



CONSEJO DE ESTADO

SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL

Consejero Ponente: Oscar Darío Amaya Navas

Bogotá D.C., seis (6) de septiembre de dos mil diecisiete (2017)

Radicación interna: 2296

Número Único: 11001-03-06-000-2016-00095-00

Referencia: Prescripción de la acción de cobro de las obligaciones originadas en procesos de repetición por el pago de reclamaciones con cargo a la Subcuenta ECAT del FOSYGA. Creación de la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud – ADRES.

El Ministro de Salud y Protección Social consulta a la Sala sobre la prescripción de la acción de cobro de las obligaciones originadas en procesos de repetición por el pago de reclamaciones de la Subcuenta ECAT del FOSYGA, cuando en un accidente de tránsito se encuentra involucrado un vehículo automotor sin seguro obligatorio.

I. ANTECEDENTES

Según el organismo consultante, la consulta se formula con base en las siguientes consideraciones:

1. La Ley 100 de 1993 creó un Fondo de Solidaridad y Garantía –FOSYGA- cuyo objeto es garantizar la solidaridad del Sistema General de Seguridad Social en Salud –SGSSS- y la compensación entre personas de distintos ingresos y riesgos.
2. El FOSYGA se encuentra regulado en la Ley 100 de 1993, en los Decretos Ley 1281 de 2002 y 4107 de 2011, y en el Decreto Único Reglamentario 780 de 2016, como una cuenta sin personería jurídica adscrita al Ministerio de Salud y Protección Social, cuya administración se realiza, directamente o a través de encargo fiduciario, por la Dirección de Administración de Fondos de la Protección Social de esa cartera.
3. Según el artículo 218 de la Ley 100 de 1993 y el Decreto Ley 4107 de 2011, el FOSYGA se encuentra conformado por cinco subcuentas independientes, a saber: 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* y, e) de garantías para la salud.

4. En relación con la Subcuenta de Enfermedades Catastróficas y Accidentes de Tránsito -ECAT-, los artículos 223 de la Ley 100 de 1993 y 2.6.1.4.1.1, y subsiguientes del Decreto Único 780 de 2016 definen sus fuentes de financiación, sus objetivos institucionales y sus relaciones con los distintos actores del sistema. Con cargo a esta subcuenta ECAT se pagan, entre otros, la atención médica, incapacidades permanentes e indemnizaciones por muerte, producidas en accidentes de tránsito con vehículos desconocidos o que no tienen Seguro Obligatorio de Accidentes de Tránsito -SOAT-.

5. Inicialmente, el Decreto 1283 de 1996 preveía que los pagos de la subcuenta ECAT referidos en el punto anterior (por accidentes de tránsito con vehículos desconocidos o que no tienen SOAT) se realizarían *sin perjuicio de las acciones civiles y/o penales que adelantará el Fondo contra los responsables directos del siniestro*. En tal virtud, en los contratos de administración del FOSYGA, los administradores fiduciarios del Fondo se obligaban a repetir el pago de los beneficios pagados con cargo a la cuenta ECAT, lo cual se hacía a través de un cobro pre jurídico y luego jurídico ante la jurisdicción ordinaria civil. Así, el Contrato de Encargo Fiduciario No. 467 de 2011, suscrito con el Consorcio SAYP 2011, estableció como obligación del contratista en la cláusula séptima, numeral 2. 6. 9, la de: *“Adelantar durante el primer año de ejecución del contrato, el cobro pre jurídico o jurídico de los procesos de repetición sobre las reclamaciones pagadas por el FOSYGA-Subcuenta ECAT por accidentes de tránsito en los que estén involucrados vehículos sin póliza SOAT, debidamente expedida por una compañía de seguros autorizada, anteriores y posteriores a la suscripción del contrato de encargo fiduciario, efectuar los acuerdos de pago y adelantar seguimiento permanente a los mismos incluyendo los procesos en curso que reciba del anterior administrador fiduciario”*.

6. Posteriormente, el Decreto 019 de 2012 le asignó competencia al Ministerio de Salud y Protección Social, a través de la Dirección de Administración de Fondos de la Protección Social, para cobrar directamente por jurisdicción coactiva los créditos que surgen a favor del FOSYGA, con ocasión del pago de recursos de la subcuenta ECAT, por concepto de daños causados en accidentes de tránsito con vehículo automotor desconocido o carente de póliza Soat. Así, el cobro que antes realizaba el administrador fiduciario por la jurisdicción ordinaria pasó a manos de la jurisdicción coactiva de la Dirección de Administración de Fondos de la Protección Social de dicho ministerio.

7. Precisa la consulta que el Ministerio de Salud y Protección Social, al recibir en el año 2012 la función de recobro antes mencionada, encontró que no existía integración entre las cuentas de orden registradas en los estados financieros del FOSYGA y la labor adelantada por los administradores fiduciarios, quienes en ocasiones determinaron la incobrabilidad de varias de estas obligaciones, principalmente porque la información que se suministraba en las reclamaciones era insuficiente para la recuperación de los recursos de la subcuenta ECAT.

Indica que esta situación generó un rezago importante en las cuentas de orden del FOSYGA, al punto que actualmente existen registros con más de cinco (5) años de antigüedad desde el momento en que operó la subrogación de la obligación a favor del referido fondo.

8. A la fecha no se ha realizado la depuración contable de la Subcuenta ECAT del FOSYGA pese a que, conforme a las Leyes 716 de 2001 y 1739 de 2014, la depuración de cuentas de orden constituye un deber de la administración.

9. En este contexto, existe duda de cuál es la forma y el plazo para considerar prescritas las obligaciones a favor del FOSYGA y si para tales efectos se aplican las normas del Estatuto Tributario, a las cuales remite la Ley 1066 de 2006 que regula el proceso de cobro coactivo de las entidades públicas. Según el organismo consultante, las disposiciones del Estatuto Tributario que se refieren a que la prescripción ocurre en un término de cinco (5) años, están descritas en un contexto de trámite administrativo, en el cual la obligación que es objeto de cobro coactivo emerge de un acto administrativo, llámese sanción, multa o liquidación oficial. *Contrario sensu*, las obligaciones que derivan del pago de reclamaciones ECAT, con vehículo automotor carente de Soat, nacen con el pago o desembolso efectivo de la reclamación, momento en que el FOSYGA se subroga como acreedor del propietario del vehículo y queda facultado para exigir el pago. Por esta razón afirma el organismo consultante, se desconoce el término de prescripción aplicable para dichas obligaciones y desde cuándo debe ser calculado.

Con base en lo anterior **SE PREGUNTA:**

1. *“Frente al cobro de las obligaciones que se encuentran registradas en los estados financieros del FOSYGA, que se derivan del pago de reclamaciones ECAT, con vehículo automotor involucrado carente de póliza SOAT ¿cuál sería la prescripción aplicable?”*
2. *Para declarar esa prescripción, ¿es necesario que se expida un acto administrativo para efectos de castigar la cartera o simplemente opera por el transcurso del tiempo?”*
3. *¿Dicha prescripción puede ser alegada de oficio o a petición de parte?”*
4. *¿De ser viable declarar la prescripción de manera oficiosa, esto puede efectuarse en la etapa de cobro persuasivo o debe serlo en la fase de cobro coactivo?”*
5. *¿Sería procedente declarar la prescripción a solicitud de parte en la etapa de cobro persuasivo o esa posibilidad se entendería restringida a la etapa de cobro coactivo?”*
6. *¿En quién radica la competencia para declarar la prescripción de esta clase de obligaciones y en consecuencia proceder a depurar las cuentas registradas en el Fondo de Solidaridad y Garantía –FOSYGA-?”*

II. CONSIDERACIONES

A. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA JURÍDICO

Según la consulta, cuando en un accidente de tránsito está involucrado un vehículo automotor desconocido o un automotor identificado pero carente del Seguro Obligatorio de Daños Corporales Causados a Personas en Accidentes de Tránsito (en adelante SOAT), el pago de las reclamaciones se hace con cargo a la Subcuenta del Seguro de Riesgos Catastróficos y Accidentes de Tránsito (en adelante Subcuenta ECAT). En estos casos, el Fondo de Solidaridad y Garantía (en adelante FOSYGA) está obligado a adelantar una labor de recobro para la recuperación de tales recursos.

Se pregunta entonces a la Sala sobre la prescripción de estos recobros y el procedimiento y competencia para depurar las respectivas obligaciones.

Para responder a los interrogantes planteados, la Sala hará una aclaración previa sobre la creación de la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud - ADRES-, la cual asumirá la administración de los recursos del FOSYGA. A continuación analizará los siguientes aspectos: i) El objeto de la Subcuenta ECAT del FOSYGA y las coberturas que otorga; ii) El funcionamiento del SOAT y los casos en que opera la cobertura de la Subcuenta ECAT del FOSYGA por eventos relacionados con accidentes de tránsito en que están involucrados vehículos automotores no identificados o carentes de SOAT; iii) Los mecanismos que tiene el FOSYGA para la recuperación de los recursos pagados con cargo a la Subcuenta ECAT y el término de prescripción de estos mecanismos de recobro; y v) el procedimiento para la depuración de la respectiva cartera.

B. ACLARACIÓN PREVIA: SOBRE LA CREACIÓN DE ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD - ADRES-

1. El cambio institucional

Previamente a estudiar el asunto consultado, la Sala considera necesario hacer algunas aclaraciones sobre la creación de Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud - ADRES- y la “extinción” del FOSYGA.

Como se sabe, la Ley 100 de 1993 creó el Fondo de Solidaridad y Garantía – FOSYGA- como un fondo cuenta del Ministerio de la Protección Social¹, con el

¹ “**Artículo 218.-Creación y operación del fondo.** Créase 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, de conformidad con lo establecido en el estatuto

objeto de 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 la ley².

En su condición de fondo cuenta del Ministerio de la Protección Social, la administración del FOSYGA era ejercida por la Dirección de Administración de Fondos de la Protección Social de dicho ministerio³, conforme a los artículos 35, 36, 37, 38, 39 y 40 del Decreto 4107 de 2012⁴.

Ahora bien, la **Ley 1753 de 2015**, Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018, creó una entidad de naturaleza especial, del nivel descentralizado del orden nacional, “*asimilada*” a una empresa industrial y comercial del Estado, “que se denominará *Entidad Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud*”, con el fin de garantizar el adecuado flujo y los respectivos controles de recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud (artículo 66). Esta entidad hará parte del Sistema General de Seguridad Social en Salud y estará adscrita al Ministerio de Salud y Protección Social (MSPS), *con personería jurídica, autonomía administrativa y financiera y patrimonio independiente* (ibídem).

Según el mismo artículo 66, la nueva entidad tendrá por objeto “*administrar los recursos que hacen parte del Fondo de Solidaridad y Garantías (Fosyga), los del Fondo de Salvamento y Garantías para el Sector Salud (Fonsaet), los que financien el aseguramiento en salud, los copagos por concepto de prestaciones no incluidas en el plan de beneficios del Régimen Contributivo y los recursos que se recauden como consecuencia de las gestiones que realiza la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP)*”.

Los ingresos de la entidad estarán constituidos por (i) los aportes del Presupuesto General de la Nación que se le asignen, (ii) los activos transferidos por la Nación y

general de la contratación de la administración pública de que trata el artículo 150 de la Constitución Política.”

² **Artículo 156. Características básicas del sistema general de seguridad social en salud.** El sistema general de seguridad social en salud tendrá las siguientes características: (...) l) Existirá un fondo de solidaridad y garantía que tendrá por objeto, de acuerdo con las disposiciones de esta ley, 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;

³ **“Artículo 35. Dirección de Administración de Fondos de la Protección Social.** La Dirección de Administración de Fondos de la Protección Social, es una dependencia del Ministerio de Salud y Protección Social, con autonomía administrativa y financiera, en los términos del literal j) del artículo 54 de la Ley 489 de 1998, encargada de la administración de los fondos, cuentas y recursos de administración especial de protección social a cargo del Ministerio”.

⁴ Por el cual se determinan los objetivos y la estructura del Ministerio de Salud y Protección Social y se integra el Sector Administrativo de Salud y Protección Social.

por otras entidades públicas del orden nacional y territorial y (iii) los demás ingresos que a cualquier título perciba (ibídem). Y se aclara que los recursos recibidos *en administración*, es decir, los del sistema de seguridad social en salud, no formarán parte del patrimonio de la nueva entidad:

“Artículo 66. (...) La Entidad tendrá domicilio en Bogotá, D. C., sus ingresos estarán conformados por los aportes del Presupuesto General de la Nación definidos a través de la sección presupuestal del Ministerio de Salud y Protección Social, los activos transferidos por la Nación y por otras entidades públicas del orden nacional y territorial y los demás ingresos que a cualquier título perciba. **Los recursos recibidos en administración no harán parte del patrimonio de la Entidad.** Los gastos requeridos para el desarrollo del objeto de la Entidad se financiarán con un porcentaje de hasta el cero coma cinco por ciento (0,5%) de los recursos administrados con situación de fondos.”

Igualmente se establece que el régimen de contratación de la nueva entidad será de derecho público y que una vez entre en operación **“se suprimirá el Fosyga”** (ibídem). Además, se indica que los recursos del sistema de seguridad social en salud tendrán unidad de caja y no habrá contabilización por subcuentas⁵ (ibídem).

Por su parte, el artículo 67 de la misma Ley 1753 de 2015 se refiere en concreto a los recursos que serán objeto de administración por esta nueva entidad y el destino que deberá darles.

