

Honorable
Tribunal Administrativo de Cundinamarca (Reparto)
Sección Tercera
ESD

Referencia: Demanda de Reparación Directa

Demandante: Entidad Promotora de Salud Sanitas S.A. Y Compañía de Medicina Prepagada Colsanitas S.A.

Demandada: La Nación - Ministerio de Salud y Protección Social.

JOSE LUIS IRIARTE DIAZ, mayor de edad, domiciliado en la ciudad de Bogotá, identificado con la cédula de ciudadanía No. 72.279.014 de Barranquilla, abogado en ejercicio, portador de la tarjeta profesional No. 146.814 del Consejo Superior de la Judicatura, actuando en mi calidad de apoderado judicial de la **Entidad Promotora de Salud E.P.S. Sanitas S.A.**, en adelante **EPS Sanitas**, sociedad comercial de naturaleza anónima, constituida mediante Escritura Pública No. 3796 del primero de diciembre de 1994, otorgada en la Notaría 30 del Círculo de Bogotá, inscrita en la Cámara de Comercio de la misma ciudad el 16 de diciembre de 1994 siguiente, bajo el No. 474089 del Libro IX, con matrícula mercantil No. 00626289 y número de identificación tributaria NIT, No. 800.251.440-6, debidamente autorizada para operar como tal por la Superintendencia Nacional de Salud, todo lo cual consta en certificado de existencia y representación legal expedido por la citada Cámara y en Resolución No. 0981 de diciembre de 1994, documentos que se anexan al presente memorial y **GIMENA MARIA GARCIA BOLAÑOS**, también mayor de edad, domiciliada en esta ciudad, identificada con la cédula de ciudadanía No. 52.212.305 de Bogotá, abogada en ejercicio, con tarjeta profesional No. 202.141 del Consejo Superior de la Judicatura, actuando en mi condición de apoderada judicial de la **Compañía de Medicina Prepagada Colsanitas S.A.**, en adelante **Colsanitas**, sociedad comercial de naturaleza anónima, constituida mediante Escritura Pública No. 3815 del 10 de noviembre de 1980, otorgada en la Notaría 18 del Círculo de Bogotá, inscrita en la Cámara de Comercio de la misma ciudad el 20 de mayo de 1981 bajo el No. 100329 del Libro IX, con matrícula mercantil No. 00152408 y NIT. 860.078.828-7, debidamente autorizada para operar como tal por la Superintendencia Nacional de Salud, todo lo cual consta en el certificado de existencia y representación legal expedido por la Cámara de Comercio de Bogotá que se aporta la presente, actuando en calidad de **cesionaria de los derechos de crédito de la Empresa Promotora de Salud Sanitas S.A. – EPS Sanitas**, tal como se expone con mayor precisión en los antecedentes del presente documento, por medio del presente escrito formulamos demanda contra la **Nación – Ministerio de Salud y Protección Social**, a través del medio de Control denominado **Reparación Directa**, previsto en el artículo 140 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo- Ley 1437 de 2011.

I. PARTES DEL PROCESO

PORTE DEMANDANTE:

- **Entidad Promotora de Salud Sanitas S.A.**, en adelante **EPS Sanitas**, sociedad comercial de naturaleza anónima, constituida mediante Escritura Pública No. 3796 del primero de diciembre de 1994, otorgada en la Notaría 30 del Círculo de Bogotá, inscrita en la Cámara de Comercio de la misma ciudad el 16 de diciembre de 1994 siguiente, bajo el No. 474089 del Libro IX, con matrícula mercantil No. 626.289 y número de identificación tributaria NIT, No. 800.251.440-6, debidamente autorizada para operar como tal por la Superintendencia Nacional de Salud, todo lo cual consta en certificado de existencia y representación legal expedido por la citada Cámara, documento que se anexa al presente memorial
- **Compañía de Medicina Prepagada Colsanitas S.A.**, en adelante **Colsanitas**, sociedad comercial de naturaleza anónima, constituida mediante Escritura Pública No. 3815 del 10 de noviembre de 1980.

otorgada en la Notaría 18 del Círculo de Bogotá, inscrita en la Cámara de Comercio de la misma ciudad el 20 de mayo de 1981 bajo el No. 100329 del Libro IX, con matrícula mercantil No. 00152408 y NIT, 860.078.828-7, debidamente autorizada para operar como tal por la Superintendencia Nacional de Salud, todo lo cual consta en el certificado de existencia y representación legal expedido por la Cámara de Comercio de Bogotá que se aporta a la presente demanda, actuando en calidad de **cesionaria de los derechos de crédito** de la **Empresa Promotora de Salud Sanitas S.A. – EPS Sanitas**, tal como se expondrá con mayor precisión en los antecedentes del presente documento.

- ❖ El pasado veinticuatro (24) y veintiocho (28) de diciembre de dos mil doce (2.012), se celebraron dos (2) contratos de **Cesión de Derechos de Crédito**, en los cuales **José Daniel Alzate Suárez**, mayor de edad, identificado con la cédula de ciudadanía No. 79.382.497, en calidad de Primer Suplente del Presidente, obrando en nombre y representación legal de la **Entidad Promotora de Salud Sanitas S.A., EPS Sanitas**, legalmente constituida bajo las Leyes de la República de Colombia, todo lo que se acredita con el Certificado de Existencia y Representación Legal expedido por la Cámara de Comercio de Bogotá, vigilada por la Superintendencia Nacional de Salud e identificada con el Nit. 800.251.440-6 **cedió** irrevocablemente a favor de la **Compañía de Medicina Prepagada Colsanitas S.A.**, sociedad comercial legalmente constituida e identificada como se mencionó en el párrafo precedente, representada por **José María del Castillo**, mayor de edad, identificado con la cédula de ciudadanía No. 19.248.004, en su condición de Suplente del Presidente, debidamente autorizado por la Asamblea General de Accionistas de la compañía mediante Acta No. 50 de la reunión extraordinaria celebrada del día trece (13) de diciembre de dos mil doce (2012); todos los créditos a su favor relacionados en el **Anexo No. 1** de los mencionados contratos, anexo denominado "**Cuentas por Cobrar**", a cargo del Ministerio de Salud y de Protección Social y/o de las sociedades fiduciarias que han conformado los Consorcios Administradores de los recursos del Fondo de Solidaridad y Garantía del Sistema General de Seguridad en Salud **-Fosyga**, por los conceptos de suministro de medicamentos, insumos, elementos y servicios médicos, quirúrgicos y asistenciales, **NO** incluidos en el Plan Obligatorio de Salud, **-POS-**, **NO** costeados por las Unidades de Pago por Capitación - **UPC-**, a cargo de la Subcuenta de Compensación del **Fosyga**, como quiera que éstos fueron efectivamente atendidos y cubiertos por **EPS Sanitas** en favor de afiliados y beneficiarios suyos, en cumplimiento de fallos proferidos con ocasión de múltiples procedimientos constitucionales de acción de tutela, así como de determinaciones adoptadas por el Comité Técnico Científico de la misma Empresa.
- ❖ La suma de dinero directamente involucrada en esta demanda y que está siendo reclamada por Colsanitas, hace parte de la **cesión de derechos de crédito** que **EPS Sanitas** **cedió** a **Colsanitas**, y que se encuentra contenida en el Anexo No. 1 que forma parte de los mencionados contratos de cesión de derechos.

PARTE DEMANDADA Y SU REPRESENTANTE:

- **La Nación – Ministerio de Salud y Protección Social**, representado legalmente por el Señor Ministro, **Doctor Alejandro Gaviria Uribe**, o quien haga sus veces, de conformidad con lo previsto en el artículo 159 del C.C.A.

MINISTERIO PÚBLICO:

Igualmente deberá concurrir al proceso el representante del Ministerio Público, en su calidad de Procurador Judicial Administrativo, ante esta Corporación, a quién deberá notificarse y dársele el traslado de ley.

II. DECLARACIONES Y CONDENAS

PRIMERA- Que se declare administrativa, extracontractual y solidariamente responsable a la **Nación – Ministerio de Salud y Protección Social** por los perjuicios materiales causados a la **Empresa Promotora de Salud Sanitas S.A. – EPS Sanitas y a Colsanitas**, con ocasión de la falta de reconocimiento y pago de los **dieciséis (16)** recobros objeto de esta demanda, por concepto del suministro o provisión de los **servicios, insumos, medicamentos y/o procedimientos NO** incluidos en el Plan Obligatorio de Salud, POS, y, por consiguiente, **NO** costeados por las Unidades de Pago por Capitación, UPC, de manera que están a cargo de la **Subcuenta de Compensación del Fosyga**, y los cuales fueron efectivamente suministrados y cubiertos en su momento por EPS Sanitas a favor de afiliados y beneficiarios suyos y cuyos respectivos recobros fueron glosados.

SEGUNDA- Que como consecuencia de la declaración anterior, se condene a la **Nación – Ministerio de Salud y Protección Social** a cancelar a la demandante por concepto de perjuicios materiales, las siguientes cifras:

2.1 Daño Emergente:

2.1.1. La suma de **QUINIENTOS CUARENTA Y UN MILLONES CUATROCIENTOS VEINTE MIL QUINIENTOS CINCO PESOS MONEDA LEGAL (\$541.420.505)**, correspondiente a las **dieciséis (16)** solicitudes de recobro, discriminada así:

- **Colsanitas (en calidad de cesionaria): CIENTO DIECISÉIS MILLONES SETECIENTOS OCHO MIL DOSCIENTOS QUINCE PESOS MONEDA LEGAL (\$116.708.215).**
- **EPS Sanitas: CUATROCIENTOS VEINTICUATRO MILLONES SETECIENTOS DOCE MIL DOSCIENTOS NOVENTA PESOS MONEDA LEGAL (\$424.712.290).**

Dichas sumas corresponden a **procedimientos, servicios o Medicamentos NO** incluidos en el Plan Obligatorio de Salud, POS, o no costeados por las Unidades de Pago por Capitación, UPC que el **Sistema General de Seguridad Social en Salud** le reconoce a la EPS mensualmente por cada **afiliado y beneficiario**, de manera que están a cargo de la **Subcuenta de Compensación del Fosyga**, los cuales fueron efectivamente cubiertos y suministrados en su momento por **EPS Sanitas** en favor de afiliados y beneficiarios suyos, de tiempo atrás.

2.1.2.1. La suma de **CINCUENTA Y CUATRO MILLONES CIENTO CUARENTA Y DOS MIL CINCUENTA PESOS MONEDA LEGAL (\$54.142.050)**, por concepto de los **gastos administrativos** inherentes a la gestión y al manejo de las prestaciones excluidas del POS o no financiadas por la Unidad de Pago por Capitación, UPC, a los que se refieren las **dieciséis (16)** solicitudes de recobro objeto de la presente acción, efectivamente suministrados a sus usuarios, monto que equivale al diez por ciento (10%) del valor de las mismas, sobre la base de aplicar por analogía el porcentaje de gasto administrativo aplicable por las EPS a las Administradoras de Riesgos Profesionales ARP, por los servicios médico asistenciales derivados de enfermedades profesionales o accidentes de trabajo, o la suma que por este mismo concepto resulte probada en el curso del proceso jurisdiccional. La mencionada suma se discrimina así:

- **COLSANITAS (en calidad de cesionaria): ONCE MILLONES SEISCIENTOS SETENTA**

MIL OCHOCIENTOS VEINTIÚN PESOS MONEDA LEGAL (\$11.670.821).

- **EPS SANITAS:** CUARENTA Y DOS MILLONES CUATROCIENTOS VEINTIÚN MIL DOSCIENTOS VEINTE NUEVE PESOS MONEDA LEGAL (\$42.471.229).

2.2. Lucro Cesante:

- 2.2.1** La suma que resulte liquidada entre la fecha de exigibilidad del respectivo concepto y el momento de proferirse la sentencia, a título de intereses, a favor de **EPS Sanitas y Colsanitas**, sobre el monto de que trata la pretensión 2.1.1., a la tasa máxima de interés moratorio establecida para los tributos administrados por la DIAN, conforme al artículo 4 del Decreto Ley 1281 de 2002.

TERCERA- Que se declare y ordene que la condena a que se refiere la pretensión 2.1., se le aplique la indexación y/o corrección monetaria, conforme a los criterios señalados por la jurisdicción contenciosa administrativa, desde el momento en que debieron sufragarse y hasta que se efectúe el pago total de la obligación.

CUARTA- Que se condene a la demandada al pago de costas y agencias en derecho que se ocasionaren con motivo de la presentación de esta demanda.

QUINTA- Las condenas impuestas deberán cumplirse en las condiciones y términos a que se refiere el artículo 16 de la Ley 446 de 1998, y los artículos 187, 189, 192, 194 y 195 del Código de Procedimiento Administrativo y Contencioso Administrativo- Ley 1437 de 2011, so pena que vencidos los términos de ley se paguen intereses moratorios, de conformidad con la certificación que para el efecto expide la Superintendencia Bancaria.

III. HECHOS

PRIMERO: **EPS Sanitas** en su calidad de Entidad Promotora de Salud del régimen contributivo, fue constituida en Colombia en el año de 1.994, bajo los parámetros y reglas contenidos en la Ley 100 de 1.993, cubrió efectivamente el suministro o la provisión de los servicios, tratamientos, equipos y medicamentos no contemplados en el POS al momento de la prestación del servicio, o costeados por la Unidad de Pago por Capitación, UPC, como consecuencia de órdenes judiciales de tutela o autorizaciones impartidas por el Comité Técnico Científico a favor de los usuarios que se relacionan en la base de datos anexa. Base de Datos que contiene información detallada sobre las solicitudes de recobro presentadas en su momento por EPS Sanitas.

SEGUNDO: El Sistema de Salud fue creado bajo los postulados de la Ley 100 de 1.993, el cual previó un sistema de aseguramiento con la participación del sector privado y fue definido conforme al esquema de coberturas explícitas o de planes de servicios taxativamente incorporados en el POS de acuerdo a la Unidad de Pago por Capacitación (UPC) que debía fijarse año tras año, atendiendo a factores **como el perfil epidemiológico de la población relevante, los riesgos a cubrir y el costo de la prestación del servicio en condiciones medias de calidad, tecnología y hotelería**. Dicho valor representa el gasto promedio esperado por cada afiliado durante el año, de acuerdo con los servicios que se encuentran incluidos dentro del Plan de Beneficios, con el fin de asegurar el equilibrio financiero del Sistema General de Seguridad Social en Salud.

TERCERO: Con el transcurso del tiempo este presupuesto varió como resultado de los fallos proferidos por la Corte Constitucional y de las resoluciones y conceptos emitidos por diferentes autoridades públicas, y dichos mandatos constitucionales, legales y jurisprudenciales dieron paso a la obertura de servicios NO POS por parte de las EPS y les otorgaron para el efecto el derecho al recobro, como una forma de mantener el equilibrio económico financiero de la actividad delegada por el Estado a la EPS.

CUARTO: EPS Sanitas cubrió efectivamente el suministro o la provisión de los medicamentos, insumos, procedimientos y servicios acá reclamados no contemplados en el POS ni costeados en la UPC, como consecuencia de órdenes judiciales de tutela o autorizaciones impartidas por el Comité Técnico Científico a favor de los usuarios que se relacionan en la base de datos anexa. Base de Datos que contiene información detallada sobre las solicitudes de recobro presentadas en su momento por EPS Sanitas al Administrador Fiduciario del FOSYGA.

QUINTO: EPS Sanitas autorizó el cubrimiento económico y el suministro de los medicamentos, insumos, procedimientos y/o servicios NO POS, con alguna de las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud, IPS de su red de prestadores para cumplir tales órdenes y autorizaciones, o autorizó al prestador ordenado por el juez.

SEXTO: Una vez suministrados estos servicios, las IPS autorizadas radicaron ante **EPS Sanitas** las correspondientes facturas de venta de servicios, acompañadas de los soportes que acreditaban la efectiva prestación del servicio, para efectos de su cancelación.

SÉPTIMO: EPS Sanitas pagó efectivamente a las IPS autorizadas las facturas de venta, y procedió a radicar las correspondientes solicitudes de recobro ante el Consorcio administrador del Fosyga en representación del Ministerio de Salud y Protección Social, mediante el diligenciamiento de los formatos de radicación de solicitudes establecidos por el entonces Ministerio de la Protección Social para el efecto: (i) MYT 01 (Formato de solicitud de recobro, autorizadas por los Comités Técnico Científicos, CTC) y (ii) MYT 02, formato de solicitud de recobro por concepto de medicamentos **No POS** ordenados por fallos de tutela.

OCTAVO: Con arreglo a dichos formatos, en su momento EPS Sanitas presentó al Consorcio administrador en representación del Ministerio de Salud y Protección Social las **dieciséis (16)**, solicitudes de recobro, junto con los correspondientes soportes, por concepto del suministro de servicios NO POS, efectivamente provistos a usuarios suyos, durante el período comprendido entre **febrero de 2010 a julio de 2012**.

NOVENO: **EPS Sanitas** elaboró las solicitudes de recobro, previa corrección de los defectos o de las insuficiencias que habían motivado las glosas y/o la acreditación de las fallas en que habría incurrido la auditoría al rechazar las solicitudes, y procedió a radicarlas de nuevo, mediante el diligenciamiento del **Formato MYT 04**, establecido por el entonces Ministerio de la Protección Social para presentar objeciones a la auditoría ya realizada.

DÉCIMO: Ninguna de estas solicitudes fue aprobada, ni ordenado el pago de su correspondiente importe. En su lugar, el Consorcio Administrador las glosó con fundamento en las siguientes causales:

"Existe error en los cálculos de recobro".

DÉCIMO: El mismo Consorcio Administrador, informó a EPS SANITAS S.A., el resultado de la auditoría mediante la comunicación que se relaciona a continuación:

Paquete	Oficio	Fecha		
		Oficio	Recibido EPS	Autorización pago
MYT-04011301	UTNF-OPE-1703	07/06/2013	11/06/2013	07/06/2013
MYT-04462011	GRC-MYT-162-12	11/01/2012	17/01/2012	11/01/2012
MYT-04472011	GRC-MYT-1916-12	09/08/2012	21/08/2012	09/08/2012
MYT-04502011	GRC-MYT-226-12	13/01/2012	19/01/2012	13/01/2012

DÉCIMO PRIMERO: De igual manera de las **dieciséis (16)** solicitudes de recobro, **nueve (9)** fueron ratificadas a través del MYT 04.

De las **dieciséis (16)** presentadas, **seis (6)** no se encuentran en poder de la entidades demandantes, toda vez que los mismos fueron objeto de pagos parciales, en consecuencia, los archivos físicos relacionados con esos recobros y sus soportes administrativos reposan en la entidad demandada- Nación- Ministerio de Salud y Protección Social.

Lo anterior, de conformidad con las Resoluciones 3099 de 2008 y 2064 de 2011, en sus artículo 18 y 1º, respectivamente, que fueron proferidas por el Ministerio de Salud y Protección Social y mediante las cuales se contempla el pago de las solicitudes de recobro por un valor diferente al solicitado, una vez realizada la auditoría integral.

DÉCIMO SEGUNDO: Como consecuencia de la negativa del Consorcio administrador del Fosyga a cancelar las cuentas presentadas para recobro materia de la presente demanda, se puso fin a la actuación administrativa correspondiente

DÉCIMO TERCERO: El valor glosado por este concepto asciende a la suma de **QUINIENTOS CUARENTA Y UN MILLONES CUATROCIENTOS VEINTE MIL QUINIENTOS CINCO PESOS MONEDA LEGAL (\$541.420.505).**

DÉCIMO CUARTO: Hasta la fecha, **EPS Sanitas y Colsanitas**, se ha visto en la imposibilidad de recuperar por vía administrativa las erogaciones en que incurrió inicialmente la primera para cumplir las órdenes de tutela o las autorizaciones del CTC, por los conceptos de que trata la presente acción, los cuales corresponden a prestaciones excluidas del plan obligatorio de salud del régimen contributivo.

DÉCIMO QUINTO: **EPS Sanitas** en su momento, agotó el procedimiento administrativo previsto y ordenado en la ley para cada recobro, tal y como se evidencia en la relación contenida en las bases de datos que se acompañan como referente y facilitador para la interpretación de las pretensiones de la presente demanda, en las que se consignan debidamente identificadas y clasificadas las solicitudes de recobro.

DÉCIMO SEXTO: En la misma base de datos se relaciona la información correspondiente a cada uno de los recobros, de acuerdo con el siguiente detalle:

- 16.1. No. de radicado Fosyga (MYT 01 o 02):** Es el número que el consorcio Administrador asignó a cada recobro, en la oportunidad de radicación.
- 16.2. No. Consecutivo interno-recobro:** Número mediante el cual la **EPS** identifica los recobros radicados para pago ante el Fosyga.
- 16.3. Número de Ítem:** Número mediante el cual se identifica el servicio, equipo, insumo, medicamento o procedimiento en la facturación.
- 16.4. Clasificación del servicio prestado:** tratamiento, medicamento o procedimiento practicado o equipo o insumo efectivamente proporcionado o implantado: Equivale a la denominación del procedimiento, insumo, prestación o servicio NO POS efectivamente otorgado al usuario y que es materia de la presente solicitud.
- 16.5. Valor de recobro:** Monto del equipo, insumo, tratamiento, medicamento o servicio No POS suministrado o prestado, respecto del cual la **EPS** solicita reconocimiento al Consorcio Administrador.

- 16.6. **Fecha de Prestación:** Aquella en la cual la IPS prestó efectivamente el servicio o suministró el equipo o insumo, o practicó el tratamiento NO POS al usuario.
- 16.7. **No. de factura:** Corresponde al número de identificación de la factura radicada por la IPS en la **EPS**, efectivamente cubierta por esta última.
- 16.8. **Nombre del Prestador:** Institución Prestadora del Servicio de Salud (IPS), que prestó el servicio, suministró el equipo o insumo, o practicó el tratamiento o el procedimiento al usuario.
- 16.9. **Nit:** Número de identificación tributaria de la IPS
- 16.10. **Fecha de radicación ante el Fosyga del formulario (MYT 01 o 02),** junto con sus soportes: corresponde a la fecha de la primera radicación del recobro por la **EPS** ante el Fosyga, para su pago, bajo los formatos (i) MYT 01: para autorizaciones del CTC y (ii) MYT 02: Para órdenes de tutela.
- 16.11. **No. de paquete (MYT 01 o 02):** El paquete es la agrupación de todas las cuentas que se radican ante el Fosyga. El número que lo identifica hace referencia al mes y al año en el cual se lleva a cabo la radicación. Ejemplo: 0110, en donde 01 corresponde al mes de enero y 10 al año de radicación, esto es 2010.
- 16.12. **Fecha notificación de la glosa (MYT 01 o 02):** La glosa es la causal que el Consorcio Administrador invoca para negar el reembolso de los recobros radicados por la **EPS**. La fecha de notificación corresponde a la del comunicado del Consorcio a la **EPS**, para informar la decisión adoptada y remitir los medios magnéticos de las distintas cuentas y de las causales invocadas para negar su cancelación.
- 16.13. **Causal de Glosa:** Motivación que dio lugar a la negativa de reconocimiento y pago del recobro presentado por la EPS.
- 16.14. **Autoridad Judicial:** (En cinco columnas: **identificación del despacho, autoridad judicial, ciudad, contenido del fallo y fecha del fallo**).
- 16.15. **Nombre del Usuario:** persona a quién se suministró el servicio y/o insumo recobrado. (En cuatro columnas se identifican los nombres y apellidos del usuario).
- 16.16. **Tipo de documento:** Registro civil de nacimiento, tarjeta de identidad, cédula de ciudadanía o extranjería y pasaporte.
- 16.17. **Número de identificación:** Número del documento que porta el usuario.
- 16.18. **Información CTC:** (En dos columnas se relaciona: **Número de Acta y Fecha de Acta de CTC**)
- 16.19. **Fecha de radicación objeción ante el Fosyga (MYT 04):** A partir de la Resolución 2933 de 2006, las EPS cuentan con un mecanismo que les permite objetar por una sola vez el motivo de la glosa, mediante el diligenciamiento del formato denominado MYT 04. La fecha allí indicada corresponde a la de radicación de este formato ante el Consorcio.
- 16.20. **Estado del recobro:** Precisa si el recobro reclamado fue objeto de pago parcial y en consecuencia, los archivos físicos relacionados con ese recobro y sus soportes administrativos reposan en la entidad convocada - Nación- Ministerio de Salud y Protección Social, de conformidad con las Resoluciones 3099 de 2008 y 2064 de 2011, en sus artículo 18 y 1º, respectivamente.

DÉCIMO SÉPTIMO: Teniendo en cuenta que en su momento **EPS Sanitas** agotó el trámite administrativo frente a cada recobro sin obtener el pago efectivo o la devolución de los dineros ya cancelados por la demandante a las diferentes IPS, **EPS Sanitas y Colsanitas**, acudieron ante la Procuraduría General de la Nación para surtir el trámite del agotamiento del requisito de procedibilidad conforme lo dispuesto por la Ley 640 de 2.001, y específicamente en materia contencioso administrativa por el artículo 13 de la Ley 1285 de 2.009, así:

- El día veintiuno (21) de enero de 2.014, la Procuraduría 138 Judicial II para Asuntos Administrativos expidió Acta-Constancia, mediante la cual se certifica el agotamiento del requisito de procedibilidad en el asunto de la referencia.

IV. FUNDAMENTOS DE DERECHO DE LAS PRETENSIONES

1. **Derecho de las EPS a realizar el recobro de servicios NO POS ordenados mediante Fallo de Tutela o autorizados por el Comité Técnico Científico.**

El Plan Obligatorio de Salud, se debe financiar mediante la Unidad de Pago por Capitación- UPC, la cual de conformidad con la Ley 100 de 1993, debe atender el perfil epidemiológico de la población, los riesgos a cubrir y los costos de la prestación del servicio. Lo anterior con el fin de preservar el equilibrio del sistema, de allí que dicha unidad deba atender variables económicas que hagan viable la operación mediante una asignación de recursos eficiente, de lo contrario, su insuficiencia da lugar a una UPC deficitaria, lo cual deriva en una afectación tanto para el Sistema como para sus afiliados.

En ese sentido, el H. Consejo de Estado a través del Consejero Ponente: RAFAEL E. OSTAU DE LAFONT PIANETA, el dieciocho (18) de junio de dos mil nueve (2009), mediante pronunciamiento realizado en el marco de los procesos Radicación bajo los números: 11001 0325000 2004 00139 01 y 11001 0325000 2004 00175 01 (Acumulados), señaló:

" (...) La Unidad de Pago por Capitación refleja el costo de los servicios administrativos a cargo de las EPS y los costos que conlleva la prestación del servicio de salud en condiciones medias de calidad, tecnología y hotelería. Uno de los presupuestos basales del régimen jurídico de la seguridad social en salud está representado por el principio de eficiencia, lo cual explica que el Sistema no admita la existencia de desequilibrios económicos que puedan poner en riesgo la prestación y la continuidad de los servicios de salud, en términos de universalidad, oportunidad y calidad (...).

El presente medio de control se enmarca en el contexto del sistema de autorizaciones para la cobertura de servicios de salud excluidos o no incluidos en el Plan Obligatorio de Salud del Régimen Contributivo, POS, cuyo cubrimiento de su importe por parte de las Entidades Promotoras de Salud, se realiza con cargo al **Fondo de Solidaridad y Garantía, Fosyga**.

Para el efecto y con el fin de viabilizar y optimizar la eficacia de la prestación del servicio y preservar el equilibrio del Sistema, el Tribunal Superior de Bogotá, mediante sentencia SU-480 de fecha veinticinco (25) de septiembre de mil novecientos noventa y siete (1997), Magistrado Ponente: Doctor Alejandro Martínez Caballero, precisó:

*(..) La E.P.S. sólo tiene obligación de lo especificado, **el Estado le delegó dentro de reglas puntuales, luego, si se va más allá de lo reglado, es justo que el medicamento dado para salvar la vida sea sufragado, mediante repetición, por el Estado.** Además, tratándose del sida, el artículo 165 de la ley 100 de 1993 (transcrito anteriormente) la incluye dentro del plan de atención básico. **Pero de donde saldrá el dinero? Ya se dijo que hay un Fondo de Solidaridad y garantía, inspirado previamente en el principio constitucional el de la SOLIDARIDAD, luego a él habrá que acudir.** Pero como ese*

Fondo tiene varias subcuentas, lo más prudente es que sea la subcuenta de "promoción de la salud" (art. 222 de la ley 100 de 1993). Además, la repetición se debe tramitar con base en el principio de CELERIDAD, ya que la información debe estar computarizada, luego, si hay cruce de cuentas, éste no constituye razón para la demora, sino que, por el contrario, la acreencia debe cancelarse lo más rápido (...)

Así las cosas, el ordenamiento superior establece dos (2) mecanismos principales para que los afiliados al Régimen Contributivo accedan a los servicios cuya cobertura no está a cargo de las EPS: (i) La acción de tutela y (ii) la autorización por los comités técnico científicos, CTC.

Al respecto, se tiene lo establecido en la Resolución No. 3099 del 19 de agosto de 2.008, expedida por el Ministerio de la Protección Social, por la cual se reglamentan los Comités Técnico-Científicos y se establece el procedimiento de recobro ante el Fondo de Solidaridad y Garantía, FOSYGA, por concepto de suministro de medicamentos, servicios médicos y prestaciones de salud no incluidos en el Plan Obligatorio de Salud, POS autorizados por Comité Técnico Científico y por fallos de tutela, refiere que:

"Artículo 4º. Funciones. El Comité Técnico Científico tendrá las siguientes funciones:

1. Evaluar, aprobar o desaprobar las prescripciones u órdenes médicas presentadas por los médicos tratantes de los afiliados, de los medicamentos y demás servicios médicos y prestaciones de salud por fuera del Manual Vigente de Medicamentos del Plan Obligatorio de Salud como en el Manual Vigente de Actividades, Intervenciones y Procedimientos del Sistema General de Seguridad Social en Salud manual listado de medicamentos del Plan Obligatorio de Salud (POS).
2. Justificar técnicamente las decisiones adoptadas, teniendo en cuenta la pertinencia con relación a los diagnósticos del paciente, para lo cual se elaborarán y suscribirán las respectivas actas.
2. Realizar y remitir al Ministerio, informes trimestrales de los casos autorizados y Negados". (Negrilla fuera del texto original).
3. Tan es así, que por mandato legal el recobro ante al Ministerio de Salud y Protección Social a través del FOSYGA, administrado hasta la fecha por distintos consorcios fiduciarios, se origina en fallos de tutela o en autorizaciones emitidas por el Comité Técnico Científico.

De tal forma que la jurisprudencia constitucional, como el ordenamiento sobre la materia y la regulación del **Ministerio de Salud y Protección Social**, han reconocido a las **Empresas Promotoras de Salud, EPS** del Régimen Contributivo la facultad de acudir ante la **Subcuenta de Compensación** del citado **Fondo de Solidaridad y Garantía, FOSYGA**, del **Sistema General de Seguridad Social en Salud (SGSSS)**, para recobrar los valores efectivamente sufragados por dichas Empresas, por concepto de las prestaciones asistenciales que **NO** les corresponde cubrir.

El derecho que la EPS Sanitas pretende hacer efectivo mediante la presente acción ha sido considerado como garantía amparada constitucionalmente y de la que son titulares las Empresas Promotoras de Salud, EPS, por concepto de los costos y gastos en los que son obligadas a incurrir para la atención de la salud de sus afiliados y beneficiarios, por prestaciones médico asistenciales o medicamentos que **NO** se encuentran financiados con los recursos provenientes de las denominadas Unidades de Pago por Capitación, UPC, con las que dichas empresas sufragan la atención en salud de aquellos.

En ese sentido, la Honorable Corte Constitucional, a través de la Sentencia Hito T-760 de 2008, sostuvo:

(...) 2.2.5.1. Cuando una persona requiere un servicio de salud que no se encuentra incluido

dentro del Plan Obligatorio de Servicios, y carece de recursos para cubrir el costo del mismo que le corresponda asumir, las entidades encargadas de asegurar la prestación del servicio (EPS) deben cumplir con su responsabilidad y, en consecuencia, asegurar el acceso a éste. **No obstante, es el Estado quien ha de asumir el costo del servicio, por cuanto le corresponde la obligación de garantizar el goce efectivo del derecho. En tal sentido, la jurisprudencia constitucional y la regulación han reconocido a la entidad aseguradora el derecho de repetir contra el Estado (ver secciones 4.4. y 6.2.), a través del Fosyga. El adecuado financiamiento de los servicios de salud no contemplados en el POS depende entonces, del correcto flujo de recursos por parte del Estado para cubrir el pago de los recobros que reglamentariamente sean presentados por las entidades que garantizan la prestación del servicio.** En la medida en que tales costos no están presupuestados por el Sistema dentro del monto que recibe la entidad aseguradora de la prestación del servicio de salud por cuenta de cada uno de sus afiliados o beneficiarios (UPC, unidad de pago por capitación), su falta de pago atenta contra la sostenibilidad del sistema, y en tal medida, al acceso a la prestación de los servicios de salud que se requieran con necesidad. **Al ser las entidades encargadas de garantizar la prestación del servicio (EPS), o incluso las instituciones prestadoras de salud (IPS), las que suelen asumir los costos de la demora de los pagos de los recobros, se genera además, una presión sobre éstas para dejar de autorizar la prestación de servicios de servicios no contemplados en el POS.** Así pues, en la medida que la capacidad del Sistema de Salud para garantizar el acceso a un servicio de salud depende de la posibilidad de financiarlo sin afectar la sostenibilidad del Sistema, el que no exista un flujo de recursos adecuado para garantizar el acceso a los servicios de salud que se requieran con necesidad, no incluidos dentro de los planes de servicio, obstaculiza el acceso a dichos servicios. Con relación al cumplimiento oportuno de los fallos de tutela y al derecho al recobro de servicios médicos no cubiertos por el plan de beneficios ante el Fosyga, se plantean, a su vez, tres conjuntos de órdenes.(...)."

Por lo anterior y en cumplimiento de las determinaciones jurisdiccionales correspondientes, el **Ministerio de Salud y la Protección Social**, estableció el procedimiento administrativo aplicable a los recobros, para la efectividad del derecho de las EPS al reconocimiento y reembolso efectivo de los costos en que incurran por el suministro de medicamentos y la prestación de servicios no POS a sus afiliados y beneficiarios, como consecuencia del acatamiento de órdenes judiciales de tutela y de autorizaciones impartidas por los Comités Técnicos Científicos, CTC, en los casos en que el ordenamiento superior somete a este requisito la atención médica de aquellos.

Dicho procedimiento de recobro se lleva a cabo ante el **Fondo de Solidaridad y Garantía, Fosyga**, creado como una cuenta especial adscrita al **Ministerio de Salud y Protección Social**, sin personería jurídica ni estructura administrativa, que se maneja por encargo fiduciario y cuyos recursos se destinan a la inversión en salud, bajo criterios de distribución y utilización fijados por el entonces Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, CNSSS, hoy Comisión de Regulación en Salud, de conformidad con los artículos 218 de la Ley 100 de 1993, 1 del Decreto Reglamentario 1283 de 1996 y Ley 1122 de 2007.

La dirección y el control integral del **FOSYGA** se encuentran a cargo y bajo responsabilidad del **Ministerio de Salud y Protección Social**, que contrató su administración con: (i) el **Consorcio Fidufosyga 2005**, integrado por las sociedades Fiducolombia S.A., hoy Fiduciaria Bancolombia, Fiduprevisora S.A., Fiduagraria S.A., Fiducaf  S.A., Fidubogotá S.A., Fiduoccidente S.A., Fiduciaria Popular S.A., Fiducomercio S.A., y Fiducoldex S.A. Para el efecto, las relaciones entre contratante y contratista estaban regidas por el Contrato de Encargo Fiduciario No. 0242 de 2005, cuya ejecución inició el 15 de diciembre de ese año.

A partir del primero (1º) de octubre de dos mil once (2011), el Fondo de Solidaridad y Garantía FOSYGA, es administrado por: (ii) El **Consorcio Sayp-2011**, el cual está integrado por las sociedades fiduciarias

Fiduprevisora S.A. y la Fiduciaria de Comercio Exterior S.A.- Fiducoldex, y la auditoría integral se encuentra a cargo de la Unión Temporal Nuevo Fosyga.

Las relaciones entre el Ministerio de Salud y Protección Social y el Consorcio Sayp-2011, están regidas por el Contrato de Encargo Fiduciario No. 467 del 29 de septiembre de 2011, mientras que la relación entre el mismo Ministerio y la Unión Temporal Nuevo Fosyga., lo está por el Contrato No. 055 de 2011.

Por su parte, el funcionamiento del **Fosyga** está regulado por el Decreto Ley 1281 de 2001 y los decretos ordinarios 1283 de 1996, 50 de 2003, 2280 y 3260 de 2004.

Dicho Fondo está organizado en cuatro (4) subcuentas, así:

- Subcuenta de Solidaridad del Régimen de Subsidiado
- Subcuenta de Promoción de la Salud
- Subcuenta de Eventos Catastróficos y Accidentes de Tránsito (ECAT), y
- **Subcuenta de Compensación Interna del Régimen Contributivo**

A través de esta última Subcuenta se lleva a cabo el proceso de compensación interna de las Empresas Promotoras de Salud, EPS, y demás entidades obligadas a compensar, EOC, que reciben el total de las cotizaciones de los afiliados al **Régimen Contributivo**, es decir, de las personas con capacidad de pago, para financiar el valor de las Unidades de Pago por Capitación, UPC, que le corresponden a cada EPS o entidad obligada a compensar, EOC, por afiliado y beneficiario. Con estos recursos, tales Empresas y Entidades deben atender a la prestación de los servicios de salud a sus afiliados y beneficiarios del citado Régimen Contributivo, *con sujeción a los contenidos del Plan Obligatorio de Salud*, así como reconocer las prestaciones económicas en su favor, inherentes al mismo, de acuerdo con lo dispuesto por la ley.

Los servicios, los procedimientos, las medicinas y los demás tratamientos asistenciales que NO se encuentran incluidos en el Plan Obligatorio de Salud, POS, y cuya provisión haya sido impuesta a la Empresa Promotora o a la Entidad Obligada por fallos de tutela o por determinaciones del Comité Técnico Científico, no son financiados con los recursos provenientes de las Unidades de Pago por Capitación, UPC, de manera que deben ser recobrados al **Fosyga**, por cuanto su provisión es obligatoria, en cumplimiento de fallos de tutela o de autorizaciones de los referidos Comités, cuando tal provisión esté sometida por el régimen jurídico a este requisito.

Para acatar la orden impartida por la Corte Constitucional, el **Ministerio de Salud y Protección Social** expidió la Resolución 2948 de 2003, ya mencionada, que reguló el procedimiento aplicable a los recobros ante el **Fosyga**, en ejercicio del derecho de que son titulares las EPS para repetir contra el Estado, en procura del reembolso de los costos y gastos correspondientes a esta última provisión, a fin de restablecer el equilibrio económico entre compromisos y derechos, en esos precisos eventos en que estas empresas asumen la cobertura de prestaciones adicionales a las que se encuentran en el POS.

Según dicho procedimiento, en concordancia con el ordenamiento superior, las solicitudes de recobro deben ser atendidas también contra la mencionada **Subcuenta de Compensación**.

Tal procedimiento de recobro ha sido materia de sucesivos ajustes y sus disposiciones gobiernan las actuaciones de la **demandada** para efectos del estudio, trámite, resolución y pago de los recobros.

Actualmente la normativa aplicable en la materia consta en las **Resoluciones 3099 de 19 de agosto y 3754 de 2**

de octubre de 2008, 4377 de octubre 29 de 2010, 1089 de abril 6, 1383 del 28 de abril, 2064 de 2 de junio, 2256 de 14 de junio y 4752 del 12 de octubre de 2011, 0000020 de noviembre de 2011 y Decreto 0019 del 10 de enero de 2012, capítulo VIII, Trámites, Procedimientos y Regulaciones del Sector Administrativo de Salud y Protección Social, Resoluciones 000782 de abril 11, 1701 de junio 28 de 2012 y 1608 de enero 2, Resolución 458 de febrero 22, Decreto 347 de marzo 4 y Resolución 832 de 2013.

A pesar de los significativos avances de sus disposiciones en la regulación, racionalización, precisión, simplificación y agilización de los recobros, ni las reglas adoptadas, ni el procedimiento dispuesto, pero, sobre todo, la conducta y actuaciones de la **demandada** en su aplicación, han conducido a hacer efectivo en términos cualitativos, cuantitativos y de oportunidad este derecho indiscutible de las EPS, circunstancia que, unida a las deficiencias en la formulación del Plan Obligatorio de Salud, POS, en su contenido y en la suficiencia de las Unidades de Pago por Capitación, UPC para cubrirlo, han comprometido severa y gravemente las finanzas de estas Entidades; las han colocado en situación de verdadero riesgo de insolvencia, y las han forzado a realizar significativas capitalizaciones, entre otras razones, por orden de la Superintendencia Nacional de Salud, que les impone índices y reservas cuantiosas para provisionar obligaciones que en realidad están a cargo del Estado, **Fosyga**, pues están compelidas a emplear recursos propios para la prestación de unos servicios de salud a sus usuarios NO compensados por tales Unidades, y que o no llegan a recuperar o lo hacen mucho tiempo después, al punto que ha llegado a comprometerse severamente la propia sostenibilidad y viabilidad del Sistema de Salud.

Según esta regulación, actualmente el procedimiento de recobro puede sintetizarse de la siguiente manera:

- El usuario acude a su médico tratante, quien le prescribe un medicamento, insumo, tratamiento o servicio médico que no está incluido en el Plan de Beneficios del POS, o para cuya práctica o suministro no reúne el período mínimo de cotización exigido.
- En razón de cualquiera de estas circunstancias, la EPS a la que se encuentra afiliado o de la cual es beneficiario no está obligada a proveer, practicar o prestar el medicamento, insumo, tratamiento o servicio de que se trate.
- Con arreglo a la normatividad y a la jurisprudencia vigente en materia de Salud, este usuario puede solicitar por vía administrativa autorización del Comité Técnico Científico, CTC u optar por la vía judicial, en ejercicio de la Acción de Tutela.
- Como resultado de una u otra podrá generarse o bien una autorización del Comité para cumplir la prescripción del médico, o bien una orden judicial que la imponga.
- En cumplimiento de una u otra, la EPS debe impartir orden de servicio a una institución prestadora de salud, IPS de su red, u orden de suministro de medicamento o insumo médico a uno de sus proveedores.
- Provisto el servicio, suministrado el medicamento o insumo, o practicado el tratamiento, la IPS o el proveedor respectivo los facturan a la EPS, que debe cancelarlos con recursos propios, en plazo no superior a un (1) mes, como lo dispone en la actualidad el Decreto 4747 de 2007, o en los términos de la normativa anterior a la expedición de la Ley 1122 de 2007.
- Recibidas y canceladas integralmente las facturas de los prestadores, procede el recobro de su importe con cargo a la **Subcuenta de Compensación** del **Fosyga**, para cuyo efecto deben diligenciarse formatos especiales, y acompañarse la documentación completa que soporte la solicitud de recobro, conforme a las resoluciones 3099 y 3754 de 2008.
- Cumplidos todos los requisitos legales, la solicitud de recobro se radica ante el **Consortio** Administrador del **Fosyga**, dentro de los primeros quince (15) días de cada mes y en plazo que no puede ser superior a seis (6) meses, contados a partir de la fecha de recibo de las facturas de la IPS o del correspondiente proveedor, en

su caso, toda vez que, según lo ha reconocido la Jurisprudencia de la Corte Constitucional, solamente entonces la EPS está en capacidad de acreditar la orden correspondiente ante el **Consortio**.

- Este último dispone de dos (2) meses para informar a la EPS el resultado de la revisión y trámite de las solicitudes de recobro, de acuerdo con alguna de las siguientes opciones:
 - A. Aprobación y pago
 - B. Formulación de glosas
 - C. Rechazo
- Las glosas pueden: (i) ser atribuibles a la EPS, o (ii) ser imputables a errores de auditoría del **Consortio** Administrador del **Fosyga**.
- En cualquiera de los dos (2) eventos señalados, la EPS debe reelaborar la solicitud de recobro, previa corrección o complementación de las fallas o insuficiencias que motivaron la glosa, o acreditar la falla de la auditoría y radicar nuevamente las solicitudes de recobro glosadas, en los formatos señalados para el efecto.
- El Administrador del **Fosyga** dispone de un término perentorio de un (1) mes para dar respuesta a la objeción formulada.

No obstante, el Ministerio de Salud y Protección Social a través del Consortio administrador, incumplió en forma sistemática este plazo, con el agravante de que en el noventa por ciento (90%) de los casos ratificó la glosa injustificada, porque aún hoy en día, no existe claridad acerca de las prestaciones excluidas del POS.

Para tornar más grave la situación descrita, hasta la fecha, el ordenamiento jurídico es francamente insuficiente y contrario al principio del equilibrio económico entre obligaciones y derechos de las EPS, toda vez que no regula con precisión variables tan importantes como los gastos administrativos en que incurren las EPS para la atención de sus usuarios en los eventos de recobro, en el trámite y seguimiento de las acciones de tutela y de las solicitudes a los Comités Técnicos Científicos; los retrasos injustificados en el reconocimiento y reembolso de los pagos efectuados de tiempo atrás por aquellas, imputables a la **Nación- Ministerio de Salud y Protección Social-** a través del Consortio Administrador del Fosyga; el costo del dinero y los consiguientes intereses generados como consecuencia del transcurso del tiempo, costos y gastos que no forman parte del cálculo de la Unidad de Pago por Capitación, UPC, circunstancia que hace que los recursos provenientes de las mismas resulten absolutamente insuficientes para financiar no solamente la cobertura del Plan Obligatorio de Salud, POS, sino los conceptos excluidos del mismo, con graves perjuicios para la estabilidad financiera de las EPS.

En el Sistema de Seguridad Social en Salud no está permitido el desequilibrio económico de la relación Estado – EPS, en consecuencia como ya fue puesto de presente, el pago del Ministerio de Salud y de la Protección Social con cargo a los recursos del Fosyga a las EPS por concepto de servicios NO POS ordenados por un Juez de Tutela o autorizados por el CTC, es una forma de restablecer la ecuación financiera de la relación Estado – EPS; si el equilibrio de la ecuación financiera no se mantiene vigente, se generaría una DAÑO ANTIJURIDICO para EPS Sanitas y Colsanitas.

Es claro que el no pago de los recobros objeto de la presente demanda, que son recobros de servicios de salud no cubiertos por el POS-C, se constituye en un daño antijurídico que la EPS no está obligada a soportar y debe ser indemnizado tal y como lo ha precisado el Consejo de Estado en las sentencias citadas en el presente libelo (*Radicación núm.: 11001 0325000 2004 00139 01 y 11001 0325000 2004 00175 01 (Acumulados)*) (Sentencia de fecha veintinueve (29) de abril de dos mil diez (2010), el H. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Rad.: 110010324000 2006 00375 01, Consejero Ponente: Dr. Rafael E. Ostau de Lafont Planeta, Actor: Francy Hasbleidy Rodríguez Vargas)

De igual manera, el H. Consejo de Estado al estudiar la nulidad de las normas que rigen el Sistema de Seguridad Social en Salud, conceptuó:

Consejo de Estado - Sección Primera, Consejero Ponente: Camilo Arciniegas Andrade, Sentencia de fecha cuatro (4) de septiembre de dos mil ocho (2008) Radicación número: 11001-03-24-000-2003-00327-01 Actor: Mauricio Martínez Demandado: Ministerio de Salu. Referencia: Acción de Nulidad.

"(...) La finalidad de la subcuenta de compensación es equilibrar a las EPS el desbalance que llegue a existir entre sus ingresos por cotizaciones y el monto de las unidades de pago por capitación reconocido por el Sistema. Esta regla significa, en primer lugar, que el Sistema no admite la existencia de estos desequilibrios, y que, si llegaren a existir, el CNSS es el encargado de compensarlo con los recursos del FOSYGA (...)"

Como se puede apreciar, el concepto de desequilibrio económico para las EPS en el desarrollo de las funciones delegadas por el Estado, no está permitido y si se presenta, debe ser reparado para evitar consecuencias gravosas tanto para las entidades encargadas de prestar el servicio de salud como para el Sistema General de Seguridad Social en Salud.

V. FUNDAMENTOS FÁCTICOS DE LAS PRETENSIONES

V.1. Generales:

MEDICAMENTOS ANTIHEMOFÍLICOS RECOMBINANTES:

Se procede ahora a poner de presente que los medicamentos antihemofílico recombinantes son productos de tecnología reciente. Ciertamente, al revisar el proceso de autorización por el INVIMA del uso de los productos arriba mencionados, se pudo establecer que el Factor VIII Recombinante que se dispensa a los afiliados de EPS Sanitas contó con autorización del INVIMA para su comercialización en el año 2002, cuando ya se había fijado el valor de la UPC para ese año, de manera que los medicamentos antihemofílicoS recombinantes, no pudieron haberse tenido en cuenta y ser objeto de costeo para el establecimiento de la Unidad de Pago por Capitación, UPC vigente, de manera que su costo quedara previsto en su valor.

De lo afirmado en el párrafo precedente dan cuenta las Actas Nos. 18 y 28 del 23 de septiembre y 11 de noviembre de 2008 de la Sala Especializada de Medicamentos y Productos Biológicos de la Comisión Revisora del Invima, en las que se aceptaron los Factores Antihemofílicos VIII Recombinantes para su comercialización en el país.

Respecto de los factores hemoderivados (También conocidos como plasmáticos), que son los realmente incluidos en el POS, cabe precisar que inicialmente se obtenían a partir del plasma humano. Se requieren aproximadamente ciento cincuenta (150) donantes para obtener 1.000U de factor antihemofílico, que, además, debe ser sometido a procesos de fraccionamiento, purificación e inactivación viral. Sin embargo, al haberse descrito en la literatura científica la ocurrencia de contaminación con virus de inmunodeficiencia humana (VIH), hepatitis A (VHA) y hepatitis C (VHC), la investigación se orientó a buscar nuevas fuentes para obtener estos productos, lo que llevó al desarrollo de los denominados factores recombinantes.

Estos factores se obtienen a partir células de ovario de hámster chino y de células de riñón de hámster, mediante procesos biotecnológicos desarrollados mediante tecnología de ADN recombinante, por proceso de cultivo celular (se introduce a la célula el gen humano del factor VIII y IX), purificación o formulación final, lo que elimina la necesidad de procesos extensivos de purificación, por la ausencia de riesgo de contaminación viral.

Resulta claro que un elemento farmacéutico que se produce mediante biotecnología de purificación de factores de coagulación, resultado de aplicar procedimientos de ingeniería genética, como los antihemofílicos Recombinantes, constituye técnica diametralmente distinta de la plasmática. Esta circunstancia, unida al hecho de que tanto el Código ATC como el costo de los factores Recombinantes y los Plasmáticos son muy diferentes, hace perfectamente procedente concluir que solo las alternativas existentes en el mercado en año 2002 cuando se definieron los medicamentos del Plan Obligatorio de Salud, POS, se encuentran incorporadas en éste, al punto que para EPS Sanitas se ajusta a derecho solicitar el recobro de los factores antihemofílico recombinantes **FACTOR VIII, KOGENATE, BENEFIX FACTOR IX.**

Es importante anotar que los medicamentos recombinantes que se cobran a través de la presente solicitud de conciliación fueron suministrados a los pacientes entre febrero de 2010 y agosto de 2010., fechas para las cuales estaba en vigencia el acuerdo 228 de 2002 y no existía ningún concepto que pudiera determinar que se encontraban incluidos en el Pos.

Nótese que las explicaciones técnicas arriba consignadas demuestran que a pesar de las similitudes que puedan existir entre los medicamentos antihemofílico de origen plasmático y los Recombinantes, lo cierto es que dichos productos son diferenciables los unos de los otros, y por ello, bajo una apreciación de buena fe de las características de estos medicamentos, y una interpretación de buena fe de las normas que regulan el plan obligatorio de salud, se considera por parte de EPS Sanitas, que en este caso nos encontramos ante productos diferentes, y que por ello la cobertura de los medicamentos antihemofílico Factor IX y Factor VIII se limitaba a los de origen plasmático.

En este caso en concreto se manifiesta la insuficiencia de la que adolece la normativa vigente en relación con la codificación de medicamentos al interior del Sistema General de Seguridad Social en Salud, situación que tiene como efecto el que la realidad científica supere de lejos la regulación expedida por el Estado, en desmedro de la claridad y precisión que se requieren en un sistema de salud como el Colombiano, el cual se encuentra estructurado sobre un concepto de coberturas explícitas.

Conforme al esquema de coberturas explícitas o de planes de servicios taxativamente incorporados, solamente quedan cubiertos aquellos servicios, procedimientos, prestaciones, medicamentos e insumos incorporados en forma expresa o taxativa, de manera que las demás prestaciones médico asistenciales están excluidas de los mismos.

Así las cosas, la cobertura en salud que los afiliados y sus beneficiarios tienen derecho a recibir, corresponde únicamente a las prestaciones médico asistenciales y a los beneficios básicos y obligatorios contenidos taxativa y expresamente en el POS, al punto que éste tiene carácter limitado para poder preservar el equilibrio del Sistema, pues el contenido del plan de beneficios está estrechamente relacionado con los recursos existentes para su financiación.

La delimitación de la cobertura del Plan Obligatorio de Salud, POS conduce necesariamente a que los derechos de los afiliados sean explícitos, al tiempo que delimita la responsabilidad de las EPS y del FOSYGA y permite a las primeras establecer los recursos disponibles y priorizar su utilización para garantizar esa cobertura.

Evidentemente, si la regulación expedida por el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud y la CRES realmente propendieran por la claridad en el Sistema de Salud, la inclusión por ejemplo de los Factores VIII Y IX recombinante al POS se habría dado de manera explícita, no sólo a nivel de los Acuerdos que regulan el POS, sino además en el ámbito propio de la Codificación de Medicamentos.

Para explicar con mayor claridad lo arriba mencionado debemos empezar por poner de presente que mediante la Resolución 1.830 de 1.999, expedida por el entonces Ministerio de Salud, se adoptaron para Colombia las codificaciones únicas del Sistema General de Seguridad Social en Salud, así:

“Artículo 1.- Objeto: Adoptar las codificaciones de uso común de especialidades en salud, ocupaciones, actividades económicas y medicamentos esenciales, que harán parte del Sistema Integral de Información – SIIS.

“Artículo 2.- Ámbito de Aplicación. Las codificaciones de especialidades en salud, ocupaciones, actividades económicas y medicamentos esenciales, deben ser asumidas por los organismos de dirección, vigilancia y control del Sistema General de Seguridad Social en Salud, las entidades promotoras de salud, las administradoras del régimen subsidiado, los prestadores de servicios de salud, todos los servicios de atención farmacéutica, las compañías de seguros que expiden el Seguro Obligatorio de Accidentes de Tránsito, así como las entidades o instituciones que tienen regímenes especiales de seguridad social cualquiera sea su naturaleza.

“Artículo 3.- Utilización de la codificación. Estas codificaciones serán utilizadas en adelante por el Sistema Integral de Información del SGSSS, para codificar las especialidades en salud, ocupaciones, actividades económicas y medicamentos esenciales, en cualquiera de los componentes de información del SIIS.” (Subrayado)

En relación con los medicamentos, el artículo 7 de la misma Resolución 1.830 de 1.999 establece que dichos productos se codifican de la siguiente forma:

“Artículo 2.- Codificación y denominación de medicamentos esenciales”

Código Anatomo farmacológico	Código Administrativo			Descripción del medicamento	Unidad medida
	Principio Activo	Forma	Concen tración		
B02B	F001	72	1	Factor antihemofílico Polvo para reconstituir No < 100 U.I de factor VIII	Fco - vial

Téngase en cuenta que para esta época la Sala Especializada de Medicamentos y Productos Biológicos de la Comisión Revisora del INVIMA no había autorizado el uso en Colombia del Factor Antihemofílico Recombinantes VIII y IX, siendo evidente entonces que dicho producto no podría considerarse codificado en el territorio nacional.

Con la expedición del Acuerdo 228 de 2.002 del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, “Por medio del cual se actualiza el Manual de Medicamentos del Plan Obligatorio de Salud y se dictan otras disposiciones”, se incorporó por primera vez al Plan Obligatorio de Salud la codificación de medicamentos, según lo ordenado en la Resolución 1.830 del 23 de junio de 1999, así:

“CONSIDERANDO

“Que es función del CNSSS actualizar los contenidos del POS (...).

“Que (...), se hace necesario modificar el Manual de Medicamentos y Terapéutica del Sistema General de Seguridad Social en Salud adoptado mediante el Acuerdo 83 de 1.997.

“Que igualmente es necesario incorporar al presente Acuerdo la codificación de medicamentos según lo establecido en la Resolución 1830 del 23 de junio de 1999, por la cual se adoptaron para Colombia las codificaciones únicas de especialidades en salud, ocupaciones, actividades económicas y medicamentos esenciales para el Sistema Integral de Información del SGSSS-SIIS.

"(...).

"ACUERDA:

"Artículo 1.- Definase para el Sistema General de Seguridad Social en Salud (SGSSS), la lista de medicamentos esenciales que se enuncia a continuación:

(...)."

Código Anatomo farmacológico	Código Administrativo			Principio activo	Concetración farmaceutica
	Principio Activo	Forma	Concen tración		
B02B	F001	72	1	Factor antihemofílico	No menos de 100 UI de factor VIII polvo para inyección
B02B	F001	72	1	Factor antihemofílico	Complejo del Factor IX 250 U.I
B02B	F001	72	2	Factor antihemofílico	Complejo del Factor IX 500 U.I
B02B	F001	72	3	Factor antihemofílico	Complejo del Factor IX 1.000 U.I

La reseña de las normas aplicables permite concluir que solamente a partir de la vigencia del mencionado Acuerdo 228 de 2.002 se estableció para el Plan Obligatorio de Salud, POS una lista de medicamentos específicos, cada uno con su propia identificación, determinada por el llamado "Código ATC", que establece el código anatofarmacológico, el principio activo, la forma de presentación y la concentración, seguido de la descripción de cada uno de estos elementos, sin que hubiera una Resolución del Ministerio de Salud que asignara una codificación para los medicamentos Recombinantes a pesar de la existencia de las claras diferencias de estos con los plasmáticos, en los términos expuestos en párrafos precedentes.

La norma vigente para la fecha en la cual se realizó la entrega de los medicamentos recobrados en la presente acción, en materia de contenidos del Plan Obligatorio de Salud, POS es el Acuerdo No. 008 del 29 de diciembre de 2.009, expedido por la Comisión de Regulación en Salud (CRES), que establece lo siguiente:

"Artículo 1.- NOMENCLATURA: Adóptese la codificación y nomenclatura de la Clasificación Única de Procedimientos en Salud –CUPS- como el único referente para expresar el contenido del POS en relación con las actividades, procedimientos e intervenciones. En materia de medicamentos se utilizará la codificación descrita en el presente acuerdo y basada en el sistema de clasificación anatómica ATC.

"(...)

"Artículo 10.- PRINCIPIOS PARA LAS EXCLUSIONES. Los criterios generales de exclusiones explícitas de los planes obligatorios de salud son los siguientes:

"1. Elementos, medicamentos, en general servicios de salud no incluidos expresamente en el presente acuerdo.

"(...).

"6. Actividades, procedimientos e intervenciones, medicamentos y tecnología en salud no incluidas expresamente en el presente acuerdo.

"(...).

"Artículo 14.- COBERTURA DE INSUMOS, SUMINISTROS Y MATERIALES. En el caso de los listados de

actividades, procedimientos, intervenciones y medicamentos, definidos en el presente acuerdo, la inclusión en el POS y POS-S se limita a los descritos en el mismo; en consecuencia conduce a la no inclusión o exclusión de los que no se describen en el listado respectivo, salvo expresión en contrario de acuerdo con lo definido en cada listado.

“(...)”.

“Artículo 54.- **EXCLUSIONES EN EL RÉGIMEN CONTRIBUTIVO.** El POS-C tiene las siguientes exclusiones y limitaciones acorde con lo estipulado en el artículo 000 (Sic) del presente acuerdo: (...)”

“6. Medicamentos y sustancias que no se encuentren expresamente autorizados en el Manual de Medicamentos y Terapéutica vigente.” (Subrayado)

El Anexo 1 del Acuerdo 008 de 2.009, contiene el listado de medicamentos POS. En materia de medicamentos antihemofílicos incluye únicamente los siguientes, identificados con la misma codificación ordenada en la Resolución 1.830 de 1.999:

Código ATC	Código Administrativo			Principio activo	Concetración farmaceutica
	Principio Activo	Forma	Concen tración		
B02B	F001	72	1	Factor antihemofílico	No menos de 100 UI de factor VIII polvo para inyecciOn
B02B	F002	72	1	Factor antihemofílico	No menos de 100 U.I. de factor IX Polvo para inyecciOn

Nuevamente nos encontramos con que no hay una codificación particular para los medicamentos Recombinantes, a pesar de que tienen diferencias importantes con los plasmáticos. En este caso el Ministerio de Salud y de la Protección Social omitió ajustar lo previsto en la Resolución 1830 de 1.999 arriba mencionada, y no asignó un código específico para los medicamentos recombinantes, situación que no hace más que ahondar en las deficiencias regulatorias del tema de medicamentos en el Sistema de Salud, generando situaciones de confusión sobre los reales alcances del Acuerdo 008 de la CRES sobre la cobertura de los medicamentos recombinantes.

Por si esto no fuera suficiente, al realizar un análisis de los códigos ATC de algunos factores antihemofílicos se pudo establecer que uno de los antihemofílicos plasmáticos tiene una codificación idéntica al Factor VIII + Von Willenbrand, producto que se caracteriza por ser la combinación de varios principios activos dentro del mismo medicamento, lo que según lo señalado por la CRES en el oficio RAD-CRES-284-10 del 7 de febrero de 2.011 tiene como consecuencia que no se considere incluido dentro del POS. Ante Esta situación resulta más que evidente que las deficiencias en la codificación distorsionan cualquier ejercicio interpretativo que se pretenda hacer frente a las coberturas del POS.

De otra parte la Resolución 1499 del 29 de abril de 2010, emitida por el Ministerio de la Protección Social, en el Artículo 1, donde se establece el listado de medicamentos no incluidos en el Plan de beneficios, que se comercializan en el país, se registra y mencionan los factores VIII así:

Cons.	CUM	Principio Activo	Nombre Comercial
110	226750-1	Factor	IMMUNATE FACTOR VIII DE COAGULACION 250 UI
112	199919165-1	Factor	DRIED FACTORA VIII, TYPE 8Y
113	19935850-1	Factor	IMMUNATE 500 UI FACTOR VIII DE COAGULACION

114	19935853-1	Factor	IMMUNATE 1000 UI FACTOR VIII DE COAGULACION
-----	------------	--------	---------------------------------------------

Este es un ejemplo más que nos lleva a concluir que el medicamento **FACTOR VIII** recombinante no hace parte o no se encuentra incluido en el listado de medicamentos del POS, por lo que en cualquier caso, ante la duda, esta habrá de ser resuelta a favor del administrado – EPS que sin embargo ha cumplido con su obligación de garantizar la prestación efectiva de citado medicamento, para proteger el derecho a la salud.

Además de lo anterior, debemos tener en cuenta que de acuerdo a las características de cada uno de los medicamentos que se encuentran en las actas de autorización de medicamentos y registros sanitarios expedidas por el INVIMA, las diferencias entre los medicamentos recombinantes y plasmáticos son claras, pues no son moléculas idénticas, no pueden pertenecer al mismo género pero no se puede presumir que por ello se encuentren explícitamente incluidas en el Plan Obligatorio de Beneficios.

VI. MEDIO DE CONTROL PROCEDENTE: REPARACIÓN DIRECTA

Al no existir contrato entre la EPS y el Estado Colombiano- Ministerio de Salud y de la Protección Social, y al no estar en presencia de un acto administrativo con el que se haya negado el pago de los recobros objeto de esta demanda; el medio de control procedente ante la jurisdicción contencioso administrativa para obtener el reconocimiento y pago de los recobros, intereses y gastos administrativos que constituyen las pretensiones de esta demanda es la **Reparación Directa**, de conformidad con el artículo 140 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo - Ley 1437 de 2011, pues se persigue la declaración de responsabilidad patrimonial a cargo del Estado, de naturaleza extracontractual, por concepto de los daños y perjuicios ocasionados a la demandante como resultado de la operación administrativa de revisión, liquidación, reconocimiento y orden de pago del derecho consagrado en el ordenamiento superior, es decir, de actividad material ejercida por el Consorcio Administrador delegado para tal efecto por el Ministerio de Salud y Protección Social en virtud del contrato suscrito entre las partes, en ejercicio de funciones administrativas, encaminadas a la ejecución de actos igualmente administrativos, para hacer efectivo su cumplimiento¹.

Mediante la presente pretensión contenciosa, **EPS Sanitas**, busca obtener el resarcimiento de los daños y perjuicios ocasionados por la demandada, como consecuencia de las glosas injustificadamente formuladas respecto de solicitudes de recobro de servicios o prestaciones médico asistenciales efectivamente cubiertos en su momento por **EPS Sanitas** con recursos propios, para cumplir determinaciones del Comité Técnico Científico u órdenes impuestas mediante fallos de tutela, no incluidos en el Plan Obligatorio de Salud, POS, y, en consecuencia, no financiados por las unidades de pago por capitación, UPC, que recibe la empresa para garantizar a sus afiliados y beneficiarios el acceso a los servicios del POS, con grave y sustancial detrimento patrimonial. Forma parte integral del daño reclamado, la demora injustificada en el reconocimiento y pago de los recobros, sin que se le remuneren tampoco el costo del dinero, ni los gastos que demanda la administración de tales prestaciones, medicamentos y servicios.

VII. TÍTULO DE IMPUTACIÓN:

FALLA EN EL SERVICIO AL NEGAR INJUSTIFICADAMENTE EL DERECHO AL RECOBRO DE LOS

¹

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Sentencia de 26 de agosto de 2004, Expediente No. 2000-0057, C.P., C.P. Dr. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

VALORES DE LOS SERVICIOS DE SALUD QUE NO HACEN PARTE DEL PLAN OBLIGATORIO DE SALUD – POS:

“La Falla en el Servicio” se materializa como la imputación del daño, como quiera que las glosas invocadas por la entidad demandada a los recobros objeto de reclamación, constituyen glosas injustificadas, toda vez que los servicios de salud objeto del recobro no forman parte del Plan Obligatorio de Salud – POS y en consecuencia no se encuentran costeados por la UPC reconocida por el Estado Colombiano a las EPS.

El argumento esgrimido por la demandante a través del consorcio administrador para negar el reconocimiento y pago de los recobros objeto de esta demanda parte de la afirmación injustificada que los servicios a los cuales se refiere se encuentran incluidos en el POS, esta negación constituye una falla en el servicio, como quiera que no es cierto que los servicios sobre los cuales versan los recobros objeto de esta controversia se encontraran incluidos en el POS al momento de la prestación del servicio y mucho menos que estuvieran costeados por la UPC, para dar paso a la glosa mediante la cual se afirma que su pago se efectuó con cargo a dicha prima que la EPS recibe por cada uno de sus usuarios, tal y como se argumentó en los hechos de este libelo.

De conformidad con los artículos 48 y 49 de la Constitución, el Estado Colombiano tiene el deber garantizar el derecho a la salud de los ciudadanos y regular el conjunto de beneficios a que estos tienen derecho, entendiéndose que lo que no está dentro de las coberturas del Plan Obligatorio de Salud se encuentra a cargo del Estado su cobertura.

En el asunto que nos ocupa, los **servicios, insumos o procedimientos** NO se encontraban incluidos en el Plan Obligatorio de Salud, POS al momento de la prestación del servicio y en consecuencia tampoco habían sido financiados con los recursos provenientes de las Unidades de Pago por Capitación, UPC, sin embargo, los mismos fueron autorizados y suministrados a usuarios y beneficiarios de la EPS, por cuanto su prestación resultaba obligatoria, en cumplimiento de las órdenes impartidas en los fallos de Tutela o en atención a las autorizaciones efectuadas por el Comité Técnico Científico, pese a tratarse de prestaciones que se encontraban a cargo del Estado por no haber sido delegadas a la EPS, situación que daba lugar a su recobro ante el **Fosyga**.

Pese a tratarse de servicios NO POS, las solicitud de recobro presentadas en su momento por EPS Sanitas ante el Consorcio administrador del Fosyga, fueron glosadas obstruyendo el derecho al pago que le asistía por autorizar servicios no POS que se encontraban a cargo del Estado, por lo que era su obligación efectuar el pago de las mencionadas prestaciones.

Los recobros objeto de reclamación corresponden a servicios suministrados o como resultado de: (i) La autorización emanada del Comité Técnico Científico, autoridad idónea e imparcial o (ii) como resultado de una orden judicial. Los dos eventos implican la prestación de servicios NO POS.

En cuanto a la orden impartida por el Juez de Tutela mediante el fallo, esta es una decisión judicial de obligatorio cumplimiento tanto para las EPS como para la Nación- Ministerio de Salud y Protección Social.

En ese sentido, la jurisprudencia ha sido enfática al manifestar que “el cumplimiento de fallos judiciales es un imperativo del Estado Social de Derecho, fundamento de la democracia y parte integrante de los derechos fundamentales al debido proceso y de acceso a la administración de justicia”.

Al respecto, la H. Corte Constitucional mediante sentencia T-096 de 2008, de fecha siete (7) de febrero de dos mil ocho (2008), Magistrado Ponente: Doctor Humberto Antonio Sierra Porto, señaló:

“...el incumplimiento de las sentencias judiciales constituye una trasgresión del derecho fundamental de acceso a la justicia puesto que el reconocimiento de esta garantía en el texto constitucional se encuentra encaminado, como es obvio, no sólo a garantizar la posibilidad de interponer acciones frente a tribunales competentes e imparciales, y a reclamar una decisión sobre las pretensiones debatidas. Adicionalmente -y cabe anotar que en este punto adquiere sentido la totalidad del

proceso judicial agotado- incluye el derecho a obtener cumplimiento de las decisiones consignadas en las sentencias. De otra forma, se desvanece la legitimidad de la Rama judicial y sus decisiones se convierten en meras proclamaciones sin contenido vinculante

Como ha sido manifestado a lo largo de esta demanda, el Plan obligatorio de Salud- POS fue definido bajo el esquema de coberturas explícitas o de planes de servicios taxativamente incorporados y bajo ese entendido solamente quedan cubiertos por el Plan aquellos servicios, procedimientos, prestaciones, medicamentos e insumos incorporados en él en forma expresa o taxativa, de manera que las demás prestaciones médico asistenciales están excluidas del mismo.

De esta forma, la cobertura en salud que los afiliados tienen derecho a recibir, en desarrollo del Plan, corresponde exactamente a las prestaciones asistenciales y a los beneficios básicos y obligatorios contenidos expresamente en el POS, de manera que tienen un carácter limitado para preservar el equilibrio del Sistema, pues el contenido del plan de beneficios está estrechamente relacionado con los recursos existentes para su financiación.

En consecuencia, la delimitación de la cobertura del Plan Obligatorio de Salud permite que los derechos de los afiliados sean explícitos y, correlativamente, define la responsabilidad de las EPS y les permite priorizar la utilización de los recursos con miras a garantizar su cobertura.

Al respecto la H. Corte Constitucional, sentencias T-689 de 2001 (M.P. Jaime Córdoba Triviño) y T- 605 de 2007 (M.P. Humberto Antonio Sierra Porto), manifestó:

" (...) Si el contenido del Plan Obligatorio de Salud fuera ilimitado no habría la más remota posibilidad de garantizarlo a todos los habitantes, ni siquiera en las limitadas condiciones en que hoy se lo hace, pues el imperativo de prestar atención integral conllevaría el agotamiento de los recursos estatales con la sola garantía de ese derecho a mínimos sectores poblacionales (...)". (Subrayado fuera de texto).

En el mismo sentido, mediante Sentencia C-112 de marzo 25 de 1998, con Ponencia del Doctor Carlos Gaviria Díaz, esa Honorable Corporación señaló:

(..) La prestación de los servicios públicos, en este caso de salud, "depende particularmente de la política social diseñada y promovida por el Estado y su capacidad económica y financiera para asumir los costos que demanda la implementación y el funcionamiento del correspondiente sistema. La cobertura e integralidad de la seguridad social, esto es, el cubrimiento de todas las contingencias negativas que afectan la salud y las condiciones y el logro de una especial calidad de vida de la población, necesariamente deben guardar proporcionalidad con las posibilidades económicas del Estado que reduce su actividad a un proceso gradual, al desarrollo de un programa instrumentado por el Estado social de derecho, como se deduce de la normatividad constitucional. Obviamente, el criterio estrictamente económico, no puede esgrimirse como obstáculo para extender la seguridad social a los espacios queridos por el constituyente al diseñar el Estado social de derecho; por consiguiente, lo ideal es que el Estado realice de manera gradual pero sin pausa, los esfuerzos económicos, técnicos y administrativos que se requieren para lograr el principio de la integralidad del sistema... pero ello no significa que el derecho a la seguridad social, pueda ser exigido por los usuarios del sistema más allá de las posibilidades económicas propias de su organización y funcionamiento, esto es, que puedan demandarse prestaciones que excedan su capacidad y que naturalmente no estén amparadas en las cotizaciones que se les exigen a los beneficiarios." (..)

No obstante, un juez de tutela en aras de salvaguardar la vida y la salud de un afiliado al SGSSS que requiere un servicio de salud excluido de los planes de beneficios, puede inaplicar la norma que eventualmente puede violar derechos fundamentales, al tenor del artículo 29 numeral 6 del Decreto 2591 de 1991 que reza:

(...) 6. Cuando la violación o amenaza de violación derive de la aplicación de una norma incompatible con los derechos fundamentales, la providencia judicial que resuelva la acción interpuesta deberá además ordenar la inaplicación de la norma impugnada en el caso concreto (...)

En este orden de ideas cuando el juez de tutela ordena el cubrimiento económico de un servicio de salud excluido de los planes de beneficios, es claro que está implicando las normas del SGSSS que establecen exclusiones y limitaciones, en consecuencia, con el fin de no afectar el equilibrio económico del SGSSS, la EPS esta facultada para repetir contra el Estado el valor de lo sufragado por estos conceptos.

De esta manera, el fallo de tutela se convierte en una orden judicial que no puede ser desconocida por el Ministerio de Salud y Protección Social ni mucho menos por el Administrador del Fosyga, en consecuencia, la glosa invocada sobre los recobros que tienen su origen en un fallo de tutela que ha ordenado la prestación de un servicio de salud excluido de los planes de beneficios, resulta improcedente, toda vez que la orden judicial es de obligatorio cumplimiento no solo para la EPS, también para el Ministerio de Salud y de la Protección Social en representación del Estado, que para el efecto, se encuentra obligado al reconocimiento y pago a la EPS de los servicios que esta debió asumir y que estaban excluidos de los planes de beneficios.

Así las cosas, el Ministerio de Salud y de la Protección Social representada a través del consorcio administrador del Fosyga, no podía válidamente desconocer la orden judicial emanada del juez de tutela que dispuso la prestación del servicio No Pos y en consecuencia el correspondiente reembolso por el valor de su importe.

De igual manera, resulta palmario, a la luz de los fundamentos de hecho y de derecho de la presente demanda, que **EPS Sanitas** no se encontraba obligada a asumir la cobertura económica de servicios de salud no cubiertos por el POS ni a soportar la carga y el perjuicio que esta situación representa, toda vez que para estos eventos se estableció el recobro al FOSYGA, como mecanismo para evitar dicho perjuicio; sin embargo cuando éste se niega a realizar el reembolso y rechaza el reconocimiento y pago de las sumas objeto de recobro por las aquí demandantes, trae como consecuencia un **daño antijurídico**.

Revisando las diferentes teorías planteadas por el Consejo de Estado en torno al enfoque del daño antijurídico alegado en la reparación directa, se tiene que hay varias de ellas que tienen aplicación frente a los hechos y pretensiones del presente medio de control, así:

DAÑO ESPECIAL:

Se fundamenta en la igualdad frente a las cargas públicas, y constituye un régimen excepcional de responsabilidad extracontractual de la administración, por la cual corresponde al Estado indemnizar a los afectados por los perjuicios causados, a pesar de que estos sean consecuencia del actuar legítimo de la administración. Por lo anterior, no obstante que la conducta del Estado es legítima, por razones de justicia retributiva debe indemnizarse al afectado.

La jurisprudencia contencioso administrativa y la doctrina han señalado que los siguientes son los requisitos que deben cumplirse para que proceda la indemnización de perjuicios por cuenta del régimen de responsabilidad del daño especial²:

1. Que la administración despliegue una actividad legítima.
2. Que el daño se produzca afectando un particular, generando una ruptura de la igualdad frente a las cargas públicas³.

² El Consejo de Estado en Sala Plena, mediante la Sentencia de 25 de agosto de 1998, Radicación No. IJ-001 con relación al Principio de Igualdad Frente a las Cargas Públicas señaló:

3. Que entre la actuación de la administración y el rompimiento de esa igualdad, exista un nexo de causalidad³.

Frente a los tres requisitos del **Daño Especial**⁴, no cabe duda que todos y cada uno de ellos encajan en este caso, por las siguientes razones:

- Las actuaciones del Estado son legítimas en tanto son el resultado de (i) *órdenes judiciales* impartidas en los fallos de tutela, mediante los cuales los jueces de conocimiento ordenaron a EPS Sanitas suministrar prestaciones de salud no contenidas en el POS a afiliados y beneficiarios suyos y (ii) *Autorizaciones emitidas por el Comité Técnico Científico (CTC)* en razón de las facultades que le fueron legalmente conferidas para autorizar servicios no POS, de conformidad con las Resoluciones expedidas por el entonces Ministerio de Salud hoy de la Protección Social.
- Con ocasión de la actividad lícita del Estado, se produjo un daño en contra de EPS Sanitas al alterarse el equilibrio de la empresa frente a las cargas públicas⁵, resultado de: (i) El no pago o reembolso a la demandante de las sumas efectivamente sufragadas en la cobertura de prestaciones asistenciales que no le correspondía cubrir por estar excluidas del POS y que desbordaban su responsabilidad por tratarse de beneficios básicos y obligatorios no delegados ni contenidos expresamente en el POS, (ii) El incumplimiento o retardo en los plazos para efectuar los desembolsos, (iii) El endeudamiento en que ha incurrido la EPS al pagar con sus propios recursos prestaciones que no estaban incluidas en el POS y en consecuencia no fueron financiadas por la UPC, desde el momento de su cobertura y pago al prestador hasta aquel en que efectivamente se efectúe el reembolso.
- Existe una relación de causalidad entre la conducta de la administración y el daño causado, lo cual es evidente si se tiene en cuenta que la instancia administrativa responsable del reconocimiento y pago de los recobros a favor de la EPS se encuentra constituida por las entidades aquí demandadas.

TEORIA DEL ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA – ACCION IN REVERSO:

Detrimento injustificado del patrimonio de EPS Sanitas. Buena fe en su actuar y confianza legítima en el reembolso de los dineros recobrados por la cobertura de servicios NO POS.

Es del caso involucrar a la presente acción, la teoría del *Enriquecimiento Sin Causa*,⁵ en su calidad de régimen subsidiario de responsabilidad como así lo ha calificado el H. Consejo de Estado en diversa jurisprudencia proferida en la materia, y a pesar que a la fecha no existe posición jurisprudencial para asuntos como el que nos ocupa, sus presupuestos que a continuación se enuncian y desarrollan, se ajustan a la presente actuación de la

" (...) En síntesis puede afirmarse que el título de imputación jurídica sobre el cual se edifica el juicio de responsabilidad para el estado, lo constituye el rompimiento del equilibrio de las cargas Públicas, ocasionado por la actividad legítima de autoridades estatales (Congreso y Presidente de la República), que causa daño antijurídico, respecto del cual, el administrado no está en el deber de soportar, pues la carga pública que debe ser colectiva, no debe correr a cargo de una persona en particular. De ahí que sea equitativo, imponer al Estado en representación de la sociedad, la obligación de reparar el perjuicio irrogado a los actores. Esta solución no es otra cosa que el cabal desarrollo y ejecución logística del principio de la igualdad ante la Ley, previsto en el artículo 13 de la C.P. (...)"

³ Esta ruptura es más que evidente si se tiene en cuenta que al establecer el contenido del POS el Estado delegó en las EPS la prestación de un servicio público específico y determinado, por lo que al obligarse a esta clase de empresas a asumir el costo de prestaciones adicionales al plan de beneficios, tanto en cumplimiento de fallos de tutela como de las decisiones de los comités técnico científicos, se genera una alteración sustancial de las obligaciones inicialmente asumidas por las EPS, y en este caso particular por la demandante.

⁴ Artículo: DAÑO ESPECIAL, de la Pontificia Universidad Javeriana – Facultad de Ciencias Jurídicas, Bogotá, agosto 2.001

REPUBLICA DE COLOMBIA
SECRETARÍA DE JUSTICIA
BOGOTÁ, D.C.
VOTARIA
P. ROMERO

siguiente forma:

Se caracteriza por tres (3) supuestos a saber:

Es indispensable que “el desequilibrio patrimonial no tenga una causa jurídica”; que “mediante la pretensión no se eluda o soslaye una norma imperativa” y que “el actor no haya actuado en su propio interés ni haya incurrido en culpa o negligencia”⁶;

1. Es evidente que el desequilibrio patrimonial **No tiene una causa jurídica**, pues no existe regulación que conduzca a señalar que las EPS deben soportar la carga de asumir los gastos generados en la cobertura de servicios NO POS, y en consecuencia **No financiados con la UPC**, que son el resultado de las órdenes impartidas en los fallos de tutela y las autorizaciones emanadas del CTC.
2. No hubo por parte de la EPS accionante culpa o negligencia, toda vez que mi representada actuó en cumplimiento de mandatos superiores que señalan que el servicio no POS debe ser cubierto por la EPS, siempre que este ordenado en un fallo de tutela o contenido en una autorización del CTC, y le corresponde al Estado, a través de la entidad accionada, proceder con el reembolso de las sumas cubiertas en los servicios prestados a sus afiliados o beneficiarios.

Así las cosas, el recobro de las sumas de dinero reclamadas por EPS Sanitas, constituye el ejercicio legítimo de los derechos que le asisten por la prestación de servicios en salud que no le fueron delegados y los cuales se vio obligada a asumir en cumplimiento de fallos de tutela u órdenes impartidas por el CTC y que dieron lugar a la afectación de su patrimonio, en consecuencia, la negativa por parte del Estado frente al reconocimiento y pago de las sumas cubiertas por la EPS en estos eventos, obliga a esta última a asumir el costo financiero de lo que no está incluido en el POS, ocasionando su claro empobrecimiento, al tiempo que da lugar al aumento del patrimonio del Estado de forma injustificada, toda vez que por tratarse de servicios no delegados, el único obligado a garantizar la prestación del servicio y asumir su cobertura es el Estado.

Es del caso mencionar que cuando el recobro de servicios NO POS, obedece a autorizaciones emanadas de los Comités Técnico-Científicos, estas son el resultado de la función misma que estos cumplen, mediante la cual se pretende garantizar la atención médico-asistencial de los afiliados y beneficiarios cuando reclaman por hechos de naturaleza asistencial que presuntamente los afecta (Ley 100 de 1993, artículo 188; Resolución 2312 de 1998 expedido por la Ministra de Salud).

En atención a lo anterior, el Comité Técnico Científico luego de realizar un análisis pormenorizado de la Historia Clínica del paciente y las alternativas que se encuentran incluidas en el Plan Obligatorio de Salud, decide autorizar o negar la cobertura de un procedimiento NO POS. En caso de ser autorizado, la EPS tiene que suministrarlo con cargo a los recursos propios y de sus afiliados y adquiere la potestad de reclamarlos ante la cuenta fiduciaria encargada para tal fin.

5. El H. Consejo de Estado ha aplicado el principio del no enriquecimiento sin causa como fundamento de la responsabilidad patrimonial del Estado siempre y cuando se reúnan las siguientes exigencias: (i) Existencia de un enriquecimiento de la entidad pública y un correlativo empobrecimiento del demandante que carezca de causas jurídicas, la buena fe en la actuación la inexistencia de otra acción que permita reclamar la indemnización por el menoscabo patrimonial sufrido. Sobre estas bases se ha identificado la procedencia de la acción in rem verso.

⁶ Consejo de Estado, Sala Contencioso Administrativo – Sección Tercera, 17 de junio de 2007. Expediente 14.669. M.P.: Ramiro Saavedra Becerra:

Por el contrario, cuando son el resultado de órdenes impartidas en los Fallos de Tutela, mediante los cuales se ordena la prestación de los servicios NO POS, estas no pueden ser desconocidas por el Ministerio de Salud y de la Protección Social ni mucho menos del Administrador del Fosyga, en consecuencia las glosas invocadas sobre los recobros que son el resultado del cumplimiento de órdenes judiciales resultan a todas luces improcedentes.

Tal y como se ha señalado a lo largo del libelo, para que un afiliado al Sistema General de Seguridad Social en Salud, tenga derecho a que el Sistema asuma las coberturas económicas de los tratamientos, procedimientos, suministros y medicamentos, es necesario que los mismos estén contemplados dentro del Plan Obligatorio de Salud POS, ya que éste, delimita la cobertura de los servicios que deben ser brindados por la EPS, entendiendo con ello que lo que se encuentra por fuera del costeo de la UPC, la Entidad no está obligada a brindarlos, quedando a cargo del Estado su prestación en cumplimiento al principio de equilibrio financiero y sostenibilidad del Sistema.

A su vez, los eventos NO POS que son autorizados por la EPS, en cumplimiento a lo ordenado por el Comité Técnico Científico y Fallos de Tutela, se reitera que es deber del Estado con cargo a los recursos del Fosyga su cobertura, por tanto, también es su obligación reembolsar los gastos en que incurre la EPS por la prestación de servicios que fueron suministrados a los afiliados en exceso de su obligación.

Al respecto, el H. Consejo de Estado ha señalado que la relación entre las EPS y el Estado es una relación legal y reglamentaria pues tiene como razón de ser la satisfacción del interés general y que ha sido caracterizada como de "delegación" por la Corte Constitucional, con fundamento en el artículo 177 de la Ley 100 de 1993.

Bajo la perspectiva antes expuesta, el enriquecimiento sin justa causa es fuente directa de las obligaciones en aquellos eventos en que sin existir un acto jurídico, ni un hecho ilícito como tal (toda vez que una de las facultades de los demandados es negar los recobros), existe un patrimonio que se enriquece, en este caso el de la Nación- Ministerio de la Protección Social- FOSYGA a través la Subcuenta de compensación del Régimen Contributivo, a costa de otro que en la misma proporción se empobrece de manera injustificada, en esta ocasión el de EPS Sanitas⁷, razón por la que se debe compensar dicho detrimento para el segundo.

Otro de los presupuestos que enmarca el *Régimen del Enriquecimiento Sin Causa* lo constituye la **Buena Fe**, siendo claro en este caso que la actuación administrativa de EPS Sanitas estuvo enmarcada dentro de dicho principio constitucional, debido a la férrea convicción que los recursos destinados a cancelar los servicios NO POS a favor de sus afiliados, serían reembolsados por el FOSYGA, de conformidad con lo dispuesto en la jurisprudencia constitucional (sentencias SU- 480 de 1997 y T-760 y C-463 de 2008, entre otras) y las normas que regulan el sistema general de seguridad social en salud, máxime si se considera que el recobro partió de una orden de tutela o de una autorización en sede del CTC⁸.

Lo anterior generó en la EPS Sanitas una **Confianza Legítima** que a la luz de la jurisprudencia de la Corte

⁷ "(...) El enriquecimiento injusto o sin causa –términos que para los autores son indudablemente sinónimos- es fuente de obligaciones; esta fuente genera una obligación que es de reparación del perjuicio ocasionado; se reconoce como principio general del derecho; se subraya la injusticia del enriquecimiento como fundamento y, por último, al establecer los requisitos se sigue la tradición germano-italiana: un incremento patrimonial de cualquier clase, la carencia de razón jurídica que la fundamente y el correlativo enriquecimiento de otra persona. Es la falta de razón jurídica que fundamente el empobrecimiento lo que se expresa diciendo que es injusto o sin causa." (negritas fuera del texto original) DIEZ – PICASO, Luis y DE LA CAMARA, Manuel "Dos estudios sobre el enriquecimiento sin causa", Ed. Civitas, 1988, Madrid, Pág. 33.

⁸ Consejo de Estado, Sala Contencioso Administrativo – Sección Tercera: - Sentencia 10 de septiembre de 1.992. Expediente. 6822, y - Sentencia del 7 de junio de 2007. Expediente 14.669. M.P.: Ramiro Saavedra Becerra.

Constitucional se traduce en: *“Una proyección de la buena fé que debe gobernar la relación entre las autoridades y los particulares, partiendo de la necesidad que tienen los administrados de ser protegidos frente a actos arbitrarios, repentinos, improvisados o similares del Estado⁹”*

Sin embargo, las condiciones iniciales y las expectativas frente a la atención del Plan Obligatorio de Salud, a la fecha han variado de forma desproporcionada como resultado de las órdenes impartidas por los jueces de tutela, las autorizaciones emitidas por el CTC y la normativa vigente, situación que ha derivado en una carga insostenible para las EPS y en un grave riesgo para su sostenibilidad y viabilidad, vulnerando así, la confianza que les inspiraba la regulación estatal existente al momento de iniciar su actividad como delegatarias del Estado en materia de Salud.

De otro lado, la **Confianza Legítima** se concatena en forma directa con la **Seguridad Jurídica** no solo frente a la definición clara, precisa y concreta de los contenidos del POS, y en consecuencia de sus exclusiones, sino también frente a la estabilidad del ordenamiento que lo regula, pues desde la expedición de la Ley 100 de 1.993, ha habido una proliferación normativa exagerada que va desde leyes, decretos, pasando por reglamentos, circulares, acuerdos, resoluciones, instructivos y hasta conceptos que terminan alterando en forma dramática el sistema de seguridad social en salud, sin dejar de lado por supuesto los efectos que se han generado por parte de la jurisprudencia de la Corte Constitucional en materia de las medidas a adoptar para garantizar la efectividad de los derechos fundamentales de la población.

- | | |
|---------------------------------|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| ▪ Resolución 5061 de 1997: | Reglamentó los Comités Técnico Científicos dentro de las EPS, ARS e IPS. |
| ▪ Acuerdo 83 de 1997: | Estableció el Manual de medicamentos incluidos en el POS. |
| ▪ Resolución No. 2312 de 1.998: | Reglamentó el recobro de medicamentos autorizados por los CTC de las EPS, ARS y entidades adaptadas. |
| ▪ Resolución 2948 de 2.003: | Señaló parámetros para la autorización y recobro ante el FOSYGA de medicamentos no incluidos en el Acuerdo 228 de CNSSS autorizados por el Comité Técnico Científico. |
| ▪ Resolución 2949 de 2.003: | Estableció el procedimiento de recobro ante el FOSYGA por concepto de prestaciones ordenadas por Fallo de Tutela y determinó los documentos que se debía anexar como soporte a las solicitudes de pago. |
| ▪ Resolución 3797 de 2.004: | Reglamentó el procedimiento de recobro ante el FOSYGA, por concepto de suministro de medicamentos no incluidos en el Plan Obligatorio de Salud, POS y de Fallos de Tutela. |
| ▪ Resolución 087 de 2004 | Concede plazo para la conformación de los Comités Técnico Científicos al interior de las EPS, ARS e IPS. |
| ▪ Resolución 2366 de 2005 | Reglamentó parcialmente la R. 3797 de 2004 en cuanto a las causales de aprobación condicionada, |

⁹ Corte Constitucional Sent. T – 472 de 2.009, M.P. Dr. Jorge Iván Palacio Palacio.



devolución y pago de las solicitudes de recobro.

- Resolución 3615 de 2005

Adoptó formatos para la presentación de las solicitudes de recobro.

- Resolución 4568 de 2.005:

Autorizó un procedimiento excepcional para la revisión de la auditoria de las solicitudes de recobro presentadas ante el FOSYGA, por concepto de medicamentos No POS ordenados por fallos de tutela o autorizados por el CTC durante el periodo comprendido entre el 20 de diciembre de 2.002 y el 20 de noviembre de 2.004 y que registraran como causal única de glosa haberse presentado en forma extemporánea.

- Resolución 3099 de 2.008:

Estableció el procedimiento de recobro ante el FOSYGA, por concepto de suministro de medicamentos, servicios médicos y prestaciones de salud no incluidos en el POS, autorizados por Comité Técnico Científico y por fallos de tutela.

- Resolución 3754 de 2.008:

Modificó parcialmente la Resolución No 3099 de 2.008, con el fin de dar cabal cumplimiento a la Sentencia T- 760 de 2.008

- Resolución 3977 de 2.008:

Autorizó un periodo excepcional comprendido entre el 21 y el 24 de Octubre de 2.008, para la radicación de las solicitudes de recobro ante el FOSYGA, por concepto de medicamentos, servicios médicos y prestaciones de salud no incluidos en el POS, autorizados por Comité Técnico Científico y por Fallos de Tutela.

- Resolución 5033 de 2.008:

Modificó parcialmente la Resolución No 3754 de 2.008 y derogó unas disposiciones. Allí concedió un plazo especial para radicar recobros de tutelas que en la parte resolutive no otorgaban esta posibilidad.

- Resolución 1099 de 2.009:

Modificó el parágrafo del artículo 12 de la Resolución 3099 de 2.008 adicionado por el artículo 3o de la Resolución 3754 de 2.008, modificado por el artículo 1o de la Resolución 5033 de 2.008 y en consecuencia amplió el plazo allí establecido.

- Resolución 4377 de 2010

Modificó las Resoluciones 3099 y 3754 e incluyó disposiciones relacionadas principalmente con el recobro de medicamentos.

- Resolución 1089 de 2010

Modificó las resoluciones anteriores en materia de recobros, adicionó causales de devolución de las solicitudes de recobro e incluyó disposiciones aplicables a partir de junio de 2011.

- Resolución 2064 de 2011

Modificó y adicionó las resoluciones anteriores en

- | | |
|-----------------------------|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| | materia de recobros e incluyó disposiciones aplicables a partir de junio de 2011. |
| ▪ Resolución 2256 de 2011 | Introdujo un párrafo transitorio al artículo 14 de la Resolución 3099 de 2008, y autorizó un período excepcional de radicación de las solicitudes de recobro ante el Fosyga, |
| ▪ Resolución 4752 de 2011 | Por la cual se modificó la Resolución 3099 de 2008, y se efectuaron modificaciones respecto a los requisitos de admisión de las solicitudes de recobros, así como las causales de glosa. |
| ▪ Resolución 1383 de 2011 | Por la Cual el Ministerio de la Protección social Modificó el Artículo 6° de la Resolución 1089 de 2011, en el sentido de establecer el plazo a partir del cual las causales de devolución se harían aplicables, esto es, a partir del 1° de enero de 2012, y consecuentemente, el plazo para la aplicación de su correspondiente glosa. |
| ▪ Resolución 20 de 2011 | Por la cual se modificó la Resolución 1089 de 2011, modificada a su vez por la Resolución 1383 de 2011. |
| ▪ Decreto 0019 de 2012 | Por el cual se dictaron normas para suprimir o reformar regulaciones, procedimientos y trámites innecesarios existentes en la Administración Pública. |
| ▪ Resolución 000782 de 2012 | Por la cual se adicionó la Resolución número 3099 de 2008, modificada en lo pertinente por las Resoluciones números 3754 de 2008, 4377 de 2010 y 1089 de 2011 |
| ▪ Resolución 1701 de 2012 | Por la cual se derogó parcialmente la Resolución 1089 de 2011, modificada por las Resoluciones 1383 y 20 de 2011. |
| ▪ 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. |
| ▪ Resolución 458 de 2013 | Por la cual se unifica el procedimiento de recobro ante el Fondo de Solidaridad y Garantía (Fosyga) y se dictan otras disposiciones. |
| ▪ Decreto 347 de 2013 | Por el cual se reglamenta el inciso 4° del artículo 11 de la Ley 1608 de 2013. |
| ▪ Resolución 832 de 2013 | Por la cual se definen los términos, requisitos, formatos, periodos de radicación y criterios de evaluación de los recobros y reclamaciones de que trata el Decreto 347 de 2013. |

En relación a la cobertura de servicios de salud, la propia Corte Constitucional ¹⁰ ha reconocido la existencia de

¹⁰ Sentencia T-760 de 2.008, Corte Constitucional, M.P. Dr. José Cepeda Espinosa.
RECOMBINANTES R1

grandes vacíos, denominados **ZONAS GRISES** que constituyen en muchos casos barreras para el acceso a los servicios de salud por falta de una regulación precisa por parte del Estado. Así mismo, la Corte Constitucional ha indicado que la falta de actualización del POS afecta los derechos fundamentales de los usuarios¹¹, lo que aunado al tema de las zonas grises ha generado para las EPS una clara **Inseguridad Jurídica** frente a lo que esta y no cubierto por el POS.

PRINCIPIO DE IURA NOVIT CURIA

Falla del servicio presunta / Iura Novit Curia

En líneas anteriores se señalaron los diferentes regímenes aplicables a las pretensiