto Rojas Conde, quien acreditó ser el Jefe de la Oficina Jurídica de ADRES según Resolución No. 009 del 10 de enero de 2019 y Acta de Posesión No. 001 del 14 de enero de 2019, y por tener funciones de representación judicial, tal y como consta en el Decreto 1429 de 2016, es función del Jefe de la Oficina Asesora Jurídica "2. Representar judicial y extrajudicialmente a la ADRES en los procesos judiciales y procedimientos administrativos en los cuales sea parte o tercero interesado previo otorgamiento de poder o delegación del Director General de ADRES", así como tener dicha función delegada, tal y como consta en el artículo 15 de la Resolución No. 16571 del 4 de junio de 2019.

Así mismo, es importante mencionar que los requisitos para interponer el recurso de reposición señalados por el artículo 76 de la Ley 1437 de 2011, se encuentran plenamente acreditados, razón por la cual se procederá a realizar el estudio de los motivos de inconformidad y los fundamentos fácticos y jurídicos que lo soportan.

## 2. Del Recurso de Reposición Interpuesto por ADRES

El día 20 de agosto de 2019, se presentó en las instalaciones de la EPS-I MANEXKA –En Liquidación, recurso de reposición interpuesto por ADRES en contra de la Resolución No. 008 del 15 de julio de 2015 "Por medio de la cual se determinan las sumas y bienes excluidas de la masa y de los créditos a cargo de la masa de liquidación de la empresa promotora de salud Asociación de Cabildos del Resguardo Indígena Zenú de San Andrés de Sotavento Córdoba y Sucre "MANEXKA EPSI –En Liquidación".

Como aspectos preliminares, ADRES señaló que el Agente Especial Liquidador en el acto administrativo mencionado, incluyó "erróneamente una (acreencia) a nombre de la ADRES, toda vez que esta entidad no está obligada a hacer parte de dicho proceso, y omitiendo la reserva de recursos para atender las obligaciones a favor del Sistema General de Seguridad Social en Salud", fundamentando sus afirmaciones en el artículo 12 de la Ley 1797 de 2016<sup>1</sup> y en la Resolución No. 574 de 2017. (Subraya fuera de texto)

<sup>1</sup> ARTÍCULO 12. PRELACIÓN DE CRÉDITOS EN LOS PROCESOS DE LIQUIDACIÓN DE LAS INSTITUCIONES PRESTADORAS DE SERVICIOS DE SALUD, (IPS), Y DE LAS ENTIDADES PROMOTORAS DE SALUD (EPS). <Aparte subrayado CONDICIONALMENTE exequible> En los procesos de liquidación de las Entidades Promotoras de Salud, incluso los que están en curso, e Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud se aplicará la siguiente prelación de créditos, previo el cubrimiento de los recursos adeudados al Fosyga o la entidad que haga sus veces si fuere el caso y los recursos relacionados con los mecánicos de redistribución de riesgo:

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

Adicionalmente, alegó que *“no hace referencia a la clara reserva de que trata la Resolución No. 574 de 2017, en desconocimiento de la información y argumentos que la ADRES expuso frente a la liquidación de la EPS mencionada, acto que goza de presunción de legalidad conforme a lo dispuesto en el artículo 88 de la Ley 1437 de 2011 (...).”*

El motivo de su reclamación hace referencia los recursos de la UPC que presuntamente se apropiaron sin justa causa durante el funcionamiento de la EPS- I MANEXKA, esto es, antes de la liquidación forzosa administrativa ordenada por la Superintendencia Nacional de Salud, mediante Resoluciones No. 000527 de 2017 y No. 0052 de 2019.

Señala que el proceso de reintegro de recursos se rige por el artículo 2.6.1.2.1.3. del Decreto Único Reglamentario (DUR) No. 780 de 2016, y en este sentido, dicho procedimiento tiene lugar en el momento en que se realiza el giro directo en el proceso de LMA o con base en las auditorías realizadas a la Base de Datos de Afiliados (BDUA) o sobre el histórico de las UPC reconocidas.

Respecto de la segunda modalidad, señaló que en el artículo 3 del Decreto Ley 1281 de 2002, modificado por el artículo 7 de la Ley 1949 de 2019, se dispuso que:

*“ARTÍCULO 7o. Modifíquese el artículo 3o del Decreto Ley 1281 de 2002, el cual quedará así:*

*Artículo 3o. Reintegro de recursos apropiados o reconocidos sin justa causa. Cuando la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud (ADRES) o quien haga sus veces o cualquier entidad o autoridad pública que en el ejercicio de sus competencias o actividades como participante o actor en el flujo de recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud detecte que se presentó apropiación sin justa causa de los mismos, solicitará la aclaración del hallazgo a la persona involucrada, para lo cual remitirá la información pertinente, analizará la respuesta dada por la misma y, en caso de establecer que se configuró la apropiación o reconocimiento sin justa causa de recursos, ordenará su reintegro, actualizado al Índice de Precios al Consumidor, IPC, dentro de los plazos establecidos por el Ministerio de Salud y Protección Social.*

*Una vez quede en firme el acto administrativo que ordena el reintegro, de conformidad con el procedimiento definido, la ADRES o quien haga sus veces o cualquier entidad o autoridad pública que, en el ejercicio de sus competencias o actividades como participante o actor en el flujo de recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud, compensará su valor contra los reconocimientos que resulten a favor del deudor por los diferentes procesos que ejecuta ante la entidad. En todo caso, los valores a reintegrar serán actualizados con el Índice de Precios al Consumidor (IPC).*

*Cuando la apropiación o reconocimiento a que alude este artículo sea evidenciada por el actor que recibe los recursos, este deberá reintegrarlos actualizados con el Índice de Precios al Consumidor (IPC), en el momento en que detecte el hecho.*

*En los casos en que la ADRES o quien haga sus veces o la autoridad o entidad pública que en el ejercicio de sus competencias o actividades como participante o actor en el flujo de recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud identifique en el proceso de reintegro actos u omisiones presuntamente constitutivas de infracciones de las normas del Sistema, informará de manera inmediata y con las pruebas correspondientes a la Superintendencia Nacional de Salud, para que adelante las investigaciones administrativas a que haya lugar.*



*PARÁGRAFO 1o. Los procesos que hubiesen sido allegados a la Superintendencia Nacional de Salud hasta la entrada en vigencia de la presente ley culminarán su trámite y se les aplicarán las reglas previstas en el régimen jurídico anterior. En todo caso, los recursos del aseguramiento en Salud apropiados o reconocidos sin justa causa involucrados en procedimientos en cursos serán reintegrados actualizándolos con el Índice de Precios al Consumidor (IPC).*

*Los procesos de reintegro que a la entrada en vigencia de la presente ley no hayan sido recibidos en la Superintendencia Nacional de Salud, se registrarán y culminarán su trámite bajo las disposiciones previstas en el presente artículo."*

Finalmente, concluye que el procedimiento de reintegro de recursos apropiados o reconocidos sin justa causa de que trata el artículo antes citado fue reglamentado por el Ministerio de Salud y Protección Social a través de la Resolución 1716 de 2019 y que por cuenta de saldos a favor de la ADRES, no pudieron ser descontados la suma de \$346.345.699,30 y como resultado de las auditorías adelantadas sobre los reconocimientos de UPC a la EPS MANEXKA, la ADRES ha identificado como presuntos reconocimientos o apropiaciones sin justa causa la suma de \$1.203.435.315.63

## **2.1. Saldos no compensados en el régimen contributivo**

Reclama el pago de \$ 275.624.128 de los cuales \$ 168.857.352 corresponde a saldos no conciliados de las cuentas maestras de recaudo del régimen contributivo y \$97.672.868 a Intereses de mora por el giro extemporáneo, fundamentando su pretensión en el Decreto Ley 1281 de 2002 y en el artículo 2.6.4.2.1.5 del Decreto 780 de 2016.

Los periodos cobrados inician en marzo de 2017 y finalizan en mayo de 2019.

## **2.2. Intereses de Mora de Cotizaciones y Rendimientos Financieros de la Cuenta Maestra de Recaudo**

ADRES afirma que la EPS-I MANEXKA –En Liquidación le adeuda por concepto de intereses de mora en cotizaciones la suma de \$15.719.535 que corresponden a cuantías que están en las cuentas maestras de recaudo donde se depositan los aportes patronales del Sistema General de Participaciones, y que corresponde a recursos públicos.

Ahora bien, por concepto de rendimientos financieros, afirma que le adeudan \$2.129.383 desde el 1 de octubre de 2016 hasta 1 de abril de 2019.

Finalmente, y sin realizar mayor argumentación y justificación afirma que la EPS-I MANEXKA –En Liquidación adeuda \$11.496.908.361,63.

## **2.3. FUNDAMENTOS DEL RECURSO DE REPOSICIÓN**

La ADRES fundamenta el recurso de reposición interpuesto en (i) la naturaleza de los recursos de la seguridad social en salud, (ii) en precisiones respecto a recursos girados por concepto de UPC, y (iii) en los valores pendientes de reintegrar por la EPS MANEXKA –En Liquidación a la ADRES,

### **2.3.1. Naturaleza de los recursos del sistema general de seguridad social en salud**

La ADRES argumenta que la EPS-I MANEXKA –En Liquidación adeuda los recursos mencionados con anterioridad y que los mismos pertenecen al Sistema de Seguridad Social en Salud, según las auditorías realizadas a los reconocimientos de UPC en el régimen contributivo y subsidiado, procesos de liquidación mensual de afiliados LMA, saldos no conciliados pendientes de giro e intereses moratorios por giro extemporáneo y rendimientos financieros intereses de mora por cotizaciones.

Fundamenta jurídicamente sus afirmaciones en el artículo 48 constitucional, artículo 9 y 182 de la Ley 100 de 1993, artículo 2.6.4.1.5 del Decreto 2265 de 2017, sentencia C – 1040 de 2003 de la Corte Constitucional, artículo 3 del Decreto Ley 1281 de 2002, precisando que las cotizaciones, cuotas moderadoras, y copagos hacen parte de los recursos de la seguridad social en salud, y que los mismos financian el Sistema General de Seguridad Social en Salud y son recursos públicos de naturaleza parafiscal, y señalando también, que los recursos reconocidos por la ADRES o anterior Fosyga, a las EPS se limita a la UPC y a la UPC –S.

En consecuencia, los recursos del sistema de seguridad social en salud no pueden tener destinación diferente a la prevista por el constituyente de 1991, y por el legislador ordinario.

### **2.3.2. Recursos Girados por UPC**

ADRES señala que la UPC tiene naturaleza parafiscal y fundamentan su posición en el aseguramiento de la población afiliada y el cubrimiento de los servicios del Plan Obligatorio de Salud o Plan de Beneficios de Salud, así mismo, advierte que en el reconocimiento de recursos sin justa causa, necesariamente implica un desmejoramiento del Sistema, en consecuencia, los recursos de la UPC reconocidos deben destinarse a financiar los servicios de salud de la población afiliada, y aquellos que son reconocidos sin justa causa deben ser reintegrados al sistema general de seguridad social en salud; señalando que dichos recursos no pertenecen a la EPS, puesto que estas son simples administradoras de los recursos de la seguridad social en salud.

Finalmente, ADRES concluye que *“En síntesis, con todo lo expuestos puede concluirse que los recursos girados por concepto de UPC son recursos parafiscales que por tener tal calidad no pueden ser catalogados como parte del patrimonio de la EPS de manera que, por mandato legal, jurisprudencial y reglamentario son excluidos de la masa liquidataria y de la denominada no masa. Aunado a lo anterior, por la misma naturaleza parafiscal, la ADRES no estaba en la obligación de hacerse parte del proceso liquidatorio como posible acreedor de la EPS, como erróneamente se señala en el oficio bajo radicado No. 0000295700 de fecha 2 de agosto de 2019 “en la cual se resuelven las acreencias presentados por usted en el marco del proceso liquidatorio”.*

### **2.3.3. Valores Pendientes de Reintegrar por la EPS MANEXKA EPS-I –En Liquidación a la ADRES**

En conclusión, ADRES reclama el pago de lo siguiente:

1. El reintegro y pago de la suma de ONCE MIL CUATROCIENTOS NOVENTA Y SEIS MILLONES NOVECIENTOS OCHO MIL TRESCIENTOS SESENTA Y UN PESOS CON SESENTA Y TRES CENTAVOS M/CTE (\$11.496.908.361,63), la cual se desagrega así:

- Proceso LMA y reintegro de recursos del aseguramiento en el régimen subsidiado \$11.203.435.315,63.
- Saldos no compensados en el régimen contributivo \$275.624.128.
- Intereses de Mora de Cotizaciones y Rendimientos Financieros de la Cuenta Maestra de Recaudo \$17.848.918.

## 2.4. CONCEPTO DE VIOLACIÓN

### Violación de Normas Superiores

A juicio de la ADRES, la Resolución No. 008 de 2019 expedida por el Agente Especial Liquidador de la EPS-I MANEXKA –En Liquidación, viola el artículo 48 de la Constitución Política y en consecuencia alega la violación del principio de Supremacía Normativa de la constitución, toda vez que los recursos de la seguridad social en salud no pueden destinarse a un fin diferente al cual fueron previstos.

### Falsa Motivación del Acto Administrativo

ADRES alega que de conformidad con la Sección Cuarta del Consejo de Estado la falsa motivación se presenta con la prueba de una de dos circunstancias, las siguientes: “a) O bien que los hechos que la Administración tuvo en cuenta como motivos determinantes de la decisión no estuvieron debidamente probados dentro de la actuación administrativa: o b) Que la Administración omitió tener en cuenta hechos que si estaban demostrados y que si hubiesen sido considerados habrían conducido a una decisión sustancialmente diferente”.

En este sentido, la ADRES considera que se configura la falsa motivación del acto administrativo toda vez que en “Los argumentos expuestos en la parte motiva, específicamente lo relacionado con el artículo 12 de la Ley 1797 de 2016 no guarda correspondencia con la parte resolutive del acto administrativo en razón a que si bien se invoca dicha norma, la misma no fue aplicada por cuanto no hubo la respectiva reserva de los recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud, paso que era previo a la constitución de la MASA y NO MASA (...) que se rechaza en el anexo No. 3 una supuesta reclamación presentada por ADRES por la suma de \$ 199.827, cuando esta entidad no debe hacerse parte del proceso liquidatario (sic) como posible acreedor de la EPS, pues se reitera que los recursos que le adeuda la EPS MANEXKA EPSI, pertenecen al Sistema General de Seguridad Social en Salud y en observancia del artículo 12 de la Ley 1797 de 2016 y las condiciones señaladas por la Resolución 574 de 2017, previo a la calificación de acreencias, debieron haber sido cubiertas por la EPS en su totalidad”.

En consecuencia, a juicio de la ADRES se configura una falsa motivación toda vez que “acaece la segunda circunstancia, toda vez que si se hubiese tenido en cuenta antes del establecimiento de la masa de liquidación saldar con la ADRES los valores pertenecientes al Sistema General de Seguridad Social, tal como le fue informado y probado en la actuación administrativa, la decisión adoptada en la Resolución 008 de 2019 sería diferente”.

Naturalmente, la invitación a saldar los valores adeudados por ADRES, era de conformidad con los términos de la Resolución 574 de 2017, y en este sentido, al Agente Especial

Liquidador le correspondía presentarse a ADRES para restituir los recursos, toda vez que tal y como lo menciona dicha entidad en su recurso, esta no está obligada a reclamar en el proceso liquidatorio teniendo en cuenta que se considera acreedor no masa.

### **Desviación de las Atribuciones Propias del Funcionario.**

Fundamenta el cargo mencionado en el sentido que el Agente Especial Liquidador al expedir la Resolución No. 008 de 2019 no tuvo en cuenta las obligaciones descritas en la Resolución 574 de 2017, por lo tanto, el acto administrativo se aparta del ordenamiento jurídico pues previamente a su expedición se debieron pagar o reintegrar a ADRES los valores pertenecientes al Sistema General de Seguridad Social en Salud.

### **SOLICITUD:**

En consecencial la ADRES solicitó:

1. Revocar en su integridad la Resolución 008 del 15 de julio de 2019 y
2. Reconocer y pagar a la ADRES los recursos pertenecientes al Sistema General de Seguridad Social en Salud antes de iniciar el proceso de determinación y conformación de acreedores por tratarse de recursos parafiscales que tienen como destinación específica la garantía de la prestación del servicio de salud, lo que los excluye de hacer parte de la Masa y No Masa de Liquidación.

### **PROBLEMA JURÍDICO**

De conformidad con los argumentos expuestos por ADRES, es pertinente formular los siguientes problemas jurídicos.

¿La Resolución No. 008 del 15 de julio de 2019 *“Por medio de la cual se determinan las sumas y bienes excluidos de la masa y de los créditos a cargo de la masa de la liquidación de la Empresa Promotora de Salud Asociación de Cabildos del Resguardo Indígena Zenú de San Andrés de Sotavento Córdoba y Sucre “MANEXKA EPSI” En Liquidación”*, viola las normas superiores al violar el artículo 48 de la constitución por destinar a fines diferentes a ella los recursos de la seguridad social en salud; se incurre en falsa motivación y en desviación de poder al expedir dicho acto administrativo mencionado sin que el liquidador de manera oficiosa reconociera la deuda que tiene la EPS con ADRES y sin observar la Resolución 574 de 2017 del Ministerio de Salud?

¿ La Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud (en adelante ADRES), y los recursos que ella administra se encuentran sometidos a las reglas previstas en la Ley 35 de 1993, el Decreto Ley 663 de 1993, en la Ley 510 de 2000, en el Decreto 2555 de 2010 y las demás normas concursales para la determinación del pasivo de una Entidad Promotora de Salud en liquidación, es decir, ADRES es un acreedor que está sometido a las normas jurídicas concursales que el legislador estableció para los procesos de liquidación forzosa administrativa, con lo cual debe cumplir con las cargas que allí se establecen para los reclamantes, o por el contrario se podría afirmar que se trata de un acreedor “excluido del proceso liquidatorio, y en este sentido, está eximido de presentar la reclamación, pruebas y contribuir con la conformación del pasivo de la entidad en liquidación?

¿En caso que la ADRES resulte ser excluida del proceso liquidatorio, qué cargas debe cumplir el Agente Especial Liquidador para garantizar los derechos de dicha entidad y garantizar los recursos excluidos del proceso liquidatorio?

¿En caso de no ser un acreedor excluido, qué cargas procesales y qué actos jurídicos debió haber cumplido ADRES para ser tenido en cuenta como parte del proceso, en este sentido,



qué efectos jurídicos tiene para la ADRES en el marco del proceso liquidatorio no haber presentado reclamación?

¿Cuál es el sentido y alcance del artículo 12 de la Ley 1797 de 2016 según el cual *“En los procesos de liquidación de las Entidades Promotoras de Salud, incluso los que están en curso, e Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud se aplicará la siguiente prelación de créditos, previo el cubrimiento de los recursos adeudados al Fosyqa o la entidad que haga sus veces si fuere el caso y los recursos relacionados con los mecánicos de redistribución de riesgo”*, esta norma la exime del deber de presentar la reclamación, la prueba sumaria de sus créditos y cumplir con las cargas procesales que tienen que cumplir otros acreedores?

## **ANÁLISIS DEL CASO**

Para resolver el recurso de reposición interpuesto por la ADRES en contra de la Resolución No. 008 de 2019 *“Por medio de la cual se determinan las sumas y bienes excluidos de la masa y de los créditos a cargo de la masa de la liquidación de la Empresa Promotora de Salud Asociación de Cabildos del Resguardo Indígena Zenú de San Andrés de Sotavento Córdoba y Sucre “MANEXKA EPSI” En Liquidación”*, expedida por parte del suscrito Agente Especial Liquidador, se realizará el siguiente análisis: 1. Del régimen jurídico de los recursos del Sistema General de la Seguridad Social administrado por la ADRES y de los recursos que son girados a las Entidades Administradoras de Planes de Beneficios (EAPB - EPS). 2. Ingresos de las Entidades Administradoras de Planes de Beneficios. 3. Apropiación de Recursos de la UPC injustificadamente, procedimiento de reintegro de recursos. 4. Del régimen jurídico de las liquidaciones forzosas administrativas y de la solución de antinomia entre este régimen y la Resolución 574 de 2017. 5. Del artículo 12 de la Ley 1797 de 2016 6. Caso Concreto.

### **1. Del régimen jurídico de los recursos del Sistema General de la Seguridad Social administrados por la ADRES y de los recursos que son girados a las EAPB**

El régimen jurídico de la salud se encuentra contenido en la Ley 100 de 1993, la cual reguló de manera precisa los aspectos jurídicos, económicos y asistenciales bajo los cuales se desarrolla el servicio público de la salud, y la garantía del derecho a la salud de los usuarios de dicho sistema, en el cual, todas las instituciones del sector tienen la función de garantizar y materializar el derecho de los usuarios del servicio público mencionado.

La ley anteriormente mencionada, fue objeto de reformas las cuales fueron realizadas por la Ley 715 de 2001, Ley 1122 de 2007, Ley 1438 de 2011, Ley 1751 de 2015 y Ley 1797 de 2016, en las cuales se buscó el fortalecimiento del Sistema General de Seguridad Social en Salud, mediante mejoras en la prestación de los servicios, mejoras en la universalización, financiación y equilibrio entre los actores del sistema, de tal manera que se garantice el derecho fundamental a la salud, regularlo y establecer mecanismos de protección.

Es importante resaltar que mediante la Ley 1797 de 2016 se fijaron medidas de carácter financiero y operativo para avanzar en el proceso de saneamiento de deudas del sector y en el mejoramiento de flujo de recursos y la calidad de la prestación de servicios dentro del Sistema General de Seguridad Social en Salud (SGSSS).

El legislador reguló el sector salud mediante la diferenciación del régimen contributivo y del régimen subsidiado en salud, los cuales tienen fuentes de financiación, reglas de juego y funcionamientos diferenciados, tal y como procedemos a explicar.

#### **1.1. De las cotizaciones y de la financiación del Régimen Contributivo**

Tal y como fue mencionado la Ley 100 de 1993, reguló el funcionamiento del Régimen Contributivo de manera tal que las EPS reciben las cotizaciones de sus afiliados, pero tales cotizaciones no les pertenecen, sino que su titularidad corresponde al sistema, es decir, al Fondo de Solidaridad y Garantía (hoy ADRES) a la subcuenta de compensación, de modo que se reconoce como ingreso a la EPS es el valor de las llamadas UPC.

En este sentido, el sistema de salud, determinó y estableció la *unidad de pago por capitación (UPC)* como una unidad de medida del costo de los servicios por persona y por año, la cual no solamente es financiada por el valor de las cotizaciones, sino por más fuentes de financiación, en busca de un equilibrio financiero del sistema general de seguridad social en salud.

Cuando la EPS determinan que existe un superávit en las cotizaciones o aportes recaudado de los empleadores y de los trabajadores, tienen la obligación de transferir dichos excedentes a la ADRES, lo cual permitirá compensar a otras EPS cuyos costos per cápita sean superiores al valor de las contribuciones recaudadas. En este sentido, es claro que una EPS puede presentar superávit o déficit en el recaudo de las cotizaciones para cumplir con el monto de recursos de la UPC que deben ser garantizados por el Estado, lo cual debe ser objeto de un proceso de compensación con la ADRES, y en caso de presentarse superávit para la EPS en dicho recaudo, esta tendrá derecho solo al monto reconocido como UPC, y si se encuentra en la segunda situación, será la ADRES la que deberá garantizar el giro reconocido por la UPC.

Es así, que en el literal f) del artículo 156 de la Ley 100 de 1993 se establece que *“por cada persona afiliada y beneficiaria, la entidad promotora de salud recibirá una unidad de pago por capitación, UPC, que será establecida periódicamente”*.

En el mismo sentido, el inciso 2 del artículo 182 de la norma citada, el cual fue modificado por el artículo 7 de la Ley 1122 de 2007, determinó que *“Las cotizaciones que recauden las Entidades Promotoras de Salud pertenecen al Sistema General de Seguridad Social en Salud. (...) Por la organización y garantía de la prestación de los servicios incluidos en el Plan de Salud Obligatorio para cada afiliado, el Sistema General de Seguridad Social en Salud reconocerá a cada Entidad Promotora de Salud un valor per cápita, que se denominará Unidad de Pago por Capitación UPC. Esta Unidad se establecerá en función del perfil epidemiológico de la población relevante, de los riesgos cubiertos y de los costos de prestación del servicio en condiciones medidas de calidad, tecnología y hotelería, y será definida por (...) Las Entidades Promotoras de Salud manejarán los recursos de la seguridad social originados en las cotizaciones de los afiliados al sistema en cuentas independientes del resto de rentas y bienes de la entidad”*.

En consecuencia, se puede establecer que los ingresos de las Entidades Administradoras de Planes de Beneficios (EAPB o EPS) que provienen del Sistema General de la Seguridad Social en Salud (en adelante Sistema de Salud) están conformados por los recursos de la UPC que reconoce la ADRES a cada una de ellas, y que el valor recaudado por concepto de cotizaciones, son recursos que pertenecen al Sistema de Salud y no a la EPS.

## **1.2. De los ingresos de las EPS del Régimen Subsidiado**

El régimen subsidiado es definido por el artículo 211 de la Ley 100 de 1993 como el conjunto de normas que rigen la vinculación de los individuos al sistema general de seguridad social en salud, cuando tal vinculación se hace a través de una cotización subsidiada total o parcialmente, con recursos fiscales y de solidaridad. Los usuarios que se afilian a este régimen pertenecen a la población más pobre del país de las áreas rural y urbana, y el criterio para que las personas puedan afiliarse a dicho régimen es la capacidad económica en función de sus ingresos, nivel educativo, tamaño de familia y situación sanitaria y geográfica de su vivienda.

El mecanismo de recaudo y giro de recursos del régimen subsidiado fue previsto por el artículo 31 de la 1438 de 2011, en el cual ordenó al Gobierno diseñar un sistema de administración de recursos y contratar un mecanismo financiero para recaudar y girar directamente los recursos que financian y cofinancian el régimen subsidiado de salud, incluidos los del sistema general de participaciones y los recursos que destinan las cajas de compensación familiar a dicho régimen.

El valor reconocido a las EPS- del régimen subsidiado será una unidad de pago por capitación UPC, por cada uno de los afiliados que tenga registrados y validados mediante el instrumento que defina para tal fin.

En este sentido, el gobierno nacional mediante el Decreto 2265 de 2017 *“Por el cual se modifica el Decreto 780 de 2016, Único Reglamentario del Sector Salud y Protección Social adicionando el artículo 1.2.1.10, y el Título 4 a la Parte 6 del Libro 2 en relación con las condiciones generales de operación de la ADRES”*, determinó que la financiación de la UPC del régimen subsidiado se realizará mediante la Liquidación Mensual de Afiliados –LMA, para su reconocimiento y pago.

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

En este sentido, es propiedad de las EPS para el cumplimiento de sus fines misionales, cual es ejercer la función de aseguramiento en salud, el cual consiste en la administración del riesgo jurídico, administrativo y financiero de la prestación del servicio de salud de los usuarios que se encuentran afiliados al ente anteriormente mencionado, con lo cual, es responsabilidad de dicho asegurador la articulación y organización de la red prestadora de servicios de salud en el cubrimiento de las contingencias que afecten a los usuarios y que deban ser aseguradas por el ordenamiento jurídico.

En el flujo de recursos entre la ADRES y los diferentes actores del sector salud, pueden presentarse situaciones anómalas, que deben ser corregidas por los mecanismos que se encuentran establecidos en el ordenamiento jurídico, tal y como se procede a exponer.

### **1.3. De la Apropriación de recursos de la UPC injustificadamente**

En el proceso de giro de recursos de la UPC-S que se realiza mensualmente por la ADRES a las EPS, puede suceder que se realicen giros en exceso o en defectos de la UPC-S que le corresponde a cada EPS para afrontar el cumplimiento de su objeto social, esto es, para ejecutar las funciones de aseguramiento en salud.

En este sentido, el Decreto Ley 1281 de 2002 *“por el cual se expiden 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”*, estableció en su artículo 3 el procedimiento para el reintegro de los recursos apropiados o reconocidos sin justa causa, el cual fue modificado por la Ley 1949 de 2019.

En el evento que se presente el fenómeno de la apropiación sin justa causa de la UPC por parte de actores del sistema general de seguridad social en salud, es la ADRES y la Superintendencia Nacional de Salud, las entidades que en principio tienen la competencia para ordenar el reintegro de dichos recursos.

El texto original del artículo 3 del Decreto Ley 1281 de 2002, radicó la competencia en el FOSYGA (hoy ADRES) para realizar las auditorías y en caso de considerar que se presentó el fenómeno aludido, remitiera el expediente a la Superintendencia Nacional de Salud para que ordenara el reintegro inmediato de los recursos.

No obstante, el artículo 7 de la Ley 1949 de 2019 estableció que en adelante, la competencia para ordenar el reintegro de los recursos de la UPC apropiados injustificadamente lo realizara la ADRES sin necesidad de remitir el expediente a la Superintendencia Nacional de Salud.

En el mismo sentido, el legislador estableció que los procesos de reintegro que a la entrada en vigencia de la presente ley no hayan sido recibidos en la Superintendencia Nacional de Salud, se regirán y culminarán su trámite bajo las disposiciones previstas en el presente artículo, con lo cual, en principio si el expediente no fue remitido a la entidad mencionada, será la ADRES la competente para ordenar el reintegro de los recursos.

Por otra parte, es importante mencionar que el Ministerio de Salud y Protección Social, expidió la Resolución 574 de 2017 *“Por la cual se establecen las condiciones que las Entidades Promotoras de Salud (EPS), las Entidades Obligadas a Compensar (EOC) Y Las Cajas de Compensación Familiar (CCF) que administran el Régimen Subsidiado, e Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud (IPS) que se encuentren en proceso de liquidación, deben cumplir para adelantar y culminar los asuntos pendientes ante el Fosyga o quien haga sus veces”*, cuyo objeto es finar el procedimiento que diferentes actores del sistema en salud que se encuentren en proceso de liquidación deben realizar para culminar de manera satisfactoria el proceso de cierre y aclaración de los asuntos pendientes ante el Fosyga o quien haga sus veces.

El literal a) del numeral 2 del artículo 2 de dicha resolución estableció que el Liquidador debe identificar los recursos que pertenecen al Fosyga o quien haga sus veces y reintegrarlos dentro de los diez (10) días hábiles siguientes al inicio del proceso de liquidación.

Adicionalmente, es importante mencionar que el Decreto Ley 1281 de 2002 fue expedido en ejercicio de facultades extraordinarias otorgadas por el numeral 4 del artículo 111 de la Ley 715 de 2001, las cuales fueron conferidas para regular los flujos de caja y la utilización oportuna y eficiente de los recursos del sector salud y su utilización en la prestación de los servicios de salud a la población del país.

#### **1.4. Del régimen jurídico de las liquidaciones forzosas administrativas y de la solución de antinomia entre este régimen, el Decreto Ley 1281 de 2002 y de la Resolución 574 de 2017**

La liquidación forzosa administrativa es un proceso administrativo de carácter concursal sometido a un procedimiento legal de aplicación preferente y especial, tal y como se ha sostenido a nivel legal y jurisprudencial.

En este sentido, el artículo 293 del Decreto Ley 663 de 1993 establece que *“El proceso de liquidación forzosa administrativa de una entidad vigilada por la Superintendencia Bancaria es un proceso concursal y universal, tiene por finalidad esencial la pronta realización de los activos y el pago gradual y rápido del pasivo externo a cargo de la respectiva entidad hasta la concurrencia de sus activos, preservando la igualdad entre los acreedores sin perjuicio de las disposiciones legales que confieren privilegios de exclusión y preferencia a determinada clase de créditos.”*

(...)



*Normas aplicables. Los procesos de liquidación forzosa administrativa de entidades vigiladas por la Superintendencia Bancaria serán adelantados por los liquidadores y se regirán en primer término por sus disposiciones especiales.*

*En las cuestiones procesales no previstas en tales normas que correspondan a actuaciones orientadas a la expedición de actos administrativos se aplicarán las disposiciones de la parte primera del Código Contencioso Administrativo y los principios de los procedimientos administrativos."*

En consecuencia, de conformidad con el régimen concursal colombiano de las liquidaciones forzosas administrativas, son de carácter concursal, están gobernadas por el principio de universalidad, y se adelantan por los liquidadores por las disposiciones especiales del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero.

Por lo tanto, la primera fuente interpretativa a la que debe acudir cualquier particular, operador jurídico, autoridad pública o judicial para determinar la toma de decisiones en el marco de un proceso de liquidación forzosa administrativa es el Decreto Ley 663 de 1993, y las normas que lo modifican y reglamentan.

Así las cosas, es importante mencionar que dicho proceso se encuentra gobernado por el principio de universalidad, según el cual todos los activos que conforman el patrimonio del deudor concursado, y todos los sujetos que tienen derecho a reclamar en el proceso liquidatorio, quedan vinculados a dicho proceso de insolvencia, de tal manera que pierden el derecho de ejecución individual, y tienen que hacerse parte del proceso liquidatorio para reclamar sus créditos, ayudar a conformar el pasivo de la entidad, y que se paguen de conformidad con las reglas establecidas en dicho proceso.

Este principio se divide en dos ramificaciones, conocido como el principio de universalidad subjetiva y el principio de universalidad objetiva.

Según el principio de universalidad subjetiva, también conocido como de colectividad o plenitud en materia concursal, todos los que se consideren con derecho a reclamar ante la autoridad en liquidación, están llamados a formar parte del concurso, intervenir en él como único escenario para obtener la satisfacción de sus acreencias, y enfrentar consecuencias legales adversas por el incumplimiento de su carga. El llamamiento se predica de todos los acreedores, cualquiera sea su naturaleza jurídica, la naturaleza jurídica de su obligación, el monto, la clasificación legal que le corresponde y si cuentan o no con garantías.

Por su parte, el principio de universalidad objetiva consiste en que el patrimonio del deudor es prenda común de los acreedores, razón por la cual estos pierden el derecho de ejecución individual y en contraprestación queda dispuesto todo el patrimonio del deudor, no solo una parte de él para la satisfacción de su acreencia.

La expresión en derecho positivo del principio de universalidad subjetiva se puede encontrar en el literal a) del artículo 9.1.1.1. del Decreto 2555 de 2010, el cual establece que el liquidador deberá realizar *"La citación a todas las personas naturales o jurídicas de carácter público o privado que se consideren con derecho a formular reclamaciones de cualquier índole contra la institución financiera en liquidación, a fin de que se presenten con prueba siquiera sumaria de sus créditos, en el lugar que para el efecto se señale (...) El término para presentar las reclamaciones oportunamente, con la advertencia que una vez vencido este, el liquidador no tendrá facultad para aceptar ninguna reclamación, y que las obligaciones no reclamadas y las reclamaciones presentadas en forma extemporánea, que aparezcan debidamente comprobadas en los libros de contabilidad oficiales de la intervenida, serán calificadas como pasivo cierto no reclamado"*.

En consecuencia, todos los acreedores, o todas las personas que se crean con derecho a reclamar en contra de la entidad intervenida, deberán reclamar en el término establecido en dicho decreto, so pena que su obligación sea catalogada en el pasivo cierto no reclamado siempre que dichas deudas aparezcan debidamente comprobadas en los libros de contabilidad oficiales de la entidad intervenida, sin que exista excepción por ser ADRES como quiera que la ley no concede excepciones de ninguna naturaleza, ello iría contrario al derecho fundamental de igualdad, en cuanto que todas las personas naturales o jurídicas recibirán la misma protección y trato de las autoridades, goce de los mismos derechos y sin discriminación por razones de la naturaleza de ADRES (Art 13 de la Constitución Política).

En este sentido, se puede afirmar que, si bien el legislador garantizó el derecho de crédito de todos los reclamantes en el marco de un proceso de liquidación forzosa administrativa, dichos reclamantes tienen la carga procesal de reclamar sus acreencias en el término establecido, con la consecuencia que, si no lo hacen de dicha forma se verán expuestos a las consecuencias determinadas por el ordenamiento jurídico, sistema de principios y reglas procesales, igualdad formal, igualdad ante la ley.

#### 1.4.1. Del Deber de Reclamar

La reclamación es el único acto procesal por el que se reclama la tutela judicial y el único por el cual el acreedor deviene efectivamente en parte y beneficiario del proceso de liquidación. Mediante la reclamación el acreedor de la entidad intervenida solicita que su derecho sea admitido dentro del procedimiento de liquidación forzosa administrativa, y por ende, poder participar de los repartos que efectúe el liquidador con la preferencia que corresponda al crédito, si es el caso.

El término para presentar la reclamación es de 1 mes contado a partir de la publicación del último aviso emplazatorio que realiza el Agente Especial Liquidador, tal y como lo dispone el artículo 9.1.3.2.2. del Decreto 2555 de 2010.

La reclamación del crédito deberá realizarse en compañía de prueba siquiera sumaria del mismo, en la cual se permite acudir a la libertad de medios probatorios para demostrar la existencia del crédito, salvo que la obligación exija un medio de prueba especial como en el caso de los títulos valores.

Mediante el ejercicio del derecho a reclamar, se favorece al acreedor diligente, y en este sentido, el proceso de liquidación forzosa administrativa continúa su marcha sin tener consideración los perjuicios que sufran ciertos acreedores, habida cuenta el bien público que está en juego y el interés de los demás acreedores que no tienen por qué acomodarse al descuido o desidia de sus congéneres, de otra forma no se puede entender el mandato que señala que ***“todas las personas naturales o jurídicas de carácter público o privado que se consideren con derecho a formular reclamaciones de cualquier índole contra la institución financiera en liquidación, a fin de que se presenten con prueba siquiera sumaria de sus créditos”***.

La ley financiera, en principio, no exige a ningún acreedor de presentar la reclamación correspondiente de su derecho en contra de la entidad intervenida, ya sea que se trate de acreedores prendarios, hipotecarios o de cualquier otra naturaleza; para poder participar en el proceso concursal deben necesariamente presentar la reclamación de su crédito; esto tiene como finalidad garantizar la *par contitio creditorum*, pues se persigue que sea un único proceso en el que se ejecuten las obligaciones del deudor, un mismo proceso donde se efectúe la tabla total de graduación de créditos que es otra regla legal distinta a la carga de reclamar, de forma que con el total de lo obtenido en la realización del patrimonio sean cubiertos los créditos en el orden legal.

#### **1.4.2. Solución de Antinomia Respecto del Decreto Ley 663 de 1993, Decreto 2555 de 2010 y el Decreto Ley 1281 de 2002 y la Resolución 574 de 2017**

En el presente caso se presenta una antinomia de tipo parcial – parcial entre lo regulado por la Ley 35 de 1993, el Decreto 663 de 1993 artículo al consagrar el principio de universalidad de los procesos de liquidación forzosa administrativa, el Decreto 2555 de 2010 artículo 9.1.3.2.2. que establece el deber de reclamar de todo aquél que se crea con derecho a reclamar en contra de la entidad intervenida, y el artículo 3 del Decreto Ley 1281 de 2002 que establece la facultad de la ADRES para el reintegro de la UPC apropiada injustificadamente, la cual la faculta para que expida actos administrativos ordenando el reintegro de los recursos y sin necesidad de hacer parte del proceso liquidatorio.

#### **PRINCIPIO DE JERARQUIA**

El principio de Jerarquía Normativa es un pilar fundamental dentro del ordenamiento jurídico, teniendo en cuenta que este permite establecer la importancia de las normas jurídicas dentro del mismo, su aplicabilidad y los criterios para poder solventar las contradicciones entre normas que se llegaren a presentar entre aquellas que fueron expedidas por distintos actores, por ejemplo, una antinomia que se presente entre una Ley expedida por el órgano legislativo, o un Decreto expedido por el poder ejecutivo. Al respecto señala la Corte Constitucional que:

*“12. La unidad del sistema jurídico, y su coherencia y armonía, dependen de la característica de ordenamiento de tipo jerárquico de que se reviste. La jerarquía de las normas hace que aquellas de rango superior, con la Carta Fundamental a la cabeza, sean la fuente de validez de las que les siguen en dicha escala jerárquica. Las de inferior categoría, deben resultar acordes con las superiores, y desarrollarlas en sus posibles aplicaciones de grado más particular. En esto consiste la connotación de sistema de que se reviste el ordenamiento, que garantiza su coherencia interna. La finalidad de esta armonía explícitamente buscada, no es otra que la de establecer un orden que permita regular conforme a un mismo sistema axiológico, las distintas situaciones de hecho llamadas a ser normadas por el ordenamiento jurídico.”<sup>2</sup>*

En este sentido, el principio de jerarquía consiste en la supremacía de una norma determinada respecto de las demás que conforman el sistema normativo, con lo cual se puede señalar que las normas de inferior jerarquía deben respetar el contenido normativo de las normas superiores so pena de verse afectadas por un vicio de nulidad, en el mismo sentido, las normas de superior jerarquía pueden modificar o derogar válidamente las normas de inferior jerarquía.

Ahora bien, respecto de la potestad reglamentaria, es importante traer a colación la aclaración de voto del H. Magistrado Dr. Manuel José Cepeda Espinosa en el marco de la sentencia C-805 del 2001, el cual señala lo siguiente:

*“Teniendo en claro esta particularidad del orden jurídico, es que se comprende que los ministros al aplicar la ley, pueden crear una norma de inferior jerarquía, precisamente para poder ejecutar la ley y el único límite jurídico que tienen son las normas de superior jerarquía, llámense leyes o Constitución.*

*Siendo la potestad reglamentaria un medio para aplicar o ejecutar las leyes, es que consideramos que el ministro tiene el poder, cuando aplica una ley de dictar las normas que sirvan para su aplicación cuando el legislador no las haya dictado y siempre y cuando se respete la ley que se aplica, las otras leyes o la Constitución, que son normas de superior jerarquía.*

<sup>2</sup> Sentencia C-037 del 2000, MP. Vladimiro Naranjo Mesa

*Esta concesión del derecho fue la que me llevo a votar la constitucionalidad de las normas que le permiten a los ministros ejecutar las leyes como órganos encargados de aplicar normas jurídicas, pueden también crear normas de inferior jerarquía a la ley."*

## **PRINCIPIO DE COMPETENCIA**

De conformidad con el principio de competencia las materias objeto de regulación solo pueden ser establecidas, modificadas o extinguidas válidamente por un tipo normativo o por la autoridad que tienen en su cabeza la definición del asunto en discusión, so pena que la norma jurídica expedida sin el cumplimiento de este requisito sea nula.

En este sentido, se puede observar que el numeral 25 del artículo 189 de la Constitución de 1991 establece que *"Corresponde al Presidente de la República como Jefe de Estado, Jefe del Gobierno y Suprema Autoridad Administrativa: (...) Organizar el Crédito Público; reconocer la deuda nacional y arreglar su servicio; modificar los aranceles, tarifas y demás disposiciones concernientes al régimen de aduanas; regular el comercio exterior; y ejercer la intervención en las actividades financiera, bursátil, aseguradora y cualquier otra relacionada con el manejo, aprovechamiento e inversión de recursos provenientes del ahorro de terceros de acuerdo con la ley."*, con lo cual se evidencia que el Presidente de la República en virtud de la distribución de competencias que estableció la Constitución Política de 1991 entre el legislador y el Gobierno Nacional para que el primero fijara criterios generales en dicha materia, y el segundo se encargara de organizarlo, y ejercer la facultad de regular los asuntos necesarios en dicha materia, con los límites advertidos anteriormente.

En caso que una autoridad o un tipo normativo invada las competencias conferidas por la Constitución y por la ley a determinado tipo normativo, violaría el principio de competencia y la función que el texto constitucional ha establecido en cabeza de la autoridad o tipo normativo mencionado.

En consecuencia, cabe resaltar que las leyes marco son expedidas en aspectos relevantes, relacionadas bien sea con su contenido, bien sea con ciertas particularidades en cuanto a su vigencia o al reparto de competencias normativas entre el Gobierno y el Congreso. Consiste la ley marco en una distribución de competencias normativas entre las autoridades anteriormente mencionadas, en la cual corresponde al Congreso establecer los principios, directrices, objetivos o criterios en una determinada materia que deberá ser regulada en detalle por el Gobierno, tal y como sucede con el numeral 19 del artículo 150 de la Constitución Política, y si otra autoridad u otro tipo normativo invade las competencias de la ley marco y de los decretos que lo desarrollan, estarían viciados por inconstitucionalidad o por nulidad respectivamente.

Tal y como fue mencionado anteriormente, existe una antinomia entre lo regulado por el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y el Decreto Ley 1281 de 2002, toda vez que el primero establece el deber de reclamar el crédito en el proceso de liquidación forzosa administrativa para efectos satisfacer el derecho que se encuentra en dicho proceso liquidatorio, y por otra parte, la segunda norma regula el procedimiento de reintegro de recursos apropiados o reconocidos sin justa causa por parte de las EPS, el cual confiere la competencia a la ADRES para determinar dichas cuantías y realizar el cobro utilizando las facultades de cobro coactivo.

En este punto, puede evidenciarse que son dos normas que tienen la misma jerarquía, toda vez que son decretos con fuerza de ley, en virtud de facultades extraordinarias que confirieron al Gobierno Nacional para regular los flujos de caja y la utilización oportuna y eficiente de los recursos del sector salud y su utilización en la prestación de los servicios



de salud a la población del país, y por otra parte, el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero se encuentra establecido por la Ley 35 de 1993, el Decreto Ley 663 de 1993, la Ley 550 de 1999 y el Decreto 2555 de 2010, los cuales obedecen a una distribución de competencias entre el legislativo y el Gobierno Nacional para regular las actividades y los procedimientos allí establecidos, dentro de los cuales está los procesos de liquidación forzosa administrativa.

En este sentido, la Ley 35 de 1993, es la ley marco *“Por la cual se dictan normas generales y se señalan en ellas los objetivos y criterios a los cuales debe sujetarse el Gobierno Nacional para regular las actividades financiera, bursátil y aseguradora y cualquier otra relacionada con el manejo, aprovechamiento e inversión de recursos captados del público y se dictan otras disposiciones en materia financiera y aseguradora”*, la cual fue objeto de regulación por el Gobierno Nacional mediante Decreto Ley 663 de 1993 y el Decreto 2555 de 2010.

En este sentido, es importante traer a colación la sentencia del 10 de octubre de 2019 expedida por la Subsección A, de la Sección 2 del Consejo de Estado, la cual determinó las características de la Ley Marco, las siguientes:

*“Ahora bien, en la tipología normativa acuñada por la doctrina y la jurisprudencia las leyes a que se refería el numeral 76-9 de la Carta anterior corresponden a la categoría de las denominadas “Leyes Marco” o “Leyes Cuadro”, que se han dado en caracterizar por los siguientes rasgos distintivos:*

*1.º El legislador debe circunscribir su actuación a fijar la política, los criterios y los principios que guiarán la acción del ejecutivo al desarrollar la materia que constituye su objeto.*

*2.º Estas leyes limitan la función legislativa del Congreso en cuanto que dicho poder se contrae a trazar las normas generales, a enunciar los principios generales y a dar las orientaciones globales a que debe ceñirse el ejecutivo en la adopción de regulaciones y medidas en los campos específicos de la actividad estatal que constitucionalmente se reservan a esta clase de estatutos normativos; de ahí que su materia escape a la regulación de la ley ordinaria.*

*3.º Para expedirlas o modificarlas se requiere de iniciativa gubernamental, si bien el legislativo decide autónomamente sobre su contenido.*

*4.º En virtud de esta clase de leyes, se deja al Congreso el señalamiento de la política general y al ejecutivo su regulación particular y su aplicación concreta.*

*5.º Revisadas las materias que la reforma de 1968 reservó a este tipo de leyes, como rasgo común todas ellas se refieren a cuestiones técnico-administrativas de difícil manejo; a fenómenos económicos que por su condición esencialmente mutable, exigen una regulación flexible o dúctil que permita responder a circunstancias cambiantes; o a asuntos que ameritan decisiones inmediatas y que, por tanto, resulta inadecuado y engorroso manejar por el accidentado proceso de la deliberación y votación parlamentaria pública.*

*6.º Al Gobierno incumbe concretar la normatividad jurídica que dichas materias reclaman y lo hace por medio de decretos que deben ajustarse a los parámetros o “marcos” dados por el legislador en la respectiva Ley”.*

Adicionalmente, en dicha providencia, se dejó en claro las características de los Decretos expedidos por el Gobierno Nacional para efectos de desarrollar el contenido normativo que

constitucionalmente se encuentra repartido entre el legislador y aquél, para efectos de materializar los postulados normativos de la ley marco, tal y como procedemos a exponer:

*“ Al respecto, esta Corporación precisó el contexto en el que ello puede predicarse, al señalar que los contenidos normativos que se encuentran en las leyes marco tienen la virtualidad de derogar, modificar o sustituir normas anteriores con fuerza de ley, siempre que estas estén referidas a las materias que son objeto de regulación mediante el sistema de leyes marco<sup>38</sup>. En efecto, la Sala Plena del Consejo de Estado señaló:*

*Cabe anotar que esta Corporación ha señalado reiteradamente la fuerza que tienen los decretos expedidos en desarrollo de leyes marco o cuadro para derogar leyes anteriores, siempre que unos y otras se refieran a la misma materia delimitada por la ley marco y que se sujeten a los principios establecidos en ésta. Ha dicho el Consejo de Estado:*

*No obstante, la capacidad ‘legislativa’ y el poder derogatorio de leyes preexistentes que puedan tener los decretos que desarrollan las leyes marco, no son plenos o completos, como los del Congreso, sino condicionados, tanto por el marco jurídico de principios generales trazado por la correspondiente ley, como por las reglas que, dentro del proceso de interpretación sistemática de la institución de las leyes marco han sido deducidas por la jurisprudencia y la doctrina. El Consejero que actúa como Ponente identificó así algunas de esas reglas:*

*Las disposiciones de carácter legislativo contenidas en los reglamentos legislativos tienen la virtualidad de derogar, modificar o sustituir normas preexistentes que tengan fuerza de ley, siempre y cuando ellas se refieran a materias que son objeto de tratamiento legal mediante el sistema de leyes marco; por vía de ejemplo tenemos que un decreto sobre comercio exterior, expedido en desarrollo de la ley marco de comercio exterior podría derogar leyes comunes que se hubieran expedido con anterioridad sobre esta misma materia’.*

*Cuando el ejecutivo desarrolla una ley marco debe prever condiciones, requisitos y otro tipo de disposiciones necesarios para desarrollar aquella, función cuyo ejercicio presenta unos límites más difusos, pues evidentemente no todos los aspectos que a través del reglamento se regulan deben estar indefectiblemente contenidos en la ley, característica que se hace aún más palpable cuando se observa que el contenido normativo legislativo que le sirve de referente se limita a señalar principios, políticas y criterios generales para regular determinada materia.”<sup>3</sup>*

En consecuencia, se puede establecer que de conformidad con el principio de competencia, **las normas jurídicas que regulan el procedimiento de liquidación forzosa administrativa son de aplicación preferente a otro tipo normativo.**

Adicionalmente, es importante mencionar que si un acreedor puede ejecutar sus reclamaciones y derechos por fuera del proceso liquidatorio, vaciaría de competencias al Agente Especial Liquidador para efectos de determinar el pasivo de la entidad, y lo haría sin necesidad de reclamar sus créditos, de contribuir con las pruebas para determinar el pasivo, y sin necesidad de cumplir con las demás cargas procesales con las que sí están obligados los otros acreedores incluidos y excluidos de la masa de la liquidación.

## **5. Del artículo 12 de la Ley 1797 de 2016**

---

<sup>3</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda, Subsección A. Exp (2171-12 y 150115). Consejero Ponente: William Hernández Gómez.

La prelación de créditos en los procesos de liquidación de las Entidades Promotoras de Salud y de las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud, que a su vez es una regla diferente con la carga de reclamar, fue modificado por el artículo 12 de la Ley 1797 de 2016, la cual estableció lo siguiente:

*“En los procesos de liquidación de las Entidades Promotoras de Salud, incluso los que están en curso, e Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud se aplicará la siguiente prelación de créditos, previo el cubrimiento de los recursos adeudados al Fosyga o la entidad que haga sus veces si fuere el caso y los recursos relacionados con los mecánicos de redistribución de riesgo:*

*a) Deudas laborales;*

*b) Deudas reconocidas a Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud. En estas deudas se incluirán los servicios prestados o tecnologías prestadas por urgencias, así no medie contrato. En estos casos la liquidación debe desarrollar la auditoría y revisión de cuentas para su reconocimiento en lo pertinente.*

*c) Deudas de impuestos nacionales y municipales;*

*d) Deudas con garantía prendaria o hipotecaria, y*

*e) Deuda quirografaria.*

De conformidad con lo anteriormente expuesto, se evidencia que se debe aplicar la prelación de créditos establecidos en los literales a), b), c), d), y e), siempre que se realice el previo cubrimiento de los recursos adeudados al Fosyga o a la entidad que haga sus veces y los recursos relacionados con la redistribución del riesgo.

En la Gaceta 720 de 2014 se discutió la necesidad de modificar el régimen de prelación legal de los créditos de las EPS e IPS, señalando la necesidad de pagar al Fosyga los recursos que no pertenecen a la EPS, esto es los recursos que tiene esta entidad a nombre del Fosyga y que los tiene en cuentas separadas, tal y como se protegió en la sentencia T – 696 de 2000, y de conformidad con el artículo 182 de la Ley 100 de 1993.

Por lo tanto, es clara la protección constitucional y legal que se confirieron a los recursos de la seguridad social en salud, en el sentido de obligar a los Agentes Liquidadores de las EPS e IPS cubrir previamente los recursos adeudados a la ADRES y los recursos relacionados con la redistribución del riesgo a la hora de realizar el pago de los créditos objeto de calificación y graduación de la prelación legal.

En consecuencia, la intención del legislador fue la de proteger los recursos de la seguridad social y reforzar la garantía del pago de las acreencias, de tal modo que su satisfacción se realizaría de manera previa al pago de las deudas laborales, con las instituciones prestadoras de servicios de salud, las deudas de impuestos nacionales y municipales, las que tienen garantía hipotecaria o prendaria, y las quirografarias.

No obstante, si bien lo anterior es cierto, dicha norma no estableció que ADRES en este caso concreto o dichas acreencias estuvieran excluidas de la carga procesal de reclamar en el proceso liquidatorio, y que en este sentido, las entidades encargadas de administrar dichos recursos se encuentren exentas de reclamar la titularidad de dichos recursos, de presentar pruebas de sus créditos, y de contribuir a esclarecer las cuentas que tienen entre una parte y otra en el marco del proceso de liquidación forzosa administrativa.

Adicional a lo anterior, es importante mencionar que la ADRES cuenta con facultades legales para determinar la cuantía de los recursos apropiados por la UPC de manera

injustificada, ordenar su reintegro y cobrarlos mediante la facultad de cobro coactivo, con lo cual, tiene plenos poderes para que durante la existencia y normal funcionamiento de las EPS e IPS, determinen dichas cuantías y las cobren mediante la facultad anteriormente mencionada.

Así las cosas, violaría el principio de igualdad de los acreedores, que una entidad con los poderes anteriormente mencionados, adicional a ello, pretenda cobrar las mismas sin presentar pruebas, sin reclamar, y si coadyuvar a esclarecer las cuentas que existen entre la EPS y ella, privilegios que pretende ostentar sin respaldo constitucional o legal.

## **7. Solución del Caso**

La ADRES reclama el reintegro y pago de la suma de ONCE MIL CUATROCIENTOS NOVENTA Y SEIS MILLONES NOVECIENTOS OCHO MIL TRESCIENTOS SESENTA Y UN PESOS CON SESENTA Y TRES CENTAVOS M/CTE (\$ 11.496.908.361,63), la cual se desagrega así:

- Proceso LMA y reintegro de recursos del aseguramiento en el régimen subsidiado \$ 11.203.435.315,63.
- Saldos no compensados en el régimen contributivo \$ 275.624.128.
- Intereses de Mora de Cotizaciones y Rendimientos Financieros de la Cuenta Maestra de Recaudo \$ 17.848.918.

ADRES argumenta que la Resolución No. 008 de 2019 expedida por MANEXKA EPS-I – En Liquidación viola normas superiores, incurre en falsa motivación y en desviación de poder, por no garantizar la destinación específica de los recursos de la salud de conformidad con el artículo 48 de la Constitución de 1991, por no determinar los recursos que se adeudan a ADRES previo la expedición del acto administrativo que determina los bienes, sumas y acreencias excluidos e incluidos en la masa de la liquidación, y al no observar la Resolución 574 de 2017 del Ministerio de Salud, según la cual, es el Agente Especial Liquidador el que tiene que acudir a la ADRES a reintegrar y determinar de manera oficiosa los recursos de la seguridad social en salud.

Tal y como fue mencionado, entre el Decreto Ley 1281 de 2002, y el Decreto 663 de 1993, existe la misma jerarquía normativa, razón por la cual, este criterio no es suficiente para resolver el conflicto normativo que se presenta.

Así mismo, se pudo establecer que el Decreto Ley 663 de 1993, y el Decreto 2555 de 2010, establecen normas jurídicas de aplicación preferente en materia de liquidaciones forzosas administrativas, obligando a toda persona natural, jurídica, pública y privada a presentar la reclamación de sus créditos en el término establecido en el artículo 9.1.3.2.2. del Decreto 2555 de 2010 so pena de ser incluidos en el pasivo cierto no reclamado siempre que dicha acreencia se encuentre reconocida en los estados financieros de la entidad.

Adicionalmente, las anteriores normas fueron expedidas por el Gobierno Nacional en la distribución de competencias realizada por el numeral 25 del artículo 189 de la Constitución Política de Colombia, y el literal d) del numeral 19 del artículo 150 de la carta fundamental, con lo cual, el legislador cumplió su tarea expidiendo la Ley 35 de 1993, y el Gobierno Nacional también reguló las materias que eran de su competencia, mediante el Decreto Ley 663 de 1993, y el Decreto 2555 de 2010, razón por la cual, la distribución de competencias en dicha materia se encuentra respaldada por la Constitución Política de 1991, y otro tipo



normativo no tiene la aptitud de modificar lo establecido en las normas anteriormente mencionadas.

Aunado a lo anterior, el proceso de liquidación forzosa administrativa es un proceso concursal y universal, que tiene por finalidad esencial la pronta realización de los activos y el pago gradual y rápido del pasivo externo a cargo de la respectiva entidad hasta la concurrencia de sus activos, preservando la igualdad entre los acreedores sin perjuicio de las disposiciones legales que confieren privilegios de exclusión y preferencia a determinada clase de créditos.

En consecuencia, si bien los recursos de la seguridad social, deben ser cubiertos de manera previa al pago de los recursos de la masa de la liquidación, de conformidad con el artículo 12 de la Ley 1797 de 2016, esto no obsta a las entidades que administran dichos recursos a reclamarlos en las oportunidades y términos establecidos por el ordenamiento jurídico en el marco de los procesos de liquidación forzosa administrativa.

En el mismo sentido, se pudo evidenciar que ADRES de conformidad con el artículo 3 del Decreto 1281 de 2002, cuenta con la facultad de determinar y ordenar el pago de las sumas apropiadas injustificadamente por los actores del sector salud, mediante el procedimiento administrativo regulado en la Ley 1437 de 2011, tal y como se puede establecerse en la sentencia C – 607 de 2012. Por lo tanto, una vez determinadas las cuantías, tienen la facultad de cobro coactivo para ejecutar dichas obligaciones, e incluso, tienen la facultad para descontar previo al giro que realizan de manera mensual a las EPS e IPS.

Por otra parte, es importante mencionar que se violaría el principio *par conditio creditorum*, en el caso que se permitiera a la ADRES el reintegro de recursos respecto de los cuales no ha reclamado, no ha presentado pruebas, y no ha contribuido a esclarecer, toda vez que considera que se encuentra excluido del proceso de liquidación, y en este sentido, se castigaría de forma injustificada a los acreedores que han ejercido sus derechos en el proceso liquidatorio en los términos señalados por las normas que regulan la liquidación forzosa administrativa. Adicionalmente, si bien ADRES manifiesta que presentó documentos comunicando los recursos que la EPS-I MANEXKA le adeudaba, estos no tienen la virtualidad de convertirse en reclamación oportuna, toda vez que no se realizaron en oportunidad, porque simplemente se limitaron a señalar que se adeudaban unos recursos sin aportar pruebas y siempre dejando en claro que se encuentran excluidos del proceso liquidatorio, tal y como puede evidenciarse de las afirmaciones realizadas en el recurso.

Con fundamento en ellos y en mérito de lo expuesto:

#### **RESUELVE:**

**ARTÍCULO PRIMERO:** Confirmar íntegramente la Resolución No. 008 del 15 de julio de 2019 *“Por medio de la cual se determinan las sumas y bienes excluidos de la masa y de los créditos a cargo de la masa de la liquidación de la Empresa Promotora de Salud Asociación de Cabildos del Resguardo Indígena Zenú de San Andrés de Sotavento Córdoba y Sucre “MANEXKA EPSI” En Liquidación”*.

**ARTÍCULO SEGUNDO:** Notificar el presente acto administrativo a ADRES, a través de su apoderado, Dr. Fabio Rojas Conde, de conformidad con lo establecido en el artículo 4 del Decreto 491 de 2020, y para el efecto, el destinatario tendrá que enviar al correo electrónico [liquidacionmanexka.epsi2017@gmail.com](mailto:liquidacionmanexka.epsi2017@gmail.com), la solicitud de notificación por correo electrónico.

Si no es posible realizar la notificación en los anteriores términos, la misma deberá surtir de conformidad con el artículo 67 de la Ley 1437 de 2011.

En caso que no pueda ejecutarse la notificación personal, esta se realizará de conformidad con los artículos 68 y 69 de la Ley 1437 de 2011.

**ARTÍCULO TERCERO:** Contra el presente acto administrativo no procede recurso alguno.

Dada en Bogotá D.C, a los dieciocho (18) días del mes de septiembre de 2020

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,**



**GILDARDO TÍJARO GALINDO**  
Agente Especial Liquidador  
MANEXKA EPS-I –En Liquidación