

**RECOBROS AL FOSYGA - Pago de intereses moratorios / RECURSOS DENTRO DEL SISTEMA DE SALUD - Actores que intervienen en el flujo de recursos / FOSYGA - Importancia del en el adecuado flujo de recursos de la salud y su deber de cumplir las obligaciones de pago dentro de los plazos fijados, especialmente por recobros de medicamentos y servicios no POS / RECONOCIMIENTO DE INTERESES DE MORA PARA LOS PAGOS DEL SISTEMA DE SALUD - El pago tardío de los recobros presentados al FOSYGA por servicios y medicamentos no incluidos en el POS da lugar al pago de intereses de mora a la tasa establecida para los tributos administrados por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales**

El Ministerio de la Protección Social eleva a la Sala la siguiente consulta: “ 1-¿Es aplicable el artículo 4 del Decreto Ley 1281 de 2002 al pago de recobros por prestaciones de salud no previstas en el Plan Obligatorio de Salud efectuado con posterioridad a los dos (2) meses previstos en las Resoluciones 3797 de 2004, 2993 de 2006 y 3099 de 2008? 2- ¿En caso de no ser aplicable el artículo 4 del Decreto Ley 1281 de 2002 al pago de recobros por prestaciones de salud no previstas en el Plan Obligatorio de Salud efectuado con posterioridad a los tres (3) meses previstos en las Resoluciones 3797 de 2004, 2993 de 2006 y 3099 de 2008, generaría algún tipo de interés? ¿Con fundamento en cuál disposición legal?. La Sala observa que la referida Resolución 3099 de 2008 goza de presunción de legalidad, además de que, como ya se señaló, tanto las Sentencias de Tutela T-760 de 2008 de la Corte Constitucional y de Acción Popular del 21 de febrero de 2007 del Consejo de Estado, le han ordenado al administrador fiduciario del FOSYGA hacer el pago en los plazos establecidos en la regulación vigente. En particular, debe recordarse que en la segunda de tales sentencias, el Consejo de Estado le ordena al administrador fiduciario del FOSYGA que “los trámites de los recobros y las cuentas de cobro se realicen en el tiempo previsto en la resolución 3797 de 2004 -o las que la han adicionado, modificado o derogado-“(numeral 2 parte resolutive). Esa resolución que se cita, corresponde hoy, como se dijo, a la Resolución 3099 de 2008 antes citada o la que en el futuro la modifique o derogue. En esa medida, si el Estado en ejercicio de sus facultades de ordenación y regulación del sistema, ha establecido el plazo para el pago de las obligaciones a cargo del FOSYGA por recobros no POS, necesariamente debería considerarse que vencido dicho término la entidad estará en mora y serán aplicables entonces las consecuencias derivadas de esa situación de incumplimiento, entre otras la generación de intereses moratorios a la tasa prevista en el artículo 4 del Decreto Ley 1281 de 2002. En síntesis, el pago tardío de los recobros presentados al FOSYGA por servicios y medicamentos no incluidos en el Plan Obligatorio de Salud, da lugar al pago de intereses de mora a la tasa establecida para los tributos administrados por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, no sólo porque así se deriva de una lectura sistemática de los artículos 1, 4 y 13 del Decreto Ley 1281 de 2002, sino porque ello se adecua a las finalidades y objetivos mismos del decreto y del sistema de salud en general.

**FUENTE FORMAL:** LEY 100 DE 1993 - ARTICULO 155 / LEY 100 DE 1993 - ARTICULO 156 / LEY 100 DE 1993 - ARTICULO 177 / LEY 100 DE 1993 - ARTICULO 181 / LEY 100 DE 1993 - ARTICULO 215 / LEY 100 DE 1993 - ARTICULO 218 / LEY 100 DE 1993 - ARTICULO 219 / LEY 715 DE 2001 - ARTICULO 111 / LEY 1281 DE 2002 - ARTICULO 1 / LEY 1281 DE 2002 - ARTICULO 4 / LEY 1281 DE 2002 - ARTICULO 13 / LEY 1281 DE 2002 - ARTICULO 15 / CODIGO CIVIL - ARTICULO 1608 / RESOLUCION 3099 DE 2008 - ARTICULO 10 / RESOLUCION 3099 DE 2008 - ARTICULO 11 / RESOLUCION 3099 DE 2008 - ARTICULO 13

**CONSEJO DE ESTADO**

**SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL**

**Consejero ponente: WILLIAM ZAMBRANO CETINA**

Bogotá D.C., diecinueve (19) de agosto de dos mil diez (2010)

**Radicación número: 11001-03-06-000-2010-00086-00(2023)**

**Actor: MINISTERIO DE LA PROTECCIÓN SOCIAL**

**Referencia:** Recobros al FOSYGA. Pago de intereses moratorios. Aplicación Decreto Ley 1281 de 2002

**LA CONSULTA**

El Ministerio de la Protección Social eleva a la Sala la siguiente consulta:

“ 1-¿Es aplicable el artículo 4 del Decreto Ley 1281 de 2002 al pago de recobros por prestaciones de salud no previstas en el Plan Obligatorio de Salud efectuado con posterioridad a los dos (2) meses previstos en las Resoluciones 3797 de 2004, 2993 de 2006 y 3099 de 2008?

2- ¿En caso de no ser aplicable el artículo 4 del Decreto Ley 1281 de 2002 al pago de recobros por prestaciones de salud no previstas en el Plan Obligatorio de Salud efectuado con posterioridad a los tres (3) meses previstos en las Resoluciones 3797 de 2004, 2993 de 2006 y 3099 de 2008, generaría algún tipo de interés? ¿Con fundamento en cuál disposición legal?

Luego de transcribir algunos artículos de las normas citadas en los interrogantes planteados, la entidad consultante señala que existen dos posiciones al respecto:

- La de las entidades que hacen recobros al FOSYGA, quienes consideran que si el FOSYGA hace el pago por fuera del plazo de dos (2) meses previsto en la Resolución 3099 de 2008, se genera a su favor el interés de mora establecido en el artículo 4 del Decreto Ley 1281 de 2002, esto es el que se aplica para los tributos administrados por la DIAN;

- La del Ministerio de la Protección Social, que considera que el artículo 4 del Decreto Ley 1281 de 2002 no cubre los recobros al FOSYGA, razón por la cual no se causa el interés moratorio allí previsto; además, a su juicio, el vencimiento de los plazos para el pago señalados en las citadas resoluciones ministeriales, no da lugar a la mora, menos aún a la tasa prevista en el decreto 1281 de 2002 que no admite aplicaciones analógicas.

**CONSIDERACIONES**

## 1. Aspectos preliminares

### 1.1 Sobre los actores que intervienen en el flujo de recursos dentro del sistema de salud.

Previamente a abordar el estudio del Decreto 1281 de 2002, es necesario recordar de manera general las entidades e instituciones públicas y privadas que en mayor medida intervienen en el flujo de recursos del sistema de salud, pues es a todas ellas a quienes, como se verá, se dirige el contenido material del referido decreto.

En primer lugar, el Artículo 155 de la Ley 100 de 1993 señala cuáles son los organismos de administración y financiación del sistema de salud:

*“Artículo 155. Integrantes del Sistema General de Seguridad Social en Salud. El Sistema General de Seguridad Social en Salud está integrado por:*

#### *2. Los Organismos de administración y financiación:*

- a) Las Entidades Promotoras de Salud;*
- b) Las Direcciones Seccionales, Distritales y Locales de salud;*
- c) El Fondo de Solidaridad y Garantía.”*

Las *Entidades Promotoras de Salud* tienen a su cargo la afiliación de los usuarios y la administración de la prestación de los servicios, bien directamente, bien mediante la contratación de Instituciones Prestadoras de Salud (Artículo 156-e de la Ley 100 de 1993). A ellas les corresponde el registro de los afiliados y el recaudo de sus cotizaciones, por delegación del Fondo de Solidaridad y Garantía, debiendo girar la diferencia entre los ingresos por cotizaciones de sus afiliados y el valor de las correspondientes Unidades de Pago por Capitación al Fondo de Solidaridad y Garantía (Art.177 ibídem). Las Entidades Promotoras de Salud podrán ser privadas o públicas según la enumeración contenida en el artículo 181 de la misma Ley 100 de 1993.

Por su parte, *las Direcciones Seccionales, Distritales y Locales de Salud* tienen a su cargo la Administración del Régimen Subsidiado, a cuyo efecto les corresponde suscribir los contratos de administración del subsidio con las Entidades Promotoras de Salud que afilien a los beneficiarios del subsidio. Para tal efecto reciben recursos del Fondo de Solidaridad y Garantía y los que el subsector oficial de salud destine para el efecto (Art.215 Ley 100 de 1993).

Finalmente, en cuanto al *Fondo de Solidaridad y Garantía*, el artículo 156 ibídem establece que en él recae la responsabilidad del recaudo de las cotizaciones del Sistema General de Seguridad Social-Fondo de Solidaridad y Garantía, sin perjuicio de la delegación que haga de esa función en las Entidades Promotoras de Salud (literal e); y señala que su objeto será garantizar la compensación entre personas de distintos ingresos y riesgos y la solidaridad del Sistema General de Seguridad Social en Salud, cubrir los riesgos catastróficos y los accidentes de tránsito y demás funciones complementarias señaladas en esta Ley (literal l). Así mismo, como se mencionó, le corresponde concurrir en la financiación del régimen subsidiado (literal j).

Ahora bien, la Ley 100 de 1993 crea el Fondo de Solidaridad y Garantía como una cuenta adscrita al Ministerio de Salud, que se manejará por encargo fiduciario, sin personería jurídica ni planta de personal propia (art. 218). La estructura del Fondo

queda definida en el artículo siguiente, de acuerdo con las funciones que le son asignadas:

*"Artículo 219. Estructura del Fondo. El Fondo tendrá las siguientes subcuentas independientes:*

- a) De compensación interna del régimen contributivo;*
- b) De solidaridad del régimen de subsidios en salud;*
- c) De promoción de la salud;*
- d) Del seguro de riesgos catastróficos y accidentes de tránsito, según el artículo 167 de esta Ley."*

A través de tales cuentas, el FOSYGA atiende, entre otros muchos conceptos, los recobros por medicamentos y servicios no incluidos en el Plan Obligatorio de Salud<sup>1</sup>, respecto de los cuales la jurisprudencia ha señalado que no deben ser asumidos por las Empresas Promotoras de Salud<sup>2</sup>, sino por el sistema general de salud a partir del principio de solidaridad.

Alrededor de estas entidades que tienen funciones de administración y financiación del sistema, existen otras que interactúan en el flujo de recursos del sector, como las Instituciones Prestadoras de Salud (públicas, privadas y mixtas) y las Empresas Sociales del Estado, entre otras, que o bien son destinatarias directas de recursos, o bien reciben pagos y reembolsos por los servicios de salud prestados a los usuarios.

Como pasa a revisarse más adelante, el Decreto 1281 de 2002 busca que todas las entidades e instituciones del Sistema de Salud, cumplan unos principios de oportunidad y eficiencia, a partir de los cuales puedan contar en tiempo con los recursos a que tienen derecho (según corresponda), de manera que el servicio final de salud a los usuarios no se vea afectado por causa de retrasos en su pago.

## **1.2 Sobre la importancia del FOSYGA en el adecuado flujo de recursos de la salud y su deber de cumplir las obligaciones de pago dentro de los plazos fijados, especialmente por recobros de medicamentos y servicios no POS.**

Dos decisiones judiciales de trascendental importancia en el ámbito de la Salud se han referido al papel que juega el FOSYGA en el adecuado flujo de recursos en el sistema de salud y, de manera particular, al derecho de las EPS a obtener un pago oportuno y eficiente de sus recobros por servicios y medicamentos no POS. En ambas se han emitido órdenes específicas en ese sentido, que por la naturaleza de los procesos que le dieron origen, deben ser tenidas en cuenta en cualquier evaluación de la materia.

Por una parte, en el curso de la acción popular iniciada directamente contra el FOSYGA por los retrasos en sus pagos, el Consejo de Estado en Sentencia del 21 de febrero de 2007<sup>3</sup> advirtió que esa situación viola los derechos colectivos a la

<sup>1</sup> Estos pagos se hacen con cargo a las subcuentas de solidaridad y compensación del FOSYGA. Ver acuerdos anuales de presupuesto del FOSYGA aprobados por el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud: Acuerdo 376 de 2007 (aprobación del presupuestos del 2008), Acuerdo 405 de 2008 (aprobación del presupuesto 2009); para el 2010 Resolución 5435 de 2009 del Ministerio de la Protección Social.

<sup>2</sup> Sobre este derecho de recobro puede verse especialmente la Sentencia T-760 de 2008.

<sup>3</sup> Sección Tercera, M.P. Enrique Gil Botero, exp. 25000-23-25-000-2005-00355-01(AP). El accionante buscaba que por medio de la acción popular se ordenara modificar el procedimiento de recobro, pues alegaba que su complejidad impedía el giro oportuno de los recursos a las entidades beneficiarias. El Consejo de Estado consideró que el procedimiento era razonable y ponderaba adecuadamente el interés público y privado,

salubridad y seguridad públicas y, en especial, el derecho a una prestación eficiente y oportuna del servicio de salud:

*“La Sala encuentra que al actor le asiste la razón, pues el retraso del FOSYGA en tramitar las reclamaciones y hacer el pago de las cuentas, amenaza por lo menos, los derechos colectivos, porque la mora en el pago tiene un efecto natural sobre el sistema, como quiera que no es igual contar a tiempo y regularmente con los recursos destinados a atender los pacientes del sistema, que imponerle a las entidades promotoras de salud la carga de financiarlo, más allá de lo que razonablemente se previó, cuando se expidieron las normas que lo crearon.*

*La amenaza y el riesgo a que se expone el sistema de seguridad social, en la parte que corresponde financiar al FOSYGA, se acredita, suficientemente, con la mora en el trámite y posterior pago de muchas facturas de recobro, lo cual ha quedado demostrado en este proceso hasta la saciedad.*

*En este sentido, si bien el retardo no atenta contra la moralidad administrativa, según se dijo en el numeral anterior, sin duda sí se amenaza y pone en peligro el acceso al servicio de salud, a la seguridad y salubridad pública, y sobre todo, a que su prestación sea eficiente y oportuna, pues no es igual que las EPS cuenten, puntualmente, con los recursos que han invertido en los pacientes financiados por el FOSYGA, a que el dinero tarde hasta un año o dos en recuperarse. Este hecho estimula la ineficiencia del servicio de salud, sobre todo porque las empresas que actualmente prestan servicios públicos, han entrado en la lógica de que la eficiencia financiera y la utilidad forman parte de los principios gerenciales con los cuales opera el sistema completo.*

*En este sentido, la Sala hace propio el concepto del Ministerio Público, para quien cualquier falla o falta de eficiencia en los procedimientos diseñados, puede llevar al colapso del sistema. Por ejemplo, un retraso injustificado y sistemático en la auditoría y pago de los recobros por medicamentos no Pos y fallos de tutela, acumulando altas cifras por pagar, puede provocar un desmedro económico para las EPS y ARS que, a su vez, comprometan su capacidad financiera, y por ende su eficiencia, e inclusive su viabilidad, afectándose de esa manera el acceso a la infraestructura de salud. Lo anterior, agregó, pone en peligro la sostenibilidad del sistema y, por consiguiente, el derecho colectivo al acceso a la infraestructura de los servicios públicos que garantice la salubridad pública y a que su prestación sea eficiente y oportuna”.<sup>4</sup> (se subraya)*

---

pero entendió que la demora y el incumplimiento de los plazos para el pago sí afectaba la eficiencia del sistema y los derechos de los actores y usuarios del servicio.

<sup>4</sup> En ese sentido, no consideró suficientes las posibles justificaciones de retraso en el pago, frente a las cuales el Consejo de Estado señaló: “De hecho, en los servicios públicos sometidos a la competencia y al mercado, es apenas natural que las fuentes de recursos, y de pagos, y sobre todo la eficiencia en los mismos, tenga una incidencia decisiva en el buen comportamiento del sistema en su conjunto, de manera que es desacertado afirmar, como se dijo en algunos alegatos de conclusión, por parte de las demandadas, que las ESP tienen otras fuentes económicas que integran su patrimonio, lo cual evita que se paralice el sistema.(...) De manera que el Estado no puede defenderse aduciendo que pese a que incumple sus obligaciones, el acreedor tiene otras fuentes de ingresos para atenderlas y soportarlas en su nombre, pues es una mala estrategia hacer pesar sobre éstos la carga de realizar esfuerzos adicionales para cubrir su propia responsabilidad. De la misma manera, el exceso de trabajo y el gran número de cuentas que se presentan ante el FOSYGA, no es excusa válida para dejar de cumplir los términos de respuesta y pago de las cuentas que se le entreguen, pues para esto las entidades tendrán que adecuar, de mejor manera y con mayores esfuerzos, de ser necesario, para ajustarse a la dinámica del sector de la seguridad social. En este orden de ideas se ordenará, en la parte resolutive, que los trámites de las cuentas se hagan en tiempo oportuno, para las que se presenten en adelante”.

Conforme a lo anterior, el Consejo de Estado ordenó que los recobros por servicios y medicamentos no POS sean pagados por el FOSYGA dentro del plazo previsto en la normatividad vigente para ello:

**“SEGUNDO:** *Ordénase al MINISTERIO DE LA PROTECCIÓN SOCIAL y al CONSORCIO FISALUD conformado por FIDUCOLOMBIA S.A., Fiduciaria La PREVISORA S.A. y FIDUCAFE S.A., o a quien ejerza sus funciones, que los trámites de los recobros y las cuentas de cobro se realicen en el tiempo previsto en la resolución 3797 de 2004 -o las que la han adicionado, modificado o derogado-, tratándose de procedimientos administrativos que se inicien a partir de la fecha.”*

Dicha resolución y las que posteriormente la han modificado, establecen un plazo de dos meses para el pago, tal como se analizará en la parte final de este concepto. Basta por ahora tener presente la reconvención que se hace el FOSYGA para observar dicho plazo y facilitar el adecuado flujo de recursos de la salud.

De otra parte, la Sentencia T-760 de 2008, que abordó los problemas que presenta el servicio de salud desde el punto de vista de los derechos fundamentales y que impartió diversas órdenes para facilitar su resolución<sup>5</sup>, identificó como una de sus principales causas, la demora del FOSYGA en la tramitación oportuna de los recobros por prestaciones y medicamentos no cubiertos por el Plan Obligatorio de Salud:

*“La disponibilidad de los recursos necesarios para asegurar la prestación de los servicios de salud supone la obligación de que tales recursos existan, no se asignen a fines distintos al de asegurar el goce efectivo del derecho a la salud y se destinen a la prestación cumplida y oportuna de los servicios requeridos por las personas. Esta última obligación implica pues, garantizar el adecuado flujo de los recursos, lo cual es necesario para asegurar que toda persona goce efectivamente del más alto nivel posible de salud, dadas las condiciones presupuestales, administrativas y estructurales existentes. El flujo de recursos es importante tanto hacia los prestadores de servicios de salud (IPS) como hacia los aseguradores (EPS). Actualmente, como se vio, se han adelantado algunos esfuerzos para asegurar el flujo oportuno de recursos hacia las IPS, por lo que la Corte no adoptará en la presente sentencia medidas en este aspecto. Sin embargo, en cuanto al flujo de recursos hacia las EPS actualmente no se han adoptado medidas que garanticen su oportunidad, por ejemplo mediante la garantía del reembolso oportuno de los recursos que estas entidades deben invertir en atender a sus usuarios al autorizar servicios no incluidos en el Plan de Beneficios, pero autorizados por el CTC u ordenados en fallos de tutela.”*

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

---

<sup>5</sup> La sentencia contiene diversas órdenes tendientes a solucionar los problemas estructurales del sistema de salud, tales como, la unificación de prestaciones en los regímenes contributivo y subsidiado; la revisión y actualización periódica del POS; la revisión de los procedimientos de recobro, etc.

Consecuencia de lo anterior, en la parte resolutive de la Sentencia se imparte una orden similar a la que había dado el Consejo de Estado, en relación con el deber del FOSYGA de cumplir oportunamente los pagos a su cargo por cobros de servicios no POS:

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

(...)

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

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

Como se observa entonces, tanto el Consejo de Estado como la Corte Constitucional coinciden en que las Empresas Promotoras de Salud tienen derecho a que los cobros ante el FOSYGA por servicios y medicamentos no POS sean tramitados de forma oportuna y eficiente dentro de los plazos establecidos en las propias resoluciones que ha expedido el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, a las que se referirá la Sala más adelante.

Con este contexto, pasa a revisarse el alcance del Decreto 2181 de 2002 al que se refiere la consulta.

## **2. Análisis del Decreto 1281 de 2002 que origina la consulta**

### **2.1. Antecedentes del decreto**

El Decreto Ley 1281 de 2002, por el cual se expiden las normas que regulan los flujos de caja y la utilización oportuna y eficiente de los recursos del sector salud y su utilización en la prestación, fue dictado por el Gobierno Nacional con fundamento en las facultades extraordinarias concedidas en el artículo 111 de la Ley 715 de 2001<sup>6</sup>, el cual dispone lo siguiente:

---

<sup>6</sup> “Por la cual se dictan normas orgánicas en materia de recursos y competencias de conformidad con los artículos 151, 288, 356 y 357 (Acto Legislativo 01 de 2001) de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones para organizar la prestación de los servicios de educación y salud, entre otros.”

*“Artículo 111. Facultades extraordinarias. Concédase precisas facultades extraordinarias al Presidente de la República por el término de seis (6) meses, para: (...)*

*111.4. Otórgase precisas facultades extraordinarias al Gobierno Nacional para que en el término de seis meses contados desde la vigencia de la presente ley expida normas que regulen 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.”*

Este numeral en particular, fue declarado exequible por la Corte Constitucional en Sentencia C-1028 de 2002, en la que se destacó su relación con el artículo 107 de la misma ley, el cual ordena al Gobierno adoptar mecanismos técnicos y jurídicos orientados a la optimización del flujo de caja del Sistema General de Seguridad Social en Salud y a impedir su indebida apropiación o retención *por cualquiera* de los actores que participan de él:

*“En efecto, conforme a lo dispuesto en el artículo 42.7 de la Ley 715 de 2001, corresponde a la Nación la vigilancia y control del manejo y la destinación de los recursos del Sistema General de Participaciones en Salud y del Sistema General de Seguridad Social en Salud, sin perjuicio de las competencias de las entidades territoriales en la materia, recursos que son transferidos y girados en los términos de los artículos 53 y 64 del citado ordenamiento legal. Además, conforme a lo dispuesto en el artículo 107 ibidem, el Gobierno Nacional debía adoptar en los seis meses siguientes a la vigencia de la ley los mecanismos jurídicos y técnicos conducentes a la "optimización del flujo financiero de los recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud que prevengan o impidan su desviación, indebida apropiación o retención por parte de cualquiera de los actores partícipes o intermediarios del sistema".*

*Además, según los antecedentes legislativos el otorgamiento de facultades extraordinarias para la regulación de los flujos de caja en el sector de la salud, fue solicitado por el Ministro del ramo en atención a que "los recursos se diluyen en el tiempo y llegan a las entidades receptoras en un término superior a un año". De modo, que la regulación del flujo de caja a que alude el numeral 111.4 del artículo 111 que se examina apunta a la implementación por parte del Gobierno de un procedimiento que garantice financieramente la viabilidad del sistema de seguridad social en salud, y por ende, la prestación efectiva de los servicios correspondientes, precaviendo la apropiación o retención indebidas de los recursos destinados a este fin.”<sup>7</sup>*

---

<sup>7</sup> En la misma sentencia, la Corte señaló qué debía entenderse por “flujos de caja” y estableció que para su organización en el sector salud el Gobierno Nacional podía recibir facultades extraordinarias con un amplio margen de regulación: “Tal como lo explican los intervinientes, técnicamente el flujo de caja es un sistema que reporta no sólo la procedencia de los recursos sino también su destino final mostrando los cambios que se presentan en las diferentes cuentas de balance en un período determinado, de manera tal que a través de este sistema se puede determinar con gran claridad la fuente de los respectivos recursos y como se han utilizado los mismos, lo que a la postre permite garantizar un conocimiento total de la verdadera situación financiera de una entidad determinada. Así mismo, de conformidad con lo regulado en el Decreto 2649 de 199 el flujo de caja es definido como uno de los estados financieros básicos que las empresas deben preparar y presentar al final de cada período contable junto con el balance general, el estado de resultados, el estado de cambios en la situación financiera (flujo de fondos) y el estado de cambios en el patrimonio (flujo de caja y proyecciones financieras). De este modo, el flujo de caja permite garantizar que los flujos de dinero que se encuentran destinados al sector salud, ingresen efectivamente a las instituciones prestadoras de los servicios de salud para las cuales han sido destinados, pues si tales recursos no son girados oportunamente a sus destinatarios estas no podrían prestar efectivamente sus servicios, incumpliendo de esta forma con el artículo



## **2.2. Contenido y alcance del Decreto 1281 de 2002, en particular del artículo 4 que establece el reconocimiento de intereses de mora para los pagos del sistema de salud.**

Ahora bien, el Decreto 1281 de 2002 que, como se dijo, tiene por objeto regular los flujos de caja de los recursos del sector salud, consagra en su primer artículo unas reglas de *eficiencia y oportunidad* que se definen de la siguiente manera:

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

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

En primer lugar se puede señalar que esta disposición tiene carácter incluyente pues se refiere de manera abierta y general a *todas las entidades, instituciones y personas* que intervienen en la generación, recaudo, presupuestación, giro, administración, custodia o protección y aplicación de los recursos del sistema de salud; comprende por tanto, a todos los agentes públicos y privados que participan activamente en el flujo de recursos del sistema de salud, de manera que unos y otros quedan sometidos a los parámetros de eficiencia y oportunidad, tanto en los deberes que éstos imponen, como en el *derecho* a recibir el pago oportuno de las sumas debidas por los demás participantes.

En ese contexto, el FOSYGA no estaría excluido del ámbito general que establece el artículo 1 en cita, puesto que, conforme se señaló, tiene a su cargo funciones de recaudado, administración y distribución de recursos del sistema de salud, cuyo impacto en el adecuado funcionamiento de éste ha sido advertido en las sentencias citadas en la parte inicial de este concepto.<sup>8</sup>

Ahora bien, el artículo 4 que origina la consulta, establece lo siguiente en relación con las obligaciones del sistema de salud cuyo pago tardío da lugar al reconocimiento de intereses de mora a la misma tasa establecida para los tributos administrados por la DIAN:

**Artículo 4°. Intereses moratorios.** *El incumplimiento de los plazos previstos para el pago o giro de los recursos de que trata este decreto, causará intereses moratorios a favor de quien debió recibirlos, liquidados a la tasa de interés*

---

49 de la Carta que expresamente garantiza a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud.“

<sup>8</sup> Para recordar, en la Sentencia T-760 de 2008 de la Corte Constitucional se dijo: “La garantía del derecho a la salud obedece a la actuación organizada, planeada y eficaz de los diferentes actores, públicos y privados, de los cuales depende el respeto, la protección y el cumplimiento de las obligaciones derivadas de este derecho. En tal sentido, el incumplimiento de los mismos suele tener impacto en el Sistema y no sólo en un caso particular.”

*moratorio establecida para los tributos administrados por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales.*

Como se observa, esta disposición goza también de cierta amplitud al señalar de manera abierta que el interés de mora se generará por el incumplimiento de los plazos previstos para *“el pago o giro de recursos de que trata este Decreto”*; conforme a ello bastará entonces que se trate de un pago o giro de recursos del sistema de salud regulado en el mismo Decreto, para que se aplique la tasa de interés moratoria allí prevista.

En cuanto a su finalidad, el artículo 4 cumple una función tanto disuasiva de retrasos injustificados (que es una anomalía que afecta la prestación del servicio), como retributiva por la inmovilización de los recursos de capital pagados por fuera de tiempo a los actores del sistema de salud. De esta forma, refuerza el derecho de todos los actores a recibir oportunamente los pagos a su favor de cualquier entidad, institución o persona obligada a ello dentro del propio sistema de salud, de acuerdo con los mandatos de eficiencia y oportunidad antes citados (art.1).

En este orden, para responder el primer interrogante de la consulta habría que determinar si los recobros al FOSYGA en razón de prestaciones de salud o medicamentos no cubiertos por el POS son *tratados* en el mismo Decreto 1281 de 2002. Si ello es así, dichos pagos estarán sujetos a los intereses de mora regulados en el citado artículo 4; de lo contrario, habrían quedado por fuera de su ámbito de aplicación.

Pues bien, al revisar los restantes artículos de este decreto se observa que en él se regulan diversos tipos de pagos y giros, como los que se refieren a las cuentas presentadas por las Instituciones Prestadoras de Salud a otros actores del sistema (art.7); las compensaciones entre el FOSYGA y las EPS por razón de las cotizaciones y las Unidades de Pago por Capitación (arts. 8 y 9); y los flujos de caja del régimen subsidiado (arts. 10 a 12).

Adicionalmente, el Capítulo IV trata en general de los recursos del Fondo de Solidaridad y Garantía y, particularmente, el artículo 13 se refiere a *cualquier tipo de pago o reclamación con cargo a recursos administrados por el FOSYGA*:

#### **“CAPITULO IV Recursos del Fosyga**

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

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

Así que al *tratar* este artículo de manera general *cualquier tipo de cobro o reclamación* que deba atenderse con recursos de las diferentes subcuentas de

dicho Fondo, incluyó de suyo los diversos componentes de las mismas, uno de los cuales, como se dijo, es el recobro por medicamentos y servicios no POS.

Por tanto, fuerza concluir al tenor del artículo 4 del Decreto 1281 de 2002, en concordancia con los artículos 1 y 13 del mismo, que los recobros al FOSYGA por prestaciones no POS quedaron sujetos a la tasa de interés moratorio establecida para los tributos administrados por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales.

La amplitud de estas normas no permitiría afirmar, a juicio de la Sala, que la referida tasa de mora esté reservada a favor, únicamente, de las entidades estatales que participan en el sistema o que se limitó a las deudas entre las entidades e instituciones privadas con exclusión de las públicas. Unas y otras, están obligadas a facilitar el flujo de recursos de la salud y, respecto de todas ellas, el interés de mora a la tasa señalada en el artículo 4 deberá cumplir su función de apremio de los pagos y giros debidos por los diversos actores del sistema, inclusive cuando el deudor es el propio Estado a través del Fondo de Solidaridad y Garantía.

Nótese además, que dentro de las medidas que el artículo 15 *ibídem* trae para la protección de los recursos del FOSYGA<sup>9</sup>, no aparece ninguna regla de favor o de exclusión para esa entidad, respecto de la generación de intereses moratorios en los casos de retardo conforme se deriva de las disposiciones que se han citado.

En síntesis, el pago tardío de los recobros presentados al FOSYGA por servicios y medicamentos no incluidos en el Plan Obligatorio de Salud, da lugar al pago de intereses de mora a la tasa establecida para los tributos administrados por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, no sólo porque así se deriva de una lectura sistemática de los artículos 1, 4 y 13 del Decreto Ley 1281 de 2002, sino porque ello se adecua a las finalidades y objetivos mismos del decreto y del sistema de salud en general.

---

<sup>9</sup> “**Artículo 15. Protección de los recursos del Fosyga.** Sin perjuicio de las directrices que impartan el Ministerio de Salud y el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, corresponde al administrador fiduciario del Fosyga adoptar todos los mecanismos a su alcance y proponer al Ministerio de Salud y al Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud los que considere indispensables para proteger debidamente los recursos del Fosyga, con el fin de evitar fraudes y pagos indebidos.

En los trámites de cobro o reclamación ante el Fosyga no se aceptarán intermediarios, salvo los casos de poder debidamente otorgado y reconocido a profesionales del derecho.

Los giros o pagos siempre se efectuarán directamente al beneficiario debidamente identificado, localizado y, en lo posible, a través de cuentas a nombre de éstos en entidades vigiladas por el Superintendencia Bancaria.

En los trámites de cobro o reclamación ante el Fosyga sólo se aceptarán fotocopias como soporte, cuando no sea posible aportar el original y la simple fotocopia no genere duda sobre la veracidad de los hechos a ser demostrados con ella.

Las compañías de seguros que cuenten con el ramo de seguro obligatorio de accidentes de tránsito, SOAT, reportarán de manera permanente la información requerida por el administrador fiduciario del Fosyga en los términos y condiciones que establezca el Ministerio de Salud. Igualmente, cuando una reclamación deba ser asumida por la compañía aseguradora y por la subcuenta ECAT del Fosyga, el administrador fiduciario del Fosyga tramitará el pago que le corresponda al fondo una vez demostrado el reconocimiento de la parte correspondiente a la aseguradora.”

Por lo mismo, al existir norma expresa sobre la tasa de interés moratorio aplicable a esta materia, no resultaría pertinente acudir a la tasa de interés del Código Civil que ha sido utilizada en algunas ocasiones por la jurisprudencia del Consejo de Estado cuando no existe disposición legal aplicable<sup>10</sup>.

Cabe decir finalmente que esta solución legislativa de someter a todos los actores del sistema de salud, tanto públicos como privados, a la misma tasa de interés moratorio en caso de retraso, sigue la orientación jurisprudencial que ha considerado que en las relaciones monetarias del Estado con los particulares, el incumplimiento de unos y otros en relación con una misma obligación debe recibir el mismo trato, en virtud de los principios de igualdad, buena fe y garantía del patrimonio de los particulares; por tanto, si en una determinada relación jurídica el Estado puede cobrar cierta tasa de interés por el retardo, no hay razón para no reciba ese mismo trato frente a sus propios incumplimientos.<sup>11</sup>

Así, por ejemplo, en la Sentencia C-188 de 1998<sup>12</sup>, la Corte Constitucional consideró que cuando el Estado concilia o es condenado al pago de una suma líquida de dinero, debe reconocer intereses moratorios de la misma forma que lo exige del particular que incumple sus obligaciones con el Estado:

*“Para la Corte es claro que el principio de igualdad y la equidad imponen que en estos casos las dos partes reciban igual trato, sin que se justifique en modo alguno que mientras el Estado cobra a los contribuyentes intereses moratorios cuando ellos no pagan a tiempo los impuestos, y ello a partir del primer día de retardo en el pago, las obligaciones en mora a cargo del Estado deban forzosamente permanecer libres de la obligación de cancelar dichos réditos durante seis meses,*

---

<sup>10</sup> Por ejemplo, Sentencia del Consejo de Estado, Sección Cuarta, del veintinueve (29) de abril de dos mil diez (2010): “Ante la ausencia de norma expresa que determine los intereses que proceden y la forma cómo se deben liquidar, en materia de devolución de pagos en exceso por contribución de valorización se deberá aplicar la norma general que regula el tema, esto es, el artículo 1617 del Código Civil.” Igualmente, sentencias de la Sección Tercera del Consejo de Estado del 19 de julio de 2000 y 21 de febrero y 12 de septiembre de 2002, entre otras.

<sup>11</sup> Además, en el derecho comparado, existe también una tendencia a dictar normas que aseguren el pago oportuno de las obligaciones dinerarias, tanto de particulares como del Estado, con el fin de que el deudor público o privado, no obtenga una liquidez adicional a expensas del acreedor; se busca erradicar las causas por las cuales la morosidad puede resultar económicamente ventajosa para los deudores, incluso cuando estos son entidades públicas. En la medida que la morosidad puede afectar la viabilidad financiera de sectores económicos enteros, se establecen plazos perentorios para el pago e intereses moratorios altos que cumplan una función disuasoria. Puede revisarse, por ejemplo, la Directiva 2000/35/CE del Parlamento Europeo, que en sus consideraciones señala: “La morosidad constituye un incumplimiento de contrato que se ha hecho económicamente provechoso para los deudores en la mayoría de los Estados miembros a causa de los bajos intereses aplicados a los pagos que incurren en mora y/o de la lentitud de los procedimientos de reclamación (...) La presente Directiva debe regular todas las operaciones comerciales con independencia de si se llevan a cabo entre empresas públicas o privadas o entre éstas y los poderes públicos, teniendo en cuenta que estas últimas realizan pagos de un volumen considerable a las empresas”. Así, en su artículo 1 se establece: “A efectos de la presente Directiva, se entenderá por: 1) “operaciones comerciales”: las realizadas entre empresas o entre empresas y poderes públicos que den lugar a la entrega de bienes o a la prestación de servicios a cambio de una contraprestación; “poderes públicos”: toda autoridad o entidad contratante tal como se define en las directivas sobre contratación pública”. También puede verse la Ley 3 de 2004 de España que hace la transposición de la referida directiva al derecho interno, igualando los tipos de interés de mora para los particulares y la Administración. En la doctrina puede verse: PERE J. Brachfield, La lucha contra la morosidad, Ed. Gestión 2000, Barcelona, 2006.; también SORIANO, José Eugenio. La lucha contra la morosidad y contratación administrativa, Iustel, Madrid, 2006, entre otros.

<sup>12</sup> Se demandaba el siguiente aparte del artículo 72 de la Ley 446 de 1998, en el cual se daba un plazo de 6 meses desde la conciliación, antes de que iniciara el pago de intereses de mora: Las cantidades líquidas reconocidas en el acuerdo conciliatorio devengarán intereses comerciales durante los seis (6) meses siguientes al plazo acordado para su pago y moratorios después de este último.” La Corte Constitucional hizo unidad normativa con el siguiente aparte del artículo 177 del C.C.A.: “Las cantidades líquidas reconocidas en tales sentencias devengarán intereses comerciales durante los seis (6) meses siguientes a su ejecutoria y moratorios después de este término”.

*con notorio perjuicio para los particulares que han debido recibir oportunamente los recursos pactados. Durante ese tiempo, el dinero no recibido por el acreedor pierde poder adquisitivo y no existe razón válida para que esa pérdida la deba soportar el particular y no el Estado, que incumple.*

*Es evidente la vulneración del artículo 13 de la Constitución Política, toda vez que, con independencia de si el deudor es el gobernado o el ente oficial, el hecho es el mismo; la circunstancia es equivalente; el daño económico que sufre el acreedor por causa de la mora es idéntico; y las obligaciones asumidas por las entidades públicas no tienen alcance jurídico diverso de las que están a cargo de las personas privadas.”*

Este criterio aparece reiterado posteriormente, en la Sentencia C-892 de 2001 sobre pago de intereses de mora en la contratación estatal, en la cual se indicó además, que el instituto resarcitorio de la mora aplicado al Estado, se deriva directamente del principio constitucional de reparación integral previsto en el artículo 90 de la Constitución Política:

*“Bajo el actual esquema, a partir de la consagración constitucional del principio de responsabilidad patrimonial del Estado (C.P: art. 90), la obligación de pagar intereses de mora encontró un evidente respaldo jurídico. Sobre el punto, la Corte Constitucional, en reciente pronunciamiento, tuvo oportunidad de señalar que la obligación de la Administración de pagar intereses de mora desarrolla el principio constitucional de la igualdad, materializado en el derecho de los particulares a recibir un mismo tratamiento jurídico frente al incumplimiento de la administración en el pago de sus obligaciones.”<sup>13</sup>*

Y, en Sentencia C-965 de 2003, la Corte Constitucional señaló lo siguiente con apoyo en las providencias que se acaban de citar:

*“4.2. En dichos pronunciamientos, y en sentido opuesto a lo esgrimido por el actor, la Corte consideró que el reconocimiento de este tipo de intereses por cuenta de las entidades estatales, tiene un claro fundamento constitucional en los principios superiores de equidad, igualdad, justicia material, buena fe y garantía del patrimonio de los particulares frente al Estado. A juicio de la Corporación, en las relaciones de orden pecuniario que se presentan entre el Estado y los particulares, y por virtud de los principios citados, las dos partes deben recibir un mismo trato jurídico, de manera que si el Estado cobra a los particulares intereses corrientes y moratorios por el incumplimiento de sus obligaciones, de igual manera debe asumir esa carga cuando también incumple. “*

### **3. El momento a partir del cual surge la mora**

El artículo 1608 del Código Civil señala en qué casos el deudor está en mora. Al respecto dispone:

*“Artículo 1608. El deudor está en mora:*

---

<sup>13</sup> Y se señaló también: “No obstante lo anterior, este privilegio fiscal de no pagar intereses de mora tuvo sus primeros reveses, casualmente, con la necesaria implementación del régimen de la contratación pública por cuanto resultaba contrario a la estructura sinalagmática que tenían y tienen los contratos estatales y, en consecuencia, violatorio de los principios consubstanciales al contrato como son los de reciprocidad o equivalencia económica y buena fe. Precisamente, al amparo de estos principios y aplicando el régimen jurídico del derecho privado, en Colombia, a partir del año de 1977, el Consejo de Estado reconoció la obligación de la Administración Pública de pagar intereses de mora (...)

1o.) Cuando no ha cumplido la obligación dentro del término estipulado; salvo que la ley, en casos especiales, exija que se requiera al deudor para constituirlo en mora.

2o.) Cuando la cosa no ha podido ser dada o ejecutada sino dentro de cierto tiempo y el deudor lo ha dejado pasar sin darla o ejecutarla.

3o.) En los demás casos, cuando el deudor ha sido judicialmente reconvenido por el acreedor. “

De estas reglas se tiene entonces que cuando existe un plazo para el cumplimiento de la obligación, el deudor entra en mora cuando el plazo se vence sin acreditarse dicho cumplimiento; en los demás casos, si se trata de obligaciones puras y simples, la mora surge con la reconvenición judicial por parte del acreedor<sup>14</sup>.

En el caso de los recobros al FOSYGA por servicios o medicamentos no POS, el plazo para el pago está expresamente previsto, como ya se había advertido, en el artículo 13 de la Resolución 3099 de 2008, que luego de establecer los requisitos y anexos de las respectivas cuentas de cobro según haya habido autorización de los Comités Técnico Científicos (art.10) o se trate de órdenes de tutela (Art.11), establece lo siguiente:

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

*Como resultado del estudio, las solicitudes de recobro podrán ser objeto de rechazo, devolución, aprobación condicionada, inconsistencia o aprobación para el pago.”*

Esta resolución derogó la Resolución 2933 de 2006, que a su vez derogó la Resolución 3997 de 2004, en las cuales se consagraba el mismo plazo para que el FOSYGA atendiera los recobros por prestaciones y medicamentos no incluidos en el POS.

La Sala observa que la referida Resolución 3099 de 2008 goza de presunción de legalidad, además de que, como ya se señaló, tanto las Sentencias de Tutela T-760 de 2008 de la Corte Constitucional y de Acción Popular del 21 de febrero de 2007 del Consejo de Estado, le han ordenado al administrador fiduciario del FOSYGA hacer el pago en los plazos establecidos en la regulación vigente.

En particular, debe recordarse que en la segunda de tales sentencias, el Consejo de Estado le ordena al administrador fiduciario del FOSYGA que “los trámites de los recobros y las cuentas de cobro se realicen en el tiempo previsto en la resolución 3797 de 2004 -o las que la han adicionado, modificado o derogado-“(numeral 2

---

<sup>14</sup> JOSERAND, Luis. Derecho Civil, Teoría General de las Obligaciones. Ediciones Jurídicas Europa América, Buenos Aires, 1950, p.497-498; Von Tour, A. Tratado de las Obligaciones, Comares, Granada 2007, p. 351.

parte resolutive)<sup>15</sup>. Esa resolución que se cita, corresponde hoy, como se dijo, a la Resolución 3099 de 2008 antes citada o la que en el futuro la modifique o derogue.

En esa medida, si el Estado en ejercicio de sus facultades de ordenación y regulación del sistema, ha establecido el plazo para el pago de las obligaciones a cargo del FOSYGA por recobros no POS, necesariamente debería considerarse que vencido dicho término la entidad estará en mora y serán aplicables entonces las consecuencias derivadas de esa situación de incumplimiento, entre otras la generación de intereses moratorios a la tasa prevista en el artículo 4 del Decreto Ley 1281 de 2002.<sup>16</sup>

Con fundamento en lo anterior, **la Sala responde:**

¿Es aplicable el artículo 4 del Decreto 1281 de 2002 al pago de recobros por prestaciones de salud no previstas en el Plan Obligatorio de Salud efectuado con posterioridad a los dos (2) meses previstos en las Resoluciones 3797 de 2004, 2933 de 2006 y 3099 de 2008?

**Respuesta:** Si, el artículo 4 del Decreto 1281 de 2002 es aplicable al pago de recobros por prestaciones de salud no previstas en el Plan Obligatorio de Salud efectuado con posterioridad a los dos (2) meses previsto actualmente en la Resolución 3099 de 2008 y, en su momento, en las Resoluciones 3797 de 2004 y 2933 de 2006.

---

<sup>15</sup> Por su parte, en la Sentencia T-760 de 2008 se indicó: “Inicialmente, cuando la jurisprudencia profirió las primeras órdenes de recobro al FOSYGA no existían términos para el recobro y esto dificultaba a las EPS recuperar el costo de los servicios que prestaba a sus usuarios y que legalmente no le correspondía asumir. Actualmente existen términos claros dentro de los cuales el administrador del FOSYGA está obligado a efectuar el reembolso a las entidades. Sin embargo, como se verá mas adelante, el retraso en el cumplimiento de los términos de recobro es justamente uno de los aspectos que ha afectado sistemáticamente desde hace varios años el flujo de recursos en el sistema en desmedro del acceso efectivo de los usuarios a los servicios de salud y del goce efectivo del derecho a la salud.” La Corte se refería en esta sentencia a los plazos establecidos en las resoluciones del Ministerio de la Protección Social que han regulado la materia a partir del 2004.

<sup>16</sup> En todo caso, se recuerda que según el artículo 14 (literal j) de la Ley 1122 de 2007, tal como fue condicionado por la Corte Constitucional en Sentencia C-463 de 2008, si las prestaciones y medicamentos no incluidos en el POS no son tramitados oportunamente por los Comités Técnicos Científicos de las EPS y resultan ordenados por vía de tutela, el recobro al FOSYGA sólo podrá hacerse por el 50% del valor de dichos servicios: “**Primero.** Declarar **EXEQUIBLE** el literal j) del artículo 14 de la Ley 1222 de 2007, en el aparte que dispone “*En aquellos casos de enfermedad de alto costo en los que se soliciten medicamentos no incluidos en el plan de beneficios del régimen contributivo, las EPS llevarán a consideración del Comité Técnico Científico dichos requerimientos. Si la EPS no estudia oportunamente tales solicitudes ni las tramita ante el respectivo Comité y se obliga a la prestación de los mismos mediante acción de tutela, los costos serán cubiertos por partes iguales entre las EPS y el Fosyga*”, en el entendido de que la regla sobre el reembolso de la mitad de los costos no cubiertos, también se aplica, siempre que una EPS sea obligada mediante acción de tutela a suministrar medicamentos y demás servicios médicos o prestaciones de salud prescritos por el médico tratante, no incluidos en el plan de beneficios de cualquiera de los regímenes legalmente vigentes.” (se subraya). El objeto del referido artículo es que sean las propias EPS las que decidan a través de sus Comités Técnico Científicos sobre la necesidad de prestaciones y medicamentos no POS ordenados por los médicos tratantes, de manera que no obliguen a los usuarios a acudir a la acción de tutela. Por su parte, el condicionamiento de exequibilidad, además de reforzar esa finalidad, extiende el ámbito de aplicación de la norma a la generalidad de servicios y medicamentos excluidos del Plan Obligatorio de Salud, de manera el efecto de la medida no queda limitado, según la redacción original del artículo, a las enfermedades de alto costo.