Estas disposiciones legales fueron desarrolladas mediante el **Decreto 1429 de 2016**, por el cual se determina la estructura de la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud - ADRES- y se dictan otras disposiciones. En relación con el asunto consultado, este decreto:

- Señala que la nueva entidad se denominará Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud - ADRES- y será *un organismo de naturaleza especial* de nivel descentralizado de la rama ejecutiva, *asimilable* a una empresa industrial y comercial del Estado.
- Crea dentro de la organización interna de la nueva entidad, *la Dirección de Otras Prestaciones*, encargada de *“planear, hacer seguimiento, controlar y el de liquidación y reconocimiento y pago”* de aquellas prestaciones que estaban a cargo de la Subcuenta ECAT del FOSYGA, particularmente las originadas en accidentes de tránsito en que están involucrados vehículos no identificados o carentes de SOAT (artículo 17).

⁵ “Artículo 66 (...) Los recursos administrados por la Entidad harán unidad de caja, excepto los recursos de propiedad de las entidades territoriales, los cuales conservarán su destinación específica y se manejarán en contabilidad separada. La estructuración del presupuesto de gastos se hará por conceptos, dando prioridad al aseguramiento obligatorio en salud. La presupuestación y contabilización de los recursos administrados no se hará por subcuentas.”

- Establece que la ADRES asumirá sus funciones de administración el 1 de abril de 2017 (artículo 21) y que, correlativamente, la antigua *Dirección de Administración de Fondos de la Protección Social del Ministerio* terminará sus funciones el 31 de marzo de 2017 (artículo 22)⁶.

Paralelamente se expide el **Decreto 1432 de 2016**, por el cual se modifica la estructura del Ministerio de la Protección Social, en el sentido de (i) incluir a la ADRES como entidad descentralizada adscrita a dicha cartera (artículo 2) y de (ii) suprimir la Dirección de Administración de Fondos de la Protección Social⁷, que “*continuará ejerciendo las funciones señaladas en el Decreto 4107 de 2011 hasta el 31 de diciembre de 2016*” (artículo 5).⁸

Posteriormente se expide el **Decreto 546 de 2017**, mediante el cual se modifican los artículos 21 y 22 del Decreto 1429 de 2011 y se establece el 1º de agosto de 2017 como nueva fecha para (i) la entrada en funcionamiento de la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud – ADRES y (ii) la extinción de la Dirección de Administración de Fondos de la Protección Social del Ministerio.

De acuerdo con lo anterior, la Sala observa que se ha producido un cambio *en la forma de administración del FOSYGA*, en el sentido de que dicha administración dejó de hacerse a través de un fondo cuenta del Ministerio de la Protección Social y se entregó a una entidad descentralizada de naturaleza especial, asimilable a una empresa industrial y comercial del Estado.

2. La continuidad del régimen aplicable a los recursos del sistema de seguridad social en salud

Ahora bien, no obstante la reforma institucional efectuada para la administración de los recursos del sistema general de salud y el hecho de que la Ley 1753 prevea la “*supresión*” del Fosyga una vez entre en funcionamiento la nueva entidad, la Sala observa que en lo esencial no se ha producido un cambio en las

⁶ En relación con la creación de la ADRES se expidieron también: a) **Decreto 1430 de 2016**, Por el cual se establece el sistema de nomenclatura, clasificación y remuneración de los empleos públicos de la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud – ADRES; y b) **Decreto 1431 de 2016**, por el cual se establece el sistema de nomenclatura, clasificación y remuneración de los empleos públicos de la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud – ADRES.

⁷ “Artículo 5. Suprimir los artículos 35, 36, 37, 38, 39 Y 40 del Decreto 4107 de 2011”.

⁸ En complemento se expidieron también: a) **Decreto 1433 de 2016**, por el cual se modifica la planta de personal del Ministerio de la Protección Social, en el sentido de suprimir unos cargos de la Dirección de Administración de Fondos de la Protección Social y ordenar su incorporación a la planta de personal de la Entidad Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud – ADRES; y b) **Decreto 1434 de 2016**, por el cual se establecen unas equivalencias entre la nomenclatura de los cargos del Ministerio de la Protección Social y los empleos de la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud – ADRES.

normas sustanciales que regulan la actividad de dicho fondo y determinan la naturaleza pública (parafiscal) de sus recursos y su destinación. En particular, no se han dado cambios en el régimen jurídico que regula la atención por parte del FOSYGA (ADRES) de los siniestros derivados de accidentes de tránsito en los que participan automotores no asegurados, que es el objeto de la consulta.

Por el contrario, se ha previsto que las referencias normativas hechas al FOSYGA y a la extinta Dirección de Dirección de Administración de Fondos de la Protección Social, se entiendan ahora realizadas a la Administradora de Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud -ADRES-, con lo cual se garantiza la continuidad y estabilidad de las normas reguladoras del sistema de seguridad social en salud:

“Artículo 31. Referencias normativas. A partir de la fecha en la cual la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud - ADRES, asuma la administración de los recursos del sistema, cualquier referencia hecha en la normatividad al Fondo de Solidaridad y Garantía - FOSYGA, a las subcuentas que lo conforman o a la Dirección de Administración de Fondos de la Protección Social se entenderá a nombre de la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud - ADRES.”⁹ (Se resalta)

En consecuencia, con independencia de su *asimilación* a una empresa industrial y comercial del Estado, puede advertirse que respecto de los recursos del sistema general de seguridad social en salud, la ADRES cumple una función eminentemente administrativa que se rige por el derecho público. Además, como se señaló anteriormente, tales recursos solo son trasladados a esa entidad en administración y sin que entren a formar parte de su patrimonio.

Hechas estas aclaraciones, la Sala abordará la presente consulta sobre la base de que con independencia del cambio institucional anotado y de la entrada en funcionamiento de la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud – ADRES, la naturaleza de los recursos del FOSYGA y su regulación sigue siendo en esencia la misma, de modo que los interrogantes planteados mantienen su vigencia y es posible para la Sala pronunciarse frente a ellos.

C. DESARROLLO DE LA CONSULTA

1. Subcuenta ECAT: finalidades, fuentes y coberturas

Como se anota en la consulta, de conformidad con el artículo 218 de la Ley 100 de 1993, el FOSYGA estaría dividido en cinco subcuentas independientes¹⁰, a saber:

⁹ Decreto 1429 de 2016.

¹⁰ Con la claridad de que, como se indicó inicialmente, a partir de la Ley 1753 de 2015, la administración de los del sistema de seguridad social en salud por parte de la Administradora de

a) de compensación interna del régimen contributivo¹¹; b) de solidaridad del régimen de subsidios en salud¹²; c) de promoción de la salud¹³, d) “del seguro de riesgos catastróficos y accidentes de tránsito, según el artículo 167 de esta ley”¹⁴, y e) de garantías para la Salud¹⁵.

El objeto de la Subcuenta ECAT sobre la cual recae la consulta es garantizar, según la misma Ley 100 de 1993, la atención integral a las víctimas que han sufrido daños como consecuencia directa de accidentes de tránsito, acciones terroristas o catástrofes naturales:

“Artículo 167.-Riesgos catastróficos y accidentes de tránsito. En los casos de urgencias generadas en accidentes de tránsito, en acciones terroristas ocasionadas por bombas o artefactos explosivos, en catástrofes naturales u otros eventos expresamente aprobados por el consejo nacional de seguridad social en salud, los afiliados al sistema general de seguridad social en salud tendrán derecho al cubrimiento de los servicios médico-quirúrgicos, indemnización por incapacidad permanente y por muerte, gastos funerarios y gastos de transporte al centro asistencial. El fondo de solidaridad y garantía pagará directamente a la institución que haya prestado el servicio a las tarifas que establezca el Gobierno Nacional de acuerdo con los criterios del consejo nacional de seguridad social en salud.

Parágrafo. 1º-En los casos de accidentes de tránsito, el cubrimiento de los servicios médico-quirúrgicos y demás prestaciones continuará a cargo de las aseguradoras autorizadas para administrar los recursos del seguro obligatorio de accidentes de tránsito con las modificaciones de esta ley (...)”¹⁶

Los recursos que integran la Subcuenta ECAT del FOSYGA se establecieron inicialmente en el artículo 223 de la Ley 100 de 1993, el cual dispuso lo siguiente:

los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud -ADRES-, se hará bajo un principio de unidad de caja y no se contabilizarán en subcuentas separadas (artículo 66).

¹¹ Decreto Único 780 de 2016, artículo 2.6.1.1.1.y subsiguientes.

¹² Ibídem, artículo 2.6.1.2.1.

¹³ Ibídem, artículo 2.6.1.3.1.

¹⁴ Ibídem, artículo 2.6.1.4.1.

¹⁵ Esta última subcuenta fue creada por el artículo 9º de la Ley 1608 de 2013, “*Por medio de la cual se adoptan medidas para mejorar la liquidez y el uso de algunos recursos del Sector Salud*”. Ver igualmente Artículo 41 del Decreto Ley 4107 de 2011 “*Por el cual se determinan los objetivos y la estructura del Ministerio de Salud y Protección Social y se integra el Sector Administrativo de Salud y Protección Social*” y el artículo 9º de la Ley 1608 de 2013, “*Por medio de la cual se adoptan medidas para mejorar la liquidez y el uso de algunos recursos del Sector Salud*”.

¹⁶ Decreto Único 780 de 2016, “Artículo 2.6.1.4.1.Objeto. *El presente Capítulo tiene por objeto establecer las condiciones de cobertura, ejecución de recursos, funcionamiento y aspectos complementarios para el reconocimiento y pago de los servicios de salud, indemnizaciones y gastos derivados de accidentes de tránsito, eventos catastróficos de origen natural, eventos terroristas y demás eventos aprobados por el Ministerio de Salud y Protección Social en su calidad de Consejo de Administración del Fosyga, en que deben operar tanto la Subcuenta ECAT del Fosyga, como las entidades aseguradoras autorizadas para expedir el SOAT y demás entidades referidas en el ámbito de aplicación de este acto administrativo.*”

“Artículo 223.-Financiación de la subcuenta de enfermedades catastróficas y accidentes de tránsito. El cubrimiento de las enfermedades catastróficas definidas en el artículo 166 de la presente ley se financiará de la siguiente forma:

a) Los recursos del Fonsat, creado por el Decreto-Ley 1032 de 1991, de conformidad con la presente ley;

b) Una contribución equivalente al 50% del valor de la prima anual establecida para el seguro obligatorio de accidente de tránsito, que se cobrará en adición a ella, y

c) Cuando se extinga el fondo de solidaridad y emergencia social de la Presidencia de la República, los aportes presupuestales de este fondo para las víctimas del terrorismo se trasladarán al fondo de solidaridad y garantía.

Parágrafo.-Estos recursos serán complementarios a los recursos que para la atención hospitalaria de las urgencias destinen las entidades territoriales.”

Para efectos de la presente consulta cabe destacar que la Ley 100 de 1993 integró a la subcuenta ECAT del FOSYGA los recursos del **FONSAT**, que es el Fondo del Seguro Obligatorio de Accidentes de Tránsito "FONSAT", creado por el Decreto Ley 1032 de 1991 como una cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial, administrativa, contable y estadística, con fines de interés público, *“para el pago de siniestros ocasionados por vehículos no identificados o no asegurados y como instrumento de apoyo para la Red de Atención de Urgencias del Sistema Nacional de Salud”*¹⁷, y cuya fuente principal de recursos consiste en un porcentaje del 20% de las primas que se pagan por el Seguro Obligatorio de Accidentes de Tránsito -SOAT¹⁸.

Precisamente, el Decreto Único Reglamentario 780 de 2016, al señalar cuáles son los recursos de la Subcuenta ECAT, relaciona (integra), entre otros, los que en su momento pertenecían al FONSAT:

“Artículo 2.6.1.4.1.1. Financiación de la Subcuenta ECAT del Fosyga. Esta Subcuenta se financiará con:

¹⁷ Artículo 198 del EOSF.

¹⁸ Artículo 199 del EOSF, modificado parcialmente por el artículo 244 de la Ley 100 de 1993: **“1. Recursos del "FONSAT".** El Fondo del Seguro Obligatorio de Accidentes de Tránsito "FONSAT" contará con los siguientes recursos:

a. Las transferencias efectuadas por las entidades aseguradoras conforme lo dispuesto por el numeral 2. del presente artículo;

b. Aportes y donaciones en dinero o en especie de personas naturales y jurídicas, nacionales o extranjeras;

c. Los rendimientos de sus inversiones, y

d. Los demás que reciba a cualquier título.

2. Transferencias de los recursos administrados por las entidades aseguradoras al "Fonsat". Las entidades aseguradoras que cuenten con autorización para la operación del ramo de seguro obligatorio de daños corporales causados a las personas en accidentes de tránsito transferirán bimestralmente el 20% del valor de las primas emitidas por cada una de ellas, en el bimestre inmediatamente anterior, al Fondo del Seguro Obligatorio de Accidentes de Tránsito "Fonsat"(...).”

1. *Las transferencias efectuadas por las entidades aseguradoras autorizadas para expedir el SOAT, constituidas por la diferencia entre el 20% del valor de las primas emitidas en el bimestre inmediatamente anterior y el monto definido por el Ministerio de Salud y Protección Social para cubrir el pago de las indemnizaciones correspondientes al amparo de gastos médicos, quirúrgicos, farmacéuticos, hospitalarios y el total de costos asociados al proceso de reconocimiento (...).*
2. *Una contribución equivalente al cincuenta por ciento (50%) del valor de la prima anual establecida para el SOAT, que se cobrará en adición a ella. Las compañías aseguradoras autorizadas para su expedición, estarán obligadas a recaudar esta contribución y a transferirla en su totalidad al Fondo de Solidaridad y Garantía (Fosyga), dentro de los diez (10) primeros días hábiles de cada mes.*
3. *Los recursos que por cualquier medio recupere el Fondo de Solidaridad y Garantía (Fosyga), que haya pagado con ocasión de la atención a personas por un accidente de tránsito, cuando exista incumplimiento del propietario del vehículo automotor de la obligación de adquirir el SOAT.*
4. *Los rendimientos de sus inversiones.*
5. *Los demás que determine la ley.”*

Esta mención sobre la integración del FONSAT a la Subcuenta ECAT del FOSYGA es particularmente importante en el caso consultado, en la medida en que comporta que el FOSYGA (ADRES) pasó a ser titular de la acción de repetición prevista en el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero a favor del FONSAT, para la recuperación de los pagos hechos con cargo a dicho fondo. Sobre este punto se volverá más adelante.

Cabe señalar finalmente que la reglamentación de la Subcuenta ECAT del FOSYGA y del procedimiento de reclamación por parte de las víctimas de los daños cubiertos por ella, se hizo inicialmente en el Decreto 813 de 1994 y posteriormente en el Decreto 3990 de 2007, norma esta que fue derogada por el Decreto 56 de 2015, actualmente compilado en el Decreto Único Reglamentario 780 de 2016. Los apartes permitientes de estos decretos se citarán más adelante en lo que sea relevante para absolver la presente consulta.

Por ahora, con el fin de verificar los diferentes mecanismos existentes para recuperar los pagos hechos con cargo a sus recursos, la Sala pasa a estudiar el funcionamiento del seguro obligatorio de accidentes de tránsito y los casos en que se activa la subcuenta ECAT.

2. Funcionamiento del Seguro Obligatorio de Accidentes de Tránsito – SOAT-

2.1 Antecedentes

El Seguro Obligatorio de Accidentes de Tránsito se contempló en el Convenio Europeo relativo al seguro obligatorio de responsabilidad civil por daños en materia de vehículos automóviles el 20 de abril de 1959, el cual se ratificó inicialmente por seis países miembros: Austria, Dinamarca, República Federal

Alemana, Grecia, Noruega, Suecia, y entró en vigor el 22 de septiembre de 1969¹⁹.

En Colombia sus primeros antecedentes se encuentran en el Decreto Ley 1344 de 1970 -Código Nacional de Tránsito-, en el cual se establecía que para solicitar una licencia de tránsito era obligatorio tener una póliza de seguro que cubriera la responsabilidad civil por daños a terceros²⁰.

Posteriormente, mediante la Ley 33 de 1986 se adicionó un Título IV al Código Nacional de Tránsito denominado “*Seguros y Responsabilidad*”, compuesto por los artículos 259 a 262, en los cuales se establecía la obligación de tener un seguro de daños por accidentes de tránsito (artículo 259); se consagraba una acción directa del perjudicado contra el asegurador (ibídem); se ordenaba ofrecer dicho seguro a las compañías de seguros autorizadas para operar en el ramo de automóviles (artículo 260); y se establecía que en los daños causados por actividades peligrosas el causante del daño solo se liberaba demostrando la ocurrencia de una causa extraña (artículo 261). Además se preveía un término de prescripción de cinco (5) años para el ejercicio de las acciones de responsabilidad civil.

La Ley 33 de 1986 fue reglamentada por el Decreto 2544 de 1987, en el cual se avanzó en otros de los elementos actuales del SOAT: obligatoriedad, coberturas, carácter automático de las indemnizaciones, acción directa de las víctimas y de los establecimientos hospitalarios contra las aseguradoras, inoponibilidad de excepciones derivadas de vicios o defectos relativos a la celebración del contrato o al incumplimiento de obligaciones propias del tomador, reparto de indemnizaciones entre aseguradoras cuando concurren varios vehículos, etc.

Los anteriores aspectos serían integrados luego al Decreto Extraordinario 1032 de 1991²¹, en el que se consagraría además la función social y solidaria del SOAT (artículo 5º), así como la creación del Fondo del Seguro Obligatorio de Accidentes de Tránsito, “Fonsat”, para el pago de siniestros ocasionados por vehículos no identificados o no asegurados y como instrumento de apoyo para la red de atención de urgencias del Sistema Nacional de Salud (artículo 13).

Actualmente, la regulación del SOAT se encuentra en el en el Capítulo IV de la Parte VI Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, referente al “*Régimen del*

¹⁹ TIRADO SUAREZ, Francisco Javier. “*El seguro obligatorio de automóviles y la Comunidad Económica Europea. La perspectiva española*” En: Revista de Instituciones Europeas Vol. 10, núm. 3, septiembre-diciembre 1983. Pág. 844.

²⁰ “**Artículo 96º.**- La vigencia de un seguro que cubra la responsabilidad civil por daños a terceros ocasionados con él, es requisito indispensable para la concesión y la conservación de la licencia de tránsito. El Gobierno reglamentará la naturaleza, cuantía y prestación del seguro y la vigencia de esta disposición.”

²¹ Por el cual se regula integralmente el seguro obligatorio de daños corporales causados a las personas en accidentes de tránsito.

Seguro Obligatorio de Daños Corporales causados a las Personas en Accidentes de Tránsito". Sus disposiciones se relacionan con las normas legales y reglamentarias que regulan la Subcuenta ECAT del FOSYGA, así como con las del Código Nacional de Tránsito en lo relativo a las condiciones para la circulación de automotores y las sanciones aplicables a quienes las incumplan, según pasa a revisarse.

2.2 Características y generalidades del SOAT

La primera característica del SOAT es su **obligatoriedad**, definida en el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero como el deber de que todo vehículo automotor que circule por el territorio nacional de estar amparado por un seguro obligatorio que cubra los daños corporales que se causen a las personas en accidentes de tránsito (artículo 192-1). Según el artículo 193-1 del mismo Estatuto (modificado por el artículo 44 de la Ley 795 de 2003), el SOAT es un *seguro obligatorio de forzosa contratación*, cuyas condiciones generales son fijadas por el Gobierno Nacional de manera *uniforme*.

En concordancia con lo anterior, el artículo 131-D-2 del Código Nacional de Tránsito establece que *“para poder transitar en el territorio nacional todos los vehículos deben estar amparados por un seguro obligatorio vigente”* (artículo 42) y que el incumplimiento de esa obligación dará lugar a la inmovilización del vehículo (medida preventiva) y a la imposición de una multa (sanción pecuniaria).

En segundo lugar, el seguro obligatorio de accidentes de tránsito se caracteriza por ser un contrato **fuertemente regulado**, en el sentido de que las condiciones, coberturas, tarifas, reclamaciones, plazos y demás aspectos propios de dicha póliza se encuentran previstos integralmente en el EOSF y en sus normas reglamentarias. Además se establece que cualquier vacío en dichas normas se suple con las normas generales del Código de Comercio sobre seguros (artículo 192 EOSF), de modo que frente al SOAT la autonomía de la voluntad tiene un espacio reducido o casi nulo.

De otro lado, el SOAT cumple **una función social**, definida en el artículo 192 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero a partir de sus objetivos y coberturas, así:

“2. Función social del seguro. *El seguro obligatorio de daños corporales que se causen en accidentes de tránsito tiene los siguientes objetivos:*

- a. Cubrir la muerte o los daños corporales físicos causados a las personas; los gastos que se deban sufragar por atención médica, quirúrgica, farmacéutica, hospitalaria, incapacidad permanente; los gastos funerarios y los ocasionados por el transporte de las víctimas a las entidades del sector salud;*
- b. La atención de todas las víctimas de los accidentes de tránsito, incluso las de causados por vehículos automotores no asegurados o no identificados, comprendiendo al conductor del vehículo respectivo;*

- c. Contribuir al fortalecimiento de la infraestructura de urgencias del sistema nacional de salud, y*
- d. La profundización y difusión del seguro mediante la operación del sistema de seguro obligatorio de accidentes de tránsito por entidades aseguradoras que atiendan de manera responsable y oportuna sus obligaciones.”*

De este modo, el Seguro Obligatorio de Accidentes de Tránsito garantiza la atención médica inmediata de las víctimas de accidentes de tránsito, la cual debe ser prestada de manera obligatoria los centros clínicos y hospitalarios y las entidades de previsión social públicas o privadas²²; asimismo asegura la cobertura de los riesgos de incapacidad permanente y muerte, además de contribuir al fortalecimiento de la infraestructura de urgencias del sistema de salud.

Como se verá más adelante, las anteriores coberturas **operan de forma automática** y con independencia de la responsabilidad civil en el siniestro, lo que se reflejará en el deber de reembolso al FOSYGA (ADRES) por parte del propietario del vehículo automotor que ha circulado sin SOAT y se ha visto involucrado en un accidente de tránsito.

La función social del SOAT tiene que ver también con su **carácter solidario**, en el sentido de que un porcentaje y una sobretasa de las primas que se pagan por dicho seguro, así como las sumas que se puedan recobrar a los responsables, están destinadas al Fondo del Seguro Obligatorio de Accidentes de Tránsito "FONSAT" (artículos 198 y 199 E.O.S.F.), el cual, como se indicó anteriormente, fue integrado por la Ley 100 de 1993 a la Subcuenta ECAT del FOSYGA, con destino a la atención de los accidentes de tránsito en que están involucrados vehículos desconocidos o carentes del SOAT.

En este sentido, la recuperación de los recursos de la subcuenta ECAT, que es el asunto consultado, tiene impacto en todo el sistema y resulta prioritario para su adecuado funcionamiento.

2.3 Coberturas del SOAT en casos de accidentes de tránsito: carácter automático y objetivo

Como se indicó, el SOAT garantiza el pago de la atención médica inmediata de las víctimas de accidentes de tránsito, así como gastos de transporte y movilización, y una cobertura adicional de los riesgos de incapacidad permanente y muerte. Al respecto, el artículo 193-1 del E.O.S.F., modificado por el artículo 112 del Decreto Extraordinario 19 de 2012, dispone:

²² Artículo 95 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero: “**Artículo 195. Atención a las Víctimas.** 1. Obligatoriedad. Los establecimientos hospitalarios o clínicos y las entidades de seguridad y previsión social de los subsectores oficial y privado del sector salud están obligados a prestar la atención médica, quirúrgica, farmacéutica u hospitalaria por daños corporales causados a las personas en accidentes de tránsito (...).”

"Artículo 193. Aspectos específicos relativos a la póliza.

1. Coberturas y cuantías. La póliza incluirá las siguientes coberturas:

a. Gastos médicos, quirúrgicos, farmacéuticos y hospitalarios por lesiones, de acuerdo con la cobertura que defina el Gobierno Nacional. Para la determinación de la cobertura el Gobierno Nacional deberá tener en cuenta el monto de los recursos disponibles;

b. Incapacidad permanente, entendiéndose por tal la prevista en los artículos 209 y 211 del Código Sustantivo del Trabajo, con una indemnización máxima de ciento ochenta (180) veces el salario mínimo legal diario vigente al momento del accidente, a la cual se le aplicarán los porcentajes contenidos en las tablas respectivas;

c. Muerte y gastos funerarios de la víctima como consecuencia del accidente, siempre y cuando ocurra dentro del año siguiente a la fecha de éste, en cuantía equivalente a setecientas cincuenta (750) veces el salario mínimo legal diario vigente al momento del accidente;

d. Gastos de transporte y movilización de las víctimas a los establecimientos hospitalarios o clínicos y las entidades de seguridad y previsión social de los subsectores oficial y privado del sector salud, en cuantía equivalente a diez (10) veces el salario mínimo legal diario vigente al momento del accidente;

PARÁGRAFO. El valor de estas coberturas se entiende fijado para cada víctima; por lo tanto, se aplicará con prescindencia del número de víctimas resultantes de un mismo accidente (...).²³

Estas coberturas operan de manera **automática y objetiva**, en el sentido de que son asumidas por la compañía aseguradora que haya expedido el SOAT sin que las víctimas deban acreditar la responsabilidad del vehículo asegurado en el siniestro, ni tampoco la culpa o el factor subjetivo de las conductas causantes del daño. A tal efecto, para reclamar las coberturas del SOAT, el artículo 194-1 del EOSF solo exige demostrar la ocurrencia del accidente y sus consecuencias dañosas para la víctima:

"1. Prueba de los daños. En el seguro de que trata este capítulo todo pago indemnizatorio se efectuará con la demostración del accidente y de sus consecuencias dañosas para la víctima.

Se considerarán pruebas suficientes, además de todas aquellas que la víctima o el causahabiente puedan aducir, cualquiera de las siguientes que resulte pertinente, según la clase de amparo:

²³ En el caso de los gastos médicos, quirúrgicos, farmacéuticos y hospitalarios (literal a), la cobertura máxima asciende actualmente a 800 SMLMV conforme al artículo 2.6.1.4.2.3. del Decreto Único Reglamentario 780 de 2016; respecto de las indemnizaciones por incapacidad permanente (literal b) las tablas están fijadas en el artículo 2.6.1.4.2.8 del mismo decreto. Y en relación con la indemnización por muerte y gastos de transporte y movilización (literales c y d, respectivamente), se pagan las tarifas fijadas en la ley (artículos 2.6.1.4.2.13. y 2.6.1.4.2.19., ibídem).

a. A certificación sobre la ocurrencia del accidente²⁴. El Gobierno Nacional reglamentará la forma en que habrá de demostrarse la ocurrencia de éste. Será prueba del mismo la certificación que expida el médico que atendió inicialmente la urgencia en el centro hospitalario.

b. La certificación de la atención por lesiones corporales o de incapacidad permanente, causadas a las personas en accidentes de tránsito, expedida por cualquier entidad médica, asistencial u hospitalaria, debidamente autorizada para funcionar;

Para la expedición de esta certificación se exigirá la denuncia de la ocurrencia del accidente de tránsito, la cual podrá ser presentada por cualquier persona ante las autoridades legalmente competentes, y

c. La certificación de pago por concepto de servicios funerarios y de exequias.

La muerte y la calidad de causahabiente se probarán con copias de las partidas de registro civil o con las pruebas supletorias del estado civil previstas en la ley (...)²⁵

Por lo mismo, las compañías aseguradoras no pueden proponer excepciones derivadas de vicios o defectos relativos a la celebración del contrato o al incumplimiento de obligaciones propias del tomador (artículo 194-2 EOS.F.) y estarán obligadas a pagar intereses de mora en caso de que no atiendan la reclamación de las víctimas o sus causahabientes dentro del mes siguiente a su presentación (artículo 195-4 ibídem). Además, se verán expuestas a sanciones pecuniarias en caso de incurrir en conductas tendientes a dilatar injustificadamente el pago de las indemnizaciones a su cargo (artículo 195-5 ibídem, modificado por el artículo 244 de la Ley 100 de 1993).

Como ya se advirtió, la forma **automática** en que opera el SOAT (que se traslada al FOSYGA cuando asume los accidentes en que están involucrados vehículos no asegurados), se reflejará a su vez en el deber de reembolso al FOSYGA (ADRES) por parte del propietario del vehículo automotor que ha circulado sin SOAT y se ha visto involucrado en el respectivo siniestro, según se revisará más adelante.

De otra parte, en la medida en que el SOAT tiene unas coberturas limitadas, las víctimas conservan el derecho a demandar al responsable del accidente de tránsito por los perjuicios no cubiertos con dicho seguro, conforme lo establece el mismo artículo 194 del EOSF:

“Artículo 194. Pago de Indemnizaciones (...)

3. Indemnizaciones adicionales. El pago efectuado por la entidad aseguradora que haya asumido los riesgos previstos en el presente capítulo, en relación con el automotor causante de daños corporales a las personas en accidentes de tránsito, no impedirá a la víctima o a sus derecho habientes acudir a los órganos jurisdiccionales competentes para reclamar del responsable las indemnizaciones a que crean tener derecho conforme a las normas legales.

Parágrafo.- Las sumas pagadas por concepto de los amparos de carácter indemnizatorio de las pólizas que se emitan en desarrollo de este capítulo, se

²⁴ Literal a) modificado por el artículo 244, numeral 2 de la Ley 100 de 1993.

²⁵ Ver igualmente Decreto Único Reglamentario 780 de 2006 (sector salud).

entienden prioritarias e imputables a la indemnización que por mayor valor pueda resultar a cargo del responsable del accidente.”

Como se puede ver, la acción de las víctimas contra los causantes del daño permite reclamar las indemnizaciones no cubiertas por el SOAT, pues con relación a estas últimas opera una subrogación legal a favor de la respectiva compañía aseguradora y, en su caso, del FOSYGA cuando ha debido asumir dichas coberturas, según se revisa más adelante.

Ahora, cuando se trata de accidentes de tránsito en el que se encuentran involucrados varios automotores, el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero determina también la forma en que se reparten las coberturas de los seguros obligatorios de los respectivos automotores, con independencia de la responsabilidad de cada uno en el siniestro (carácter automático del SOAT). En estos casos el SOAT de cada vehículo cubre a sus ocupantes y los terceros pueden reclamar ante cualquiera de las aseguradoras:

“Artículo 194. Pago de Indemnizaciones (...)

5. Concurrencia de vehículos. *En los casos de accidentes de tránsito en que hayan participado dos o más vehículos automotores asegurados cada entidad aseguradora correrá con el importe de las indemnizaciones a los ocupantes de aquel que tenga asegurado. En el caso de los terceros no ocupantes se podrá formular la reclamación a cualquiera de estas entidades; aquella a quien se dirija la reclamación estará obligada al pago de la totalidad de la indemnización, sin perjuicio del derecho de repetición, a prorrata, de las compañías entre sí (...).”*

Visto de este modo el funcionamiento general del SOAT, la Sala pasa a revisar en qué forma son aplicables estas disposiciones al FOSYGA (ADRES) cuando le corresponde asumir las coberturas de dicho seguro en los casos de accidentes de tránsito en los que participan vehículos desconocidos o no asegurados.

3. Activación de la subcuenta ECAT del FOSYGA (ADRES) cuando no hay SOAT: vehículos no identificados o no asegurados

3.1 El pago de indemnizaciones por parte del FOSYGA (ADRES) en el caso de vehículos no identificados o no asegurados:

Según se ha indicado, el esquema de aseguramiento del SOAT quedó asociado al sistema de seguridad social en salud a través de la subcuenta ECAT del FOSYGA (ADRES), a través de la cual, con base en un principio de solidaridad social, el Estado responde por los amparos propios del SOAT en los casos de accidentes de tránsito en que están involucrados vehículos no identificados o no asegurados (sin SOAT).

El antecedente remoto de esta cobertura pública se encuentra en el Decreto Extraordinario 1032 de 1991²⁶, en el cual se creó el Fondo del Seguro Obligatorio de Accidentes de Tránsito “Fonsat” (artículo 13), hoy integrado al artículo 198 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero. Esta última disposición establece lo siguiente:

“Artículo 198. 1. Fondo del seguro obligatorio de accidentes de tránsito "FONSAT". Créase el Fondo del Seguro Obligatorio de Accidentes de Tránsito "FONSAT" como una cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial, administrativa, contable y estadística, con fines de interés público, para el pago de siniestros ocasionados por vehículos **no identificados o no asegurados** y como instrumento de apoyo para la Red de Atención de Urgencias del Sistema Nacional de Salud.” (Se resalta)

En concordancia con lo anterior, el artículo 199-4 del mismo E.O.S.F determina que los recursos del FONSAT se destinan, entre otros aspectos, al pago de las indemnizaciones derivadas de accidentes de tránsito en que participen vehículos no identificados o no asegurados:

“4. Destinación de los recursos del "FONSAT". Los recursos del Fondo del Seguro Obligatorio de Accidentes de Tránsito "FONSAT", se destinarán al cumplimiento de las siguientes finalidades:

a. Al pago de las indemnizaciones que resulten procedentes de acuerdo con los amparos a que alude el artículo 193 numeral 1o. de este Estatuto cuando ellas se originen **en accidentes de tránsito en que participen vehículos no identificados o no asegurados**, conforme a lo dispuesto en el presente Estatuto (...)”

Asimismo, para los accidentes en que están involucrados vehículos asegurados y no asegurados, el EOSF regula las indemnizaciones que asumen las compañías aseguradoras que emitieron el SOAT y aquellas otras que corresponden al FONSAT (FOSYGA-ADRES):

“Artículo 194. Pago de Indemnizaciones (...)

5. **Concurrencia de vehículos.** “Cuando en los accidentes participen dos o más vehículos y entre ellos haya asegurados y no asegurados o no identificados, se procederá según lo previsto en el presente numeral para el caso de vehículos asegurados, pero el importe correspondiente a la indemnización de los ocupantes del vehículo o vehículos no asegurados o no identificados y el pago que a los terceros correspondería estará a cargo del Fondo de que trata el artículo 198 numeral 1o. del presente Estatuto.”

De este modo, en el caso de concurrencia de vehículos, el fondo público de accidentes de tránsito asume las indemnizaciones que corresponden a aquellos vehículos carentes de SOAT y las que se generen a favor de terceros.

²⁶ Expedido con base en las facultades extraordinarias conferidas por el artículo 93 de la Ley 45 de 1990.

Cabe recordar, como se dijo anteriormente, que el artículo 223 de la Ley 100 de 1993 integró el FONSAT a la Subcuenta ECAT del FOSYGA, de modo que las reclamaciones de las víctimas de accidentes de tránsito en que no existe cobertura del SOAT pasaron a ser cubiertas directamente por el FOSYGA, tal como lo señaló inicialmente el Decreto 1283 de 1996²⁷ (artículo 32), luego el Decreto 3990 de 2007²⁸ (artículo 3) y posteriormente el Decreto 56 de 2015²⁹ (artículo 5-1), actualmente integrado al Decreto Único 780 de 2016, por el cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Salud y Protección Social (Artículos 2.6.1.4.1.2 y ss.)

Este último decreto contiene además los parámetros relacionados con la legitimación para reclamar y los valores a reconocer por los servicios de salud³⁰, indemnización por incapacidad permanente³¹, indemnización por muerte y gastos funerarios³², y gastos de transporte³³ ocasionados por accidentes de tránsito, para lo cual el responsable del pago será (i) la compañía de seguros cuando el vehículo involucrado esté amparado por una póliza SOAT y (ii) la Subcuenta ECAT del FOSYGA en el caso de siniestros en los cuales el vehículo involucrado no se encuentre identificado o no esté asegurado con dicha póliza³⁴.

Actualmente, el artículo 17 del Decreto 1429 de 2016, de creación de la Administradora de Recursos del Sistema de Seguridad Social en Salud -ADRES-, establece que la Dirección de Otras Prestaciones de esa entidad será la encargada del reconocimiento y pago, entre otros, de las indemnizaciones a las víctimas de accidentes de tránsito “que venía pagando el FOSYGA” a través de la Dirección de Administración de Fondos de la Protección Social del Ministerio de Salud y Protección Social.

²⁷ Por el cual se reglamenta el funcionamiento del Fondo de Solidaridad y Garantía del Sistema General de Seguridad Social en Salud.

²⁸ Por el cual se reglamenta la Subcuenta del Seguro de Riesgos Catastróficos y Accidentes del Tránsito del Fondo de Solidaridad y Garantía, FOSYGA, se establecen las condiciones de operación del aseguramiento de los riesgos derivados de daños corporales causados a las personas en accidentes de tránsito, eventos catastróficos y terroristas, las condiciones generales del seguro de daños corporales causados a las personas en accidentes de tránsito, Soat.

²⁹ Por el cual se establecen las reglas para el funcionamiento de la Subcuenta del Seguro de Riesgos Catastróficos y Accidentes de Tránsito (ECAT), y las condiciones de cobertura, reconocimiento y pago de los servicios de salud, indemnizaciones y gastos derivados de accidentes de tránsito, eventos catastróficos de origen natural, eventos terroristas o los demás eventos aprobados por el Ministerio de Salud y Protección Social en su calidad de Consejo de Administración del FOSYGA, por parte de la Subcuenta ECAT del FOSYGA y de las entidades aseguradoras autorizadas para operar el SOAT.

³⁰ Cfr. Artículos 2.6.1.4.2.2 y 2.6.1.4.2.3 del Decreto Único 780 de 2015.

³¹ Cfr. Artículos 2.6.1.4.2.6 y 2.6.1.4.2.8, *ibídem*.

³² Cfr. Artículos 2.6.1.4.2.11 y 2.6.1.4.2.13, *ibídem*.

³³ Cfr. Artículos 2.6.1.4.2.15, *ibídem*.

³⁴ Cfr. Numeral 2º del artículo 2.6.1.4.2.3., literal b) del artículo 2.6.1.4.2.8, literal b) del artículo 2.6.1.4.2.13, literal b) artículo 2.6.1.4.2.17 *ibídem*.

De esta manera, a partir de un principio de solidaridad social, el FOSYGA (ADRES) suple la inexistencia o imposibilidad de hacer efectivo el seguro obligatorio de accidentes de tránsito y responde por las coberturas que en principio deberían estar aseguradas por medio del SOAT, si se hubiera podido identificar el vehículo causante del daño o si el propietario del vehículo hubiera cumplido su obligación de portar dicho seguro.

Cabe señalar finalmente que si a través de la Subcuenta ECAT del FOSYGA (ADRES) se realizan pagos a las víctimas de accidentes de tránsito causados por vehículos que en un principio aparecen como desconocidos o carentes de SOAT, pero que posteriormente se pueden identificar o establecer que sí contaban con dicho seguro obligatorio, el FOSYGA (ADRES) puede recobrar las sumas respectivas ante la aseguradora que expidió el respectivo SOAT. Al respecto, el numeral 3º del artículo 2.6.1.4.3.14 del Decreto 780 de 2016, Decreto Único Reglamentario del Sector Salud, señala:

“3. El Ministerio de Salud y Protección Social o quien este designe, podrá repetir contra la compañía aseguradora autorizada para expedir el SOAT, cuando con cargo a la Subcuenta ECAT del FOSYGA se hayan pagado servicios de salud, indemnizaciones y gastos a las víctimas de accidentes de tránsito, y se compruebe que él o cualquiera de los vehículos involucrados en el accidente de tránsito estaban amparados por una póliza SOAT a la fecha de ocurrencia del mismo.”

En consecuencia, en el caso de vehículos desconocidos, el administrador del FOSYGA está obligado a investigar y buscar la cooperación de las autoridades públicas competentes (policía, fiscalía, organismos de tránsito, etc.), con el fin de determinar la identidad de dicho automotor y, si es del caso, repetir contra la compañía de seguros que hubiera expedido su SOAT. Y en el caso de vehículos identificados pero que aparentemente carecen de SOAT, deberá verificar la realidad de esa información a efectos de (i) no hacer pagos que correspondan a las aseguradoras (control previo) o (ii) de poder repetir contra ellas en el caso de que la existencia del SOAT se verifique luego de haber pagado (control posterior).

3.2 Plazos para presentar las reclamaciones al FOSYGA (ADRES) y para efectuar su pago

En vigencia del Decreto 019 de 2012, cuyo artículo 111 modificó el artículo 13 del Decreto 1281 de 2002, el plazo para presentar reclamaciones con cargo a las diferentes subcuentas del FOSYGA se estableció en un año, así:

"Artículo 111. Término para efectuar cualquier tipo de cobro o reclamación con cargo a recursos del Fosyga. El artículo 13 del Decreto 1281 de 2002, quedará así:

Artículo 13. Término para efectuar cualquier tipo de cobro o reclamación con cargo a recursos del FOSYGA. Las reclamaciones o cualquier tipo de cobro que deban atenderse con cargo a los recursos de las diferentes subcuentas del FOSYGA se

deberán presentar ante el FOSYGA en el término máximo de (1) año contado a partir de la fecha de la generación o establecimiento de la obligación de pago o de la ocurrencia del evento, según corresponda (...)

Con la expedición de la Ley 1753 de 2015, Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018, el plazo se amplió a tres años:

“Artículo 73. Procesos de recobros, reclamaciones y reconocimiento y giro de recursos del aseguramiento en salud. Los procesos de recobros, reclamaciones y reconocimiento y giro de recursos del aseguramiento en Salud que se surten ante el Fosyga o la entidad que asuma sus funciones se regirán por las siguientes reglas:

Tratándose de recobros y reclamaciones:

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

Ahora bien, presentada la reclamación al FOSYGA (ADRES), este cuenta con un plazo de dos (2) meses para hacer auditoría integral a las reclamaciones (y si es del caso glosarlas) y uno (1) más para hacer el pago, según se establece en el Decreto Único Reglamentario del Sector Salud:

“Artículo 2.6.1.4.3.12 Término para resolver y pagar las reclamaciones. Las reclamaciones presentadas con cargo a la Subcuenta ECAT del Fosyga a que refiere el presente Capítulo, se auditarán integralmente dentro de los dos (2) meses siguientes al cierre de cada periodo de radicación, los cuales serán establecidos por el Ministerio de Salud y Protección Social. Si hubo lugar a la imposición de glosas como consecuencia de la auditoría integral a la reclamación, el Ministerio de Salud y Protección Social comunicará la totalidad de ellas al reclamante, quien deberá subsanarlas u objetarlas, dentro de los dos (2) meses siguientes a la comunicación de su imposición. Si transcurrido dicho término no se recibe información por parte del reclamante, se entenderá que aceptó la glosa impuesta. El Ministerio de Salud y Protección Social o quien este designe, pagará las reclamaciones que no hubiesen sido glosadas, dentro del mes siguiente a la fecha del cierre efectivo y certificación del proceso de auditoría integral, so pena del pago de intereses moratoria en los términos del artículo 1080 del Código de Comercio.”

4. Mecanismos para la recuperación de los pagos realizados con cargo a la subcuenta ECAT y plazos de prescripción

Como se ha indicado, con el fin de garantizar la atención de las necesidades inmediatas de las víctimas de accidentes de tránsito y que los hospitales y clínicas presten los servicios de urgencia con la seguridad de recuperar los costos que les demanda ese deber, el FOSYGA (ADRES) asume las coberturas propias del SOAT en el caso de accidentes de tránsito en los que participan vehículos no identificados o no asegurados. En otras palabras el FOSYGA (ADRES) responde

por *una obligación ajena* (la del ciudadano que debe adquirir el SOAT) y paga aquéllos siniestros que deberían haber estado cubiertos por el seguro de accidentes de tránsito que la ley exige para circular por el territorio nacional.

Justamente, por asumir las consecuencias del incumplimiento de una obligación ajena, unido al hecho de que los recursos del sistema de seguridad social son recursos públicos objeto de una especial protección constitucional y legal³⁵, además de ser escasos, el FOSYGA (ADRES) tiene diferentes mecanismos legales para recuperar las indemnizaciones pagadas a las víctimas de accidentes de tránsito en que participan vehículos no identificados o carentes de SOAT³⁶. Estos mecanismos son:

4.1 Acción judicial de repetición contra los responsables del accidente de tránsito o sus aseguradores (artículo 199-4 del E.OS.F)

El artículo 199 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, que recoge lo que al respecto establecía el artículo 16 del Decreto Extraordinario 1032 de 1991, establece una acción de repetición *contra los responsables del accidente de tránsito y sus aseguradores*, en los siguientes términos:

“Artículo 199. Aspectos Generales (...)

4. Destinación de los recursos del "FONSAT" (...)

Parágrafo. *En todo caso, la entidad encargada de administrar el "FONSAT" entablará todas las acciones de repetición que legalmente resulten procedentes **contra los responsables de los accidentes** y, en el evento de establecerse que los mismos estaban asegurados, tales acciones se ejercerán ante las entidades aseguradoras respectivas.*³⁷ (Se resalta el aparte pertinente)

³⁵ Artículos 1, 2 y 48 C.P. Asimismo, ver artículos 9° y 154 de la Ley 100 de 1993 sobre la destinación de los recursos del Sistema de Seguridad Social y las facultades de intervención del Estado para asegurar su correcta utilización. Por su parte, la Ley Estatutaria 1751 de 2015, por medio de la cual se reguló el derecho fundamental a la salud y se dictaron otras disposiciones establece que *“los recursos públicos que financian la salud son inembargables, tienen destinación específica y no podrán ser dirigidos a fines diferentes a los previstos constitucional y legalmente”*³⁵. En el mismo sentido, la Ley 1753 de 2015, por la cual se crea la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud – ADRES, señala que los recursos del Sistema de Seguridad Social en Salud que administrará esa entidad se deberán manejar de forma separada y no entrarán a formar parte de su patrimonio (artículo 66).

³⁶ Precisamente, según el Decreto Único Reglamentario 780 de 2016, una de las fuentes de financiación de la Subcuenta ECAT del FOSYGA es la que se deriva de estos recobros: *“Artículo 2.6.1.4.1.1. Financiación de la Subcuenta ECAT del Fosyga (...)* “3. Los recursos que por cualquier medio recupere el Fondo de Solidaridad y Garantía (Fosyga), que haya pagado con ocasión de la atención a personas por un accidente de tránsito, **cuando exista incumplimiento del propietario del vehículo automotor de la obligación de adquirir el SOAT**”. (Se resalta).

³⁷ En el Decreto 1283 de 1996 se estableció inicialmente: **“Artículo 32. Beneficios.** Las víctimas de los eventos definidos en el artículo 30 del presente Decreto, tendrán derecho a los siguientes beneficios con cargo a esta subcuenta, **sin perjuicio de las acciones de reclamación civiles y/o penales que correspondiere y que adelante la Nación-Fondo de Solidaridad y Garantía contra los responsables directos (...)**”. Posteriormente, el Decreto 3990 de 2007 señaló: **“Artículo 7°. Acción de repetición.** (...) Así mismo, de conformidad con lo previsto en el artículo

Como se observa, bajo la regla general de responsabilidad del artículo 2341 del Código Civil, según la cual “*el que ha cometido un delito o culpa, que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización*”, el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero permite que el FOSYGA (ADRES), en cuya subcuenta ECAT está integrado el FONSAT, pueda dirigirse **contra los responsables del accidente de tránsito o sus aseguradores** (se entiende que son seguros de responsabilidad civil distintos o adicionales al SOAT).

Este mecanismo de recuperación de las sumas pagadas por parte del FOSYGA (ADRES) en el caso de accidentes de tránsito tiene las siguientes características: (i) es una acción de repetición; (ii) está basada en la **responsabilidad civil**; (iii) se ejerce contra los responsables del accidente de tránsito o sus aseguradores; y (iv) corresponde a una **acción judicial declarativa**, en la medida en que si no hay un pago voluntario de la obligación, solo un juez, podría determinar la responsabilidad civil del accidente de tránsito, a través de un proceso judicial y con respeto de las normas que rigen el debido proceso (artículo 29 C.P)³⁸.

Esta repetición se encuentra basada, por una parte, en las normas generales que regulan la subrogación de las obligaciones, esto es, “*la transmisión de los derechos del acreedor a un tercero que le paga*” (artículo 1666 C.C.). Particularmente, se relaciona con los artículos 1688³⁹ y 1670⁴⁰ del Código Civil, los cuales se refieren a la subrogación legal de quien paga una obligación ajena y en virtud de dicho pago se subroga *en todos los derechos, acciones y privilegios del acreedor original*.⁴¹

1668 del Código Civil, el Fosyga se entiende subrogado en los derechos de quien hubiere recibido cualquier suma como indemnización de la Subcuenta ECAT del Fosyga, con ocasión del incumplimiento del propietario del vehículo, de la obligación que le corresponde de adquirir el seguro daños corporales causados a las personas en accidentes de tránsito, Soat y procederá a su cobro.”

³⁸ Cabe señalar que el artículo 146 del Código Nacional de Tránsito solamente consagra la posibilidad de que las autoridades de tránsito rindan “un concepto técnico” sobre la responsabilidad en el choque y la cuantía de los daños”.

³⁹ Artículo 1668. Se efectúa la subrogación por el ministerio de la ley, y aún contra la voluntad del acreedor, en todos los casos señalados por las leyes y especialmente a beneficio: (...) 5. Del que paga una deuda ajena, consintiéndolo expresa o tácitamente el deudor.”

⁴⁰ Artículo 1670. La subrogación, tanto legal como convencional, traspasa al nuevo acreedor todos los derechos, acciones y privilegios, prendas e hipotecas del antiguo, así contra el deudor principal, como contra cualesquiera terceros, obligados solidaria y subsidiariamente a la deuda. Si el acreedor ha sido solamente pagado en parte, podrá ejercer sus derechos relativamente a lo que se le reste debiendo, con preferencia al que solo ha pagado una parte del crédito.

⁴¹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Expediente No. C-7198. Magistrado Ponente Jaime Arrubla Paucar, mayo 25 de 2005: “*La subrogación, legal o convencional, implica que los “derechos, acciones, privilegios, prendas e hipotecas” de un acreedor se transmiten “a un tercero que paga”, según se declara en los artículos 1666 y 1670 del Código Civil, lo cual significa que la obligación del deudor no se extingue, sino que lo que se presenta es un simple cambio de acreedor. Por tanto, para calificar en un caso concreto como subrogatoria la acción propuesta, es intranscendente que se manifieste expresamente en la demanda, porque ese formulismo, superado desde antaño, no lo exige la ley.*”

Por otra parte, la repetición que se estudia responde a la regla del artículo 1096 del Código de Comercio, según la cual “*el asegurador que pague una indemnización se subrogará, por ministerio de la ley y hasta concurrencia de su importe, en los derechos del asegurado contra los responsables del daño*”, que es lo que ocurre, precisamente, cuando el FOSYGA (ADRES), en el caso de vehículos no identificados o no asegurados, asume la posición que normalmente tendrían las aseguradoras respecto de las coberturas propias del SOAT.

En síntesis, el artículo 199-4-parágrafo del EOSF consagra un tipo de subrogación legal que le permite al FOSYGA dirigirse contra los responsables del accidente de tránsito o sus aseguradores para recuperar las sumas pagadas por virtud del hecho dañoso.

Este mecanismo de repetición será especialmente importante en los casos en los que el responsable del accidente no es el propietario o el conductor del vehículo carente de SOAT sino un tercero, caso en el cual el FOSYGA (ADRES) puede intentar contra ese tercero o sus aseguradores las acciones tendientes a recuperar los recursos de la Subcuenta ECAT.

En cuanto al plazo para ejercer estas acciones, la Sala observa que al momento de expedirse el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero (1993) no había una disposición especial expresa que confirmara la competencia a la jurisdicción contenciosa para conocer las demandas del Estado contra los particulares por los daños causados por estos y, por ende, el tema de la prescripción (o caducidad) podía permitir alguna discusión.

No obstante, desde la Ley 446 de 1998⁴², la jurisdicción de lo contencioso administrativo es competente para conocer las demandas que el Estado debe presentar contra los particulares por los daños que estos le causen. Así lo establece actualmente el artículo 140 del CPACA, que señala:

“**Artículo 140.** *Reparación directa* (...) Las entidades públicas deberán promover la misma pretensión cuando resulten perjudicadas por la actuación de un particular o de otra entidad pública.”

En estos casos el plazo de caducidad de la acción de repetición será dos (2) años conforme a lo previsto en el artículo 164-2 (i) del mismo CPACA. Este plazo empezará a correr desde el momento en que nace el derecho de recobro en cabeza del FOSYGA (ADRES), lo cual ocurre cuando se efectúa **el pago** de los

⁴² El artículo 31 de la Ley 446 de 1998 adicionó el artículo 86 del Decreto 01 de 1984 con un párrafo del siguiente tenor: “Artículo 86. Acción de reparación directa. Las entidades públicas deberán promover la misma acción cuando resulten condenadas o hubieren conciliado por una actuación administrativa originada en culpa grave o dolo de un servidor o ex servidor público que no estuvo vinculado al proceso respectivo, o cuando resulten perjudicadas por la actuación de un particular o de otra entidad pública.”

servicios de salud, indemnizaciones y gastos que correspondan con ocasión del hecho dañoso.

Esto último en aplicación de la misma regla contenida en la parte final del artículo 164-2 (i) del CPACA y porque el afectado no puede quedar indefinidamente expuesto a procedimiento judiciales o administrativos por parte del Estado.

Lo anterior, sin perjuicio de que el FOSYGA (ADRES) pueda intentar el cobro dentro del proceso penal que se tramite como consecuencia del accidente de tránsito, a través del *incidente de reparación integral* previsto en el artículo 102 del Código de Procedimiento Penal (modificado por la Ley 1395 de 2010), el cual le permite a las víctimas de un delito, sus herederos, sucesores o *causahabientes*, reclamar los daños derivados de la conducta punible⁴³.

En este caso habría que tener en cuenta el plazo especial de caducidad establecido en el artículo 106 del CPP, modificado por el artículo 106 de la Ley 1395 de 2010, según el cual *“la solicitud para la reparación integral por medio de este procedimiento especial caduca treinta (30) días después de haber quedado en firme el fallo condenatorio”*.

4.2 Cobro coactivo contra el propietario del vehículo (o su conductor) por el incumplimiento del deber administrativo de tener el Seguro Obligatorio de Accidentes de Tránsito

4.2.1 Consideraciones generales sobre la jurisdicción coactiva

Como esta Sala ya lo ha manifestado, el derecho colombiano reconoce a la generalidad de entidades estatales la facultad o privilegio de cobrar directamente las obligaciones a su favor sin necesidad de acudir a una autoridad judicial, esto es, de ejercer la potestad de cobro coactivo⁴⁴.

Inicialmente los artículos 68 y 79 del derogado Código Contencioso Administrativo y el artículo 112 de la ley 6ª de 1992 le otorgaron dicha potestad a la Nación y a las entidades del orden nacional, a las entidades territoriales y a las entidades adscritas o vinculadas. En relación con las entidades adscritas o vinculadas que

⁴³ Con la aclaración de que, según la jurisprudencia, el incidente de reparación integral no es acumulable a la acción civil ordinaria, de modo que el interesado debe escoger entre ellas. (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia del 14 de junio de 2017, expediente SP-84632017).

⁴⁴ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto radicación interna: 2084 del 9 de agosto de 2012. La jurisdicción coactiva ha sido definida en la jurisprudencia de la Corte Constitucional como *“un privilegio exorbitante” de la Administración, que consiste en la facultad de cobrar directamente, sin que medie intervención judicial, las deudas a su favor, adquiriendo la doble calidad de juez y parte, cuya justificación se encuentra en la prevalencia del interés general, en cuanto dichos recursos se necesitan con urgencia para cumplir eficazmente los fines estatales*” (Corte Constitucional. Sentencia C-666/00).

responden a formas empresariales o societarias regidas por el derecho privado, la Corte Constitucional aclaró en Sentencia C-666 de 2000, que tales organizaciones podían ejercer jurisdicción coactiva para recuperar las obligaciones contenidas en actos expedidos en ejercicio de función administrativa, más no por su actividad netamente comercial o industrial⁴⁵.

Posteriormente, el artículo 5º de la ley 1066 de 2006 ampliaría aún más la potestad de cobro coactivo, al referirse a la generalidad de entidades públicas que de manera permanente ejercen funciones administrativas y en virtud de ellas “deban recaudar rentas o caudales públicos”. Al respecto, esta Sala indicó que la expresión “rentas o caudales públicos”, tenía un sentido amplio e incluyente que cobijaba a la generalidad de entidades y organismos del Estado a los que, con independencia de su naturaleza o denominación, se les asignan funciones administrativas y de recaudo de recursos públicos⁴⁶.

Adicionalmente, la potestad del cobro coactivo se reitera a manera de “deber” en el artículo 98 de la ley 1437 de 2011, en el cual se establece que las entidades públicas del artículo 104 del mismo Código -cualquier órgano, organismo, entidad o empresa con participación estatal superior al 50%- , “deberán” recaudar las obligaciones creadas a su favor en documentos que presten mérito ejecutivo⁴⁷.

Ahora bien, acerca de la existencia de un título ejecutivo que pueda cobrarse por jurisdicción coactiva, cabe recordar que desde antes de la expedición de la Carta de 1991, los artículos 68 y 79 del Código Contencioso Administrativo – Decreto 01 de 1984-, definieron los documentos que prestan mérito ejecutivo, los cuales aparecen incorporados en el artículo 99 de la Ley 1437 de 2011, el cual incluye, entre otros, los actos administrativos ejecutoriados que imponen el pago una suma líquida de dinero:

“Artículo 99. Documentos que prestan mérito ejecutivo a favor del Estado. Prestarán mérito ejecutivo para su cobro coactivo, siempre que en ellos conste una obligación clara, expresa y exigible, los siguientes documentos:

⁴⁵ Ver también Sentencia del 30 de junio de 2011 de la Sección Primera del Consejo de Estado, que se refiere al ejercicio de jurisdicción coactiva por una empresa industrial y comercial del Estado en relación con las funciones administrativas que excepcionalmente le corresponde cumplir.

⁴⁶ Concepto 1882 del 15 de diciembre de 2009.

⁴⁷ “Artículo 98. Deber de recaudo y prerrogativa del cobro coactivo. Las entidades públicas definidas en el párrafo del artículo 104 deberán recaudar las obligaciones creadas en su favor, que consten en documentos que presten mérito ejecutivo de conformidad con este Código. Para tal efecto, están revestidas de la prerrogativa de cobro coactivo o podrán acudir ante los jueces competentes.” Por su parte, el artículo 104 define de manera amplia lo que debe entenderse por entidad pública: “Artículo 104 (...) PARÁGRAFO. Para los solos efectos de este Código, se entiende por entidad pública todo órgano, organismo o entidad estatal, con independencia de su denominación; las sociedades o empresas en las que el Estado tenga una participación igual o superior al 50% de su capital; y los entes con aportes o participación estatal igual o superior al 50%.”

1. Todo acto administrativo ejecutoriado que imponga a favor de las entidades públicas a las que alude el parágrafo del artículo 104, la obligación de pagar una suma líquida de dinero, en los casos previstos en la ley (...)” (Subrayas de la Sala)

Al respecto, la Sala ha aclarado que en los casos en que el título ejecutivo es un acto administrativo, no basta la potestad general de cobro coactivo, sino que es necesario que la ley haya reconocido expresamente a la respectiva entidad la potestad de *declarar unilateralmente la obligación*, es decir, de expedir el acto administrativo que será ejecutado por jurisdicción coactiva⁴⁸.

Cabe recordar finalmente que el artículo 5º de la Ley 1066 de 2006 remite a todas las entidades al procedimiento de cobro coactivo del Estatuto Tributario, lo cual es reiterado en el artículo 100-2 del CPACA, que reenvía a ese mismo estatuto en todo lo no regulado expresamente por el propio CPACA⁴⁹. Esta remisión será especialmente relevante para la presente consulta, en la medida en que, al no haber norma especial en el CPACA que regule la prescripción de los procedimientos de cobro coactivo, se deberá aplicar en lo pertinente el Estatuto Tributario, conforme se revisa más adelante.

4.2.2 El caso analizado: jurisdicción coactiva para la recuperación de las sumas pagadas por accidentes de tránsito de vehículos no identificados o no asegurados

Ahora bien, para el caso analizado el artículo 114 del Decreto Ley 019 de 2012⁵⁰ faculta al FOSYGA (ADRES) para **declarar la obligación de reembolso** y

⁴⁸ Concepto 2307 de 2016: “Al respecto es preciso advertir que la facultad de cobro coactivo no es una competencia general para crear obligaciones a favor del Estado, sino para recaudar directamente (sin necesidad de acudir al juez de la ejecución) aquellas rentas o caudales públicos que están contenidas en un título ejecutivo previo, bien proveniente del deudor o bien creado por la propia entidad cuando le ha sido reconocida expresamente una competencia para ese fin. Por tanto, debe tenerse en cuenta que el ejercicio de la potestad de cobro coactivo otorgada a la generalidad de entidades públicas en los artículos 5 de la Ley 1066 de 2005 y 98 de la Ley 1437 de 2011, presupone no solo la existencia de un título ejecutivo previo que contiene la obligación por recaudar, sino también que, cuando ese título está representado en un acto administrativo, la entidad que lo expide tiene competencia suficiente para declarar (imponer) unilateralmente la obligación.”

⁴⁹ “**Artículo 100. Reglas de procedimiento.** Para los procedimientos de cobro coactivo se aplicarán las siguientes reglas: (...) **2. Los que no tengan reglas especiales se regirán por lo dispuesto en este título y en el Estatuto Tributario.**” (Se resalta). Al respecto, en Concepto 2164 de 2014 se indicó: “La Sala de Consulta y Servicio Civil se ha referido en varias oportunidades al alcance de la Ley 1066 y a la facultad de cobro coactivo de las entidades públicas y ha señalado que esa ley unificó las formas de cobro coactivo, inclusive para los órganos autónomos y entidades con régimen especial derivado de la Constitución, **en orden a garantizar para todas ellas el ejercicio de esa función en forma ágil, eficiente, oportuna y a través de un mismo procedimiento, el Estatuto Tributario**, como claramente se desprende de los antecedentes de esa ley.” (Se resalta). Ver igualmente Conceptos 1835 del 9 de agosto de 2007, 1882 del 5 de marzo de 2008, 1904 de 2008 y 2126 de 2013.

⁵⁰ “*Por el cual se dictan normas para suprimir o reformar regulaciones, procedimientos y trámites innecesarios existentes en la Administración Pública*”.

recuperar por jurisdicción coactiva los pagos hechos con cargo a la Subcuenta ECAT del FOSYGA, en razón de accidentes de tránsito en que están involucrados automóviles no identificados o no asegurados:

“Artículo 114. Repetición de créditos a favor del FOSYGA. El cobro de los crédito (sic) a favor del FOSYGA correspondientes a las reclamaciones reconocidas y pagadas por la nación -Fondo de Solidaridad y Garantía -FOSYGA con ocasión de los daños corporales causados a las personas en accidentes de tránsito, **como consecuencia del incumplimiento de la obligación de contar con el Seguro Obligatorio de Accidentes de Tránsito -SOAT vigente**, estará a cargo del Ministerio de Salud y Protección Social quien **mediante acto administrativo ordenará el cobro y podrá hacerlo efectivo a través de la jurisdicción coactiva a través de procedimiento administrativo de cobros coactivos**”. (Resalta la Sala).

Como se observa, esta disposición le otorga expresamente al Ministerio de Salud y Protección Social⁵¹ la competencia para:

- (i) expedir el acto administrativo que “ordene” el reembolso de las indemnizaciones hechas con cargo a la Subcuenta ECAT por el incumplimiento del deber de tener un seguro obligatorio de accidentes de tránsito; y
- (ii) hacer efectivo dicho reembolso mediante la jurisdicción coactiva.

Se trata de dos competencias diferentes pero complementarias: la de expedir el acto administrativo que ordena el reembolso (declarativo) y la de adelantar el cobro coactivo de dicho acto (ejecución como tal).

Cabría preguntarse si, como parece interpretarlo el organismo consultante, la norma analizada habría derogado tácitamente el párrafo del numeral 4 del artículo 199 inicialmente analizado, el cual, como ya se explicó, permite recuperar los recursos del FOSYGA mediante la acción de repetición contra los causantes del accidente de tránsito y sus aseguradores. Según la consulta, al expedirse el Decreto 19 de 2012 se abandonó el cobro judicial contra los responsables del daño y todos los recobros se empezaron a hacer por jurisdicción coactiva contra el propietario del vehículo carente de SOAT.

Al respecto, la Sala considera que dicha *derogatoria tácita* no se presenta en la medida en que este fenómeno “supone la existencia de una norma posterior que contiene disposiciones incompatibles con aquella que le sirve de precedente”⁵² y, en el caso analizado, las disposiciones que se revisan regulan dos mecanismos diferentes (alternativos y conciliables) de recuperación de los recursos pagados

⁵¹ En su momento a través de la Dirección de Administración de Fondos de la Protección Social, según la distribución de funciones contenida en el Decreto 4107 de 2012.

⁵² Sentencia C-668 de 2014. Según el artículo 71 del Código Civil, la derogatoria tácita se da “cuando la nueva ley contiene disposiciones que no pueden conciliarse con las de la ley anterior”.

por el Estado en el caso de accidentes de tránsito en que participan vehículos carentes de SOAT.

En efecto, a diferencia del artículo 199-4 párrafo del EOSF -que se encuentra basado en la responsabilidad civil y se dirige contra los causantes del daño-, el cobro coactivo regulado en el artículo 114 del Decreto Ley 19 de 2012 se fundamenta en “*el incumplimiento de la obligación de contar con el Seguro Obligatorio de Accidentes de Tránsito -SOAT vigente*” y, por lo mismo, se dirige exclusivamente contra el propietario del vehículo o su conductor, quienes por la inobservancia de su deber de contratar el seguro obligatorio de accidentes de tránsito, y con independencia de su responsabilidad en el accidente de tránsito, han generado los desembolsos de la Subcuenta ECAT.

En esta medida, el artículo 114 del Decreto 19 de 2012 regula un mecanismo de recuperación de los recursos de la Subcuenta ECAT del FOSYGA (ADRES) distinto al previsto en el Artículo 194 del EOSF, el cual, a diferencia de este último: (i) se adelanta por vía administrativa y no judicial, (ii) se basa en el incumplimiento de un deber administrativo y no en la responsabilidad civil, y (iii) forma parte de las potestades de autotutela declarativa y ejecutiva de la Administración⁵³.

Así se establece en el párrafo del artículo 2.6.1.4.3.14 del Decreto Único 780 de 2016, que aunque de manera confusa y poco técnica, se refiere tanto a la acción judicial de repetición derivada de la subrogación legal (primera parte del artículo), como al cobro que se puede intentar contra el propietario o conductor del vehículo por el incumplimiento de la obligación de circular con un SOAT vigente (segunda parte del artículo, resaltada):

“Artículo 2.6.1.4.3.14. Repetición. *Se podrá repetir el pago realizado a las víctimas de accidentes de tránsito, así:*
(...)

⁵³ “Cuando una empresa o administración privada es acreedora de una deuda que no es satisfecha voluntariamente por el obligado al pago, para ejecutarla coactivamente no tiene más remedio que acudir a los Tribunales para que éstos declaren primero que la deuda existe, es líquida y exigible (heterotutela declarativa), y para que después impongan coactivamente al deudor el pago de lo debido (heterotutela ejecutiva); la administración privada no puede ejecutar por sí misma esa deuda, sino que imperativamente precisa de la intervención judicial.

En cambio, cuando la Administración Pública es acreedora de una deuda tributaria no necesita acudir a los Tribunales para que se declare la existencia, liquidez y exigibilidad de la deuda (autotutela declarativa) ni para ejecutarla coactivamente (autotutela ejecutiva). En primera instancia no corresponde a los Tribunales la garantía de la eficacia práctica de las potestades de la Administración Pública, sino que el ordenamiento jurídico confiere a estas últimas una posición de privilegio desde la cual pueden ejecutar inmediatamente sus decisiones sin necesidad de intervención judicial; esa posición de privilegio se conoce como privilegio de ejecución u oficio o autotutela administrativa.” (BLANQUER David. Introducción al Derecho Administrativo. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia. 1998. Pág.140)

Parágrafo. De conformidad con lo previsto en el artículo 1668 del Código Civil, el FOSYGA se entiende subrogado en los derechos de quien hubiere recibido cualquier suma de la Subcuenta ECAT de dicho Fondo por concepto de pago de los servicios de salud, indemnizaciones y gastos de que trata el presente Capítulo, con ocasión del incumplimiento del propietario del vehículo de la obligación de adquirir el SOAT. No obstante, la persona que conducía el vehículo no asegurado al momento del accidente, será solidaria por todo concepto de responsabilidad que le asista al propietario del vehículo por cuenta del incumplimiento de la obligación de adquirir el SOAT. **En estos casos, el FOSYGA adelantará las acciones pertinentes contra el propietario del vehículo para la fecha del accidente, encaminadas a recuperar las sumas que haya pagado por los servicios de salud, indemnizaciones y gastos de que trata el presente Capítulo y contra el conductor si lo estima pertinente.** (Resalta la Sala).

De este modo, el artículo 114 del Decreto 19 de 2012 permite a la propia Administración la recuperación de las sumas pagadas con cargo a la Subcuenta ECAT del FOSYGA (ADRES), a través de: (i) la declaración mediante acto administrativo de la obligación de reembolso a cargo del propietario del vehículo no asegurado o su conductor (basada en el incumplimiento del deber de tener un SOAT vigente); y (ii) su cobro por **jurisdicción coactiva**.

Por tanto, la persona que incumple el deber de contratar un seguro obligatorio de accidentes de tránsito, se ve expuesto por esa sola causa a: (i) la inmovilización de su vehículo (medida preventiva); (ii) la imposición de una multa (sanción pecuniaria); y, en el caso de ocurrir un accidente de tránsito, a (iii) restituir al Estado, con independencia de su responsabilidad en el accidente, las sumas pagadas a las víctimas por el incumplimiento de su deber legal de estar asegurado (medida resarcitoria). Además, claro está, de que pueda ser demandado por las víctimas para la reparación integral de los perjuicios causados.

Cabe indicar finalmente que el artículo 26 del Decreto 1429 de 2016 -de creación de la Administradora los Recursos del General de Seguridad Social en Salud – ADRES, dispuso el traslado a esta última entidad, entre otros, de los procesos de cobro coactivo que estaban a cargo de Dirección de la Administración de Fondos de la Protección Social del Ministerio de Salud y Protección Social. Por tanto será la nueva entidad administradora de los recursos de la seguridad social ADRES, la que tenga a su cargo los procesos de cobro coactivo que en su momento adelantaba la extinta Dirección de la Administración de Fondos de la Protección Social.

4.2.2.1. Caducidad para expedir el acto administrativo que ordena el reembolso a favor del FOSYGA

Una vez el FOSYGA (subcuenta ECAT) ha pagado los servicios de salud, indemnizaciones y gastos a las víctimas de accidentes de tránsito, deberá expedir

un acto administrativo que ordene el respectivo reembolso por parte del propietario o conductor del vehículo que inobservó el deber de adquirir el SOAT.

Dado que la ley no señala expresamente el plazo para la expedición de dicho acto administrativo, la Sala estima que dicho plazo no podría superar el que se tendría para interponer la acción judicial de repetición contra el particular que con su conducta le causó un daño, en los términos de los artículos 140 y 164 (numeral 2, lit. i) del CPACA, es decir, dos (2) años desde el momento de la exigibilidad de la respectiva obligación, hecho este que para el caso del FOSYGA ocurre desde que se hace el pago, tal como se explicó en el punto 4.1. de este concepto.

No sobra advertir que, de conformidad con los artículos 29 de la Constitución Política y 3 del CPACA, el acto administrativo que declara la existencia de la obligación de reembolso por parte del propietario del vehículo o su conductor no puede expedirse de plano. Por el contrario, exige respetar el debido proceso administrativo, que comporta la citación previa del afectado y la aplicación del procedimiento administrativo previsto en la primera parte del CPACA, inclusive en relación con los recursos que cabrían contra la decisión final.

Será el mencionado acto administrativo que ordena el reembolso a favor del FOSYGA, en el cual consta una obligación clara, expresa y exigible (artículo 99, num. 1, CPACA) el título ejecutivo que habilitará el cobro coactivo contra el propietario del vehículo o su conductor⁵⁴.

4.2.2.2 Prescripción de la acción de cobro coactivo con base en acto administrativo que ordena el reembolso

Conforme a lo previsto en los artículos 817 y 818 del Estatuto Tributario, los cuales resultan aplicables por la remisión normativa de los artículos 5 de la Ley 1066 de 2006 y 100-2 del CPACA⁵⁵, el término de prescripción para el cobro coactivo contra el propietario del vehículo o su conductor, es de cinco (5) años:

⁵⁴ Estas reglas también se encuentran previstas en la Resolución 3407 de 2012 antes citada (reglamento de cobro coactivo del FOSYGA), en cuyo artículo 3º se indica que el consorcio que administre el FOSYGA remitirá la información de las obligaciones generadas a favor del fondo, con base en la cual se expedirán los actos administrativos que servirán para iniciar el cobro coactivo: **“Artículo 4o. Título ejecutivo.** Para los efectos de la presente reglamentación, constituyen título ejecutivo los actos administrativos en los que conste una obligación pecuniaria expresa, clara y exigible a favor del Fondo de Solidaridad y Garantía (Fosyga). **Artículo 5o. Constitución del Título Ejecutivo.** La Dirección de Administración de Fondos de la Protección Social, con base en la información suministrada por el administrador fiduciario de los recursos del Fondo de Solidaridad y Garantía (Fosyga), **expedirá el acto administrativo que ordene el cobro de los dineros adeudados al Fondo de Solidaridad y Garantía (Fosyga), constitutivo de título ejecutivo que servirá de base para iniciar el cobro por jurisdicción coactiva.**” (Se resalta)

⁵⁵ Así se desarrolló en su momento en la Resolución 3407 de 2012 del Ministerio de Salud y la Protección Social, *por la cual se establece el Reglamento Interno de Recaudo de Cartera de los Fondos a cargo de la Dirección de Administración de Fondos de la Protección Social*, que señala lo siguiente: *“Artículo 9o. Clasificación y depuración de la cartera (...) 3.1. Prescripción. A las*

“Artículo 817. Término de prescripción de la acción de cobro. (Artículo modificado por el artículo 53 de la Ley 1739 de 2014). La acción de cobro de las obligaciones fiscales, **prescribe en el término de cinco (5) años**, contados a partir de:

1. La fecha de vencimiento del término para declarar, fijado por el Gobierno Nacional, para las declaraciones presentadas oportunamente.
2. La fecha de presentación de la declaración, en el caso de las presentadas en forma extemporánea.
3. La fecha de presentación de la declaración de corrección, en relación con los mayores valores.
4. La fecha de ejecutoria del respectivo acto administrativo de determinación o discusión.

La competencia para decretar la prescripción de la acción de cobro será de los Administradores de Impuestos o de Impuestos y Aduanas Nacionales respectivos, o de los servidores públicos de la respectiva administración en quien estos deleguen dicha facultad y **será decretada de oficio o a petición de parte**

Artículo 818. Interrupción y suspensión del término de prescripción. El término de la prescripción de la acción de cobro se interrumpe por la notificación del mandamiento de pago, por el otorgamiento de facilidades para el pago, por la admisión de la solicitud del concordato y por la declaratoria oficial de la liquidación forzosa administrativa.

Interrumpida la prescripción en la forma aquí prevista, **el término empezará a correr de nuevo desde el día siguiente a la notificación del mandamiento de pago**, desde la terminación del concordato o desde la terminación de la liquidación forzosa administrativa (...).” (Se resalta)

Es importante señalar que la prescripción de 5 años del Estatuto Tributario coincide a su vez con el término de prescripción de la acción ejecutiva del artículo 2536 del Código Civil -modificado por el artículo 8 de la Ley 791 de 2002-, el cual ha sido aplicado por la jurisprudencia del Consejo de Estado a los procesos de cobro coactivo que no tienen una norma especial en esa materia.⁵⁶

Ahora bien, como se observa en las normas citadas, la acción de cobro prescribe en el término de cinco (5) años contados desde la exigibilidad de la obligación, esto es, desde la fecha de ejecutoria del acto administrativo que ordena el reembolso. Este término de prescripción se interrumpe, entre otros eventos, por la notificación del mandamiento de pago.

Una vez interrumpida la prescripción, empieza a correr de nuevo, desde el día siguiente a la notificación del acto que la interrumpió, el término de 5 años para

acciones de cobro cuya exigibilidad fuere de cinco (5) años o más, excluyendo el tiempo de suspensión, sin que se haya interrumpido el término, se les aplicará la figura jurídica de la prescripción conforme lo establecen los artículos 817 y 818 del Estatuto Tributario Nacional. Igualmente se aplicará sobre las que, interrumpido el término de prescripción en la forma prevista en el inciso 1o del artículo 818 del Estatuto Tributario Nacional, hayan vuelto a transcurrir cinco (5) años o más.” (Se resalta)

⁵⁶ Consejo de Estado, Sentencia del 11 de marzo de 2010, expediente 2002-002547.

culminar el cobro, según lo dispone el artículo 818 transcrito y el entendimiento que de dicha norma ha deducido la Sección Cuarta del Consejo de Estado⁵⁷. Además, la prescripción puede ser declarada de oficio o a petición de parte, según establece en la parte final del artículo 817 en cita.

4.3 Aclaración final sobre la concurrencia de los mecanismos de recobro y la imposibilidad de obtener un doble pago

Como se ha visto, la ley ha previsto dos mecanismos distintos para la recuperación de los recursos de la Subcuenta ECAT del FOSYGA: (i) acción de repetición contra los responsables del accidente de tránsito o sus aseguradores (artículo 194 EOSF); y (ii) cobro coactivo contra el propietario del vehículo o su conductor por el incumplimiento de tener un SOAT vigente -artículo 114 Decreto 19 de 2012.

La existencia de estos mecanismos de recobro se justifica por la importancia de los recursos del sistema general de seguridad social en salud y su especial protección constitucional y legal, como ya se indicó. Así, le permiten al FOSYGA (ADRES) analizar las posibilidades de recobro en cada caso y elegir aquella que le asegure un mayor éxito de recuperación, a partir de la identificación de los deudores, su capacidad económica, la existencia de seguros de responsabilidad civil, los elementos de prueba, etc.

Esto significa, como se verá más adelante, que previamente a depurar la cartera del FOSYGA por la incobrabilidad de la obligación, deberá analizarse la factibilidad, eficacia y agotamiento de cada una de las referidas posibilidades de recobro.

En todo caso cabe advertir que los mecanismos de recuperación analizados no son acumulables ni pueden llevar a un doble pago o al enriquecimiento indebido del FOSYGA (ADRES). Su ejercicio debe estar dirigido, exclusivamente, a recuperar las sumas pagadas por ese fondo en virtud de las obligaciones que le impone la ley en el caso de accidentes de tránsito en los que están involucrados vehículos desconocidos o carentes de SOAT.

5. Procedimiento para el castigo de las obligaciones prescritas.

5.1 La autorización para depurar la cartera pública: Ley 1753 de 2015

Como señala el organismo consultante, el legislador se ha preocupado porque el sector público depure su información contable, de manera que los estados financieros revelen en forma fidedigna la realidad económica, financiera y patrimonial de las entidades públicas.

⁵⁷ Sentencia del 28 de agosto de 2013, expediente 2009-00138-01 (18567).

Inicialmente se expidió la Ley 716 de 2001⁵⁸, reglamentada por los Decretos 1282 de 2002 y 1914 de 2003, por la cual se dictaron disposiciones para el saneamiento de la información contable en el sector público⁵⁹. Posteriormente, el artículo 59 de la Ley 1739 de 2014 incluyó una nueva orden de depuración contable para todas las entidades públicas⁶⁰, a las cuales se les dio un plazo de cuatro años para ese efecto.

Esta última orden de saneamiento contable quedó restringida solamente a la DIAN por virtud del artículo 261⁶¹ de la Ley 1753 de 2015, por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018. Sin embargo, esta misma ley estableció una nueva regla general de depuración de las obligaciones de imposible recaudo de las entidades públicas, así:

“Artículo 163. Movilización de activos. Modifíquese el artículo 238 de la Ley 1450 de 2011, el cual quedará así: (...)

“Parágrafo 4º. En los eventos en que la cartera sea de **imposible recaudo** por la prescripción o caducidad de la acción, por la pérdida de fuerza ejecutoria del acto administrativo que le dio origen o por la inexistencia probada del deudor o su insolvencia demostrada y por tanto no sea posible ejercer los derechos de cobro o bien porque la relación costo-beneficio al realizar su cobro no resulta eficiente; **las entidades públicas ya señaladas**, podrán realizar la depuración definitiva de estos saldos contables, realizando un informe detallado de las causales por las cuales se depura y las excluirá de la gestión, el Gobierno nacional reglamentará la materia.”

Como se advierte, esta disposición autoriza a *las entidades públicas ya señaladas* -que según la primera parte del mismo artículo 164 comprende a las entidades públicas del orden nacional con excepción de las entidades financieras de carácter estatal, las Empresas Industriales y Comerciales del Estado, las Sociedades de

⁵⁸ Vigente inicialmente hasta el 31 de diciembre de 2004 y luego hasta el 31 de diciembre de 2005 en virtud de la Ley 901 de 2004. El artículo 79 de la Ley 998 de 2005 la prorrogaría por un año más, pero dicho artículo fue declarado inexecutable en Sentencia C-457 de 2006.

⁵⁹ “Artículo 1º. La presente ley regula la obligatoriedad de los entes del sector público de adelantar las gestiones administrativas necesarias para depurar la información contable, de manera que en los estados financieros se revele en forma fidedigna la realidad económica, financiera y patrimonial de las entidades públicas. Para el efecto, deberá establecerse la existencia real de bienes, derechos y obligaciones, que afectan el patrimonio público depurando y castigando los valores que presentan un estado de cobranza o pago incierto, para proceder, si fuera el caso a su eliminación o incorporación de conformidad con los lineamientos de la presente ley.”

⁶⁰ **Artículo 59. Saneamiento contable.** Las entidades públicas adelantarán, en un plazo de cuatro (4) años contados a partir de la vigencia de la presente ley, las gestiones administrativas necesarias para depurar la información contable de las obligaciones, de manera que en los estados financieros se revele en forma fidedigna la realidad económica, financiera y patrimonial de la entidad (...).”

⁶¹ “**Artículo 261. Depuración contable.** Modifíquese el artículo 59 de la Ley 1739 de 2014. Depuración contable. **La Unidad Administrativa Especial – Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN)** adelantará, en un plazo máximo de cuatro (4) años contados a partir de la vigencia de la presente ley, las gestiones administrativas necesarias para depurar la información contable, de manera que en los estados financieros se revele en forma fidedigna la realidad económica, financiera y patrimonial de la entidad (...).” (se resalta)

Economía Mixta y las entidades en liquidación⁶²-, para depurar la cartera **de imposible recaudo** por caducidad, prescripción, pérdida de fuerza ejecutoria del acto administrativo que le dar origen a la obligación o inexistencia o insolvencia del deudor.

De este modo, las entidades públicas están obligadas a depurar su información contable, sin que ello implique que se encuentren exoneradas del deber de intentar previamente y de manera oportuna todas las medidas tendientes a la recuperación de las obligaciones existentes a su favor.

A este respecto debe recordarse que de conformidad con la Ley 734 de 2002, es deber de todo servidor público cumplir con diligencia y eficiencia las funciones asignadas (artículo 34-2) y vigilar y salvaguardar los bienes que le han sido encomendados (artículo 34-21); así mismo al servidor público le está prohibido incumplir los deberes funcionales (artículo 35-1) y omitir o retardar el despacho de los asuntos a su cargo (artículo 35-7), entre otras conductas. Además, los servidores públicos que administran recursos públicos responden fiscalmente por la adecuada y correcta adquisición, planeación, conservación, administración, custodia, explotación, enajenación, consumo, adjudicación, gasto, inversión y disposición de los bienes públicos, así como por la recaudación, manejo e inversión de sus rentas (artículo 3 de la Ley 610 de 2000).

Por tanto, en la depuración de las obligaciones a favor del Estado deberá verificarse si la imposibilidad de recaudo, especialmente en los casos de prescripción o caducidad, obedece a la negligencia o falta de gestión administrativa de los servidores públicos de la propia entidad, caso en el cual deberán promoverse las investigaciones disciplinarias y fiscales a que hubiere lugar.

5.2 Las condiciones para la depuración y su aplicación al caso analizado

Ahora bien, la autorización de saneamiento contable de la Ley 1753 de 2015 se encuentra desarrollada en el Decreto 445⁶³ del 16 de marzo de 2017 *“por el cual se adiciona el Título 6 a la Parte 5 del Libro 2 del Decreto 1068 de 2015, Decreto Único Reglamentario del Sector Hacienda y Crédito Público y se reglamenta el parágrafo 4° del artículo 163 de la Ley 1753 de 2015, sobre depuración definitiva de la cartera de imposible recaudo de las entidades públicas del orden nacional.”*

⁶² La primera parte del artículo 163 de la Ley 1753 de 2015 se refiere a la movilización de activos en *“las entidades públicas del orden nacional con excepción de las entidades financieras de carácter estatal, las Empresas Industriales y Comerciales del Estado, las Sociedades de Economía Mixta y las entidades en liquidación”*. Por tanto, la expresión *“entidades públicas ya señaladas”* del parágrafo 4, debe entenderse en la forma definida en esa primera parte del artículo 163, es decir, con exclusión de las entidades allí referidas. Así aparece en el artículo 2.5.6.2 del Decreto Único Reglamentario del Sector Hacienda y Crédito Público, en el cual se define las entidades obligadas a la depuración contable.

⁶³ Publicado en el Diario Oficial número 50.177 del 16 de marzo de 2017.

Según su objeto, el Decreto 445 de 2017 reglamenta la forma en la que las entidades públicas del orden nacional podrán depurar la cartera a su favor cuando sea de imposible recaudo, con el propósito de que sus estados financieros revelen en forma fidedigna la realidad económica, financiera y patrimonial (artículo 2.5.6.1).

Aun cuando este Decreto excluye de su campo de aplicación a las empresas industriales y comerciales del Estado, las sociedades de economía mixta y las entidades en liquidación⁶⁴, puede advertirse que tal exclusión, en el caso de la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud -ADRES- (con régimen *asimilable* al de una empresa industrial y comercial del Estado), a lo sumo podría operar respecto de sus recursos propios, **pero no de aquellos del sistema de seguridad social en salud**, en la medida en que estos últimos, como se aclaró inicialmente: (i) solo son gestionados por esa entidad *en administración*; (ii) no forman parte de su patrimonio; (iii) conservan su condición de recursos parafiscales; y (iv) su ejecución es expresión de una función administrativa que se desarrolla con base en normas de derecho público.

Por tanto, el castigo y depuración de las obligaciones generadas a favor del sistema de seguridad social en salud, en tanto no son expresión de una actividad comercial o industrial, deben seguir las reglas generales del Decreto Reglamentario 445 de 2017 para el saneamiento contable de la generalidad de entidades públicas del orden nacional que cumplen función administrativa. Tales reglas son las siguientes:

- a. La depuración procede una vez agotadas las gestiones de cobro (artículo 2.5.6.3.)
- b. Es aplicable a obligaciones de imposible recaudo por razón de **prescripción o caducidad de la acción**, pérdida de fuerza ejecutoria del acto administrativo que le dio origen, inexistencia probada del deudor o su insolvencia demostrada, así como en los casos en que la relación costo beneficio del cobro resulte ineficiente (artículo 2.5.6.3).
- c. Debe decretarse por acto administrativo (artículo 2.5.6.4).
- d. El acto administrativo debe estar fundado en “*un informe detallado*” de la causal o las causales por las cuales se depura (ibídem).

⁶⁴ “Artículo 2.5.6.2. *Ámbito de Aplicación.* El presente Decreto aplica a las entidades públicas del orden nacional, con excepción de las entidades financieras de carácter estatal, las Empresas Industriales y Comerciales del Estado, las Sociedades de Economía Mixta y las entidades en liquidación.”

e. Requiere recomendación previa del Comité de Cartera de la entidad, el cual deberá crearse si aún no existiera (artículos 2.5.6.4 y 2.5.6.5).

f. Es competencia y responsabilidad del representante legal de la entidad (artículo 2.5.6.6); y

g. La depuración debe seguir las normas contables expedidas por la Contaduría General de la Nación (artículo 2.5.6.10).

De este modo, frente a los interrogantes planteados por el organismo consultante se puede concluir que la depuración de las obligaciones existentes a favor del sistema de seguridad social en salud corresponderá al representante legal de la entidad que administre sus recursos y deberá hacerse por acto administrativo. Este acto administrativo deberá fundarse en un informe detallado en el que se establezca que los diferentes mecanismos de recuperación de los recursos pagados a las víctimas de accidentes de tránsito se encuentran agotados o resultan ineficaces para lograr el recaudo de la respectiva obligación.

Asimismo, en el caso de que la depuración obedezca a prescripción o caducidad de la obligación, deberá verificarse si hay lugar a promover investigaciones disciplinarias o fiscales por falta de diligencia de los servidores encargados del respectivo recaudo.

De otra parte, frente a la pregunta de si la prescripción puede ser declarada de oficio o a petición de parte y si procede en la etapa de cobro persuasivo o solo en la vía coactiva, la Sala considera que la existencia misma de la competencia legal para depurar las obligaciones incobrables, determina que las diferentes causales que dan lugar a dicha depuración pueden ser decretadas tanto de oficio como a petición de parte y en cualquier momento o etapa en que se verifiquen los hechos que las originan. Ni la Ley 1753, ni el Decreto Reglamentario 445 de 2017, establecen limitaciones en ese sentido.

Precisamente, la depuración busca garantizar que los estados financieros de la respectiva entidad revelen en forma fidedigna su realidad económica, financiera y patrimonial, lo cual constituye un deber administrativo que no está sujeto a una solicitud previa de los particulares. Además, insistir por parte de las entidades públicas en el cobro de obligaciones prescritas o caducadas, resultaría contrario al principio de legalidad que las rige y a los derechos al debido proceso y a la seguridad de los ciudadanos.

6. Recomendación final: revisión de la política pública de protección de los riesgos generados por accidentes de tránsito causados por vehículos no asegurados

Al revisar la presente consulta la Sala observa que además de los problemas de técnica legislativa y de falta de claridad de las normas que regulan la materia, el proceso de recobro de las sumas pagadas por el FOSYGA (ADRES) por accidentes de tránsito en que están involucrados vehículos no identificados o no asegurados, resulta complejo, poco eficiente y, como expone el organismo consultante, con tasas de recuperación muy bajas.

En efecto, el hecho de que puedan pasar más de tres años entre la ocurrencia del accidente de tránsito y el recobro que puede adelantar el FOSYGA (si se tienen en cuenta los plazos que tienen las víctimas para reclamar), puede llevar a que al momento de intentar dicho recobro ya no exista información disponible, se dificulte ubicar a los obligados o no existan bienes que permitan asegurar el recaudo.

Por tanto, la Sala recomienda revisar la legislación y reglamentación existente en la materia, de modo que se garantice mayor claridad sobre los mecanismos de recuperación y las posibilidades de recaudo.

Por ejemplo, el FOSYGA (ADRES) debería ser informado automáticamente de todo accidente de tránsito en que esté involucrado un vehículo no identificado o no asegurado, de manera que desde ese mismo momento empiece a recabar información, solicitar la colaboración de las autoridades competentes (ej. para identificar los vehículos que huyen del lugar) y tomar medidas para asegurar el recaudo futuro.

Asimismo, podría preverse la vinculación del propietario del vehículo carente de SOAT al procedimiento de reclamación iniciado por las víctimas o centros hospitalarios, de modo que en el mismo acto administrativo se ordene el pago a los reclamantes y el recobro a quien ha circulado sin portar el seguro obligatorio.

Incluso, podría evaluarse hasta dónde sería económicamente menos gravoso para el Estado y más efectivo desde la perspectiva de la protección del riesgo y la eliminación de reclamaciones y trámites innecesarios, que el FOSYGA (ADRES) tenga acceso directo a la información de las autoridades de tránsito en relación con los vehículos que no han cumplido su obligación de adquirir el SOAT, de modo que el FOSYGA pague directamente el correspondiente seguro y se genere una obligación a su favor (por el valor de dicha póliza), que el propietario del vehículo deberá pagar como requisito previo a cualquier trámite de tránsito.

Conforme a lo expuesto, la Sala **RESPONDE:**

1. *“Frente al cobro de las obligaciones que se encuentran registradas en los estados financieros del FOSYGA, que se derivan del pago de reclamaciones ECAT, con vehículo automotor involucrado carente de póliza SOAT ¿cuál sería la prescripción aplicable?”*

La caducidad o prescripción de las obligaciones que se encuentran registradas en los estados financieros del FOSYGA (ADRES) en virtud de los pagos hechos con ocasión de accidentes de tránsito causados por vehículos no identificados o carentes de SOAT, opera así:

a) La caducidad para expedir el acto administrativo que ordena el reembolso a favor del FOSYGA acaece a los dos años contados desde el momento de la exigibilidad de la respectiva obligación, hecho este que para el caso del FOSYGA ocurre desde que se hace el pago, de conformidad con los artículos 140 y 164-2 (i) del CPACA. Lo anterior sin perjuicio de la acción de repetición que puede intentarse durante el término previsto en dichas normas ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo contra los responsables del accidente de tránsito y sus aseguradores.

b) La acción de cobro coactivo con base en acto administrativo que ordena el reembolso contra el propietario del vehículo o su conductor prescribe en término de cinco (5) años contados a partir de la fecha de ejecutoria del dicho acto administrativo, de conformidad con lo establecido en el artículo 817 del Estatuto Tributario, sin perjuicio de la interrupción prevista en el artículo 818 ibídem, según se explicó en las consideraciones de este concepto.

2. “Para declarar esa prescripción, ¿es necesario que se expida un acto administrativo para efectos de castigar la cartera o simplemente opera por el transcurso del tiempo?”

Para castigar una obligación por prescripción es necesario expedir un acto administrativo que así lo disponga. Este acto deberá estar fundado en un informe detallado en el cual se establezca que los diferentes mecanismos disponibles para la recuperación de la obligación se encuentran agotados o resultan ineficaces. Además se deberá establecer si hay lugar a promover las investigaciones fiscales o disciplinarias derivadas de dicha prescripción.

3. “¿Dicha prescripción puede ser alegada de oficio o a petición de parte?”

4. “¿De ser viable declarar la prescripción de manera oficiosa, esto puede efectuarse en la etapa de cobro persuasivo o debe serlo en la fase de cobro coactivo?”

5. “¿Sería procedente declarar la prescripción a solicitud de parte en la etapa de cobro persuasivo o esa posibilidad se entendería restringida a la etapa de cobro coactivo?”

La incobrabilidad de la obligación por prescripción puede ser declarada de oficio o a petición de parte, en cualquier momento en que se presente.

6. “¿En quién radica la competencia para declarar la prescripción de esta clase de obligaciones y en consecuencia proceder a depurar las cuentas registradas en el Fondo de Solidaridad y Garantía –FOSYGA-?”

La competencia para depurar las cuentas registradas en el Fondo de Solidaridad y Garantía -FOSYGA- recae en el representante legal de la entidad que tenga a su cargo la administración de los recursos de dicho fondo.

Remítase al Ministro de Salud y Protección Social y a la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República.

ÉDGAR GONZÁLEZ LÓPEZ
Presidente de la Sala

OSCAR DARÍO AMAYA NAVAS
Consejero de Estado

GERMÁN ALBERTO BULA ESCOBAR
Consejero de Estado

ÁLVARO NAMÉN VARGAS
Consejero de Estado

LUCÍA MAZUERA ROMERO
Secretaria de la Sala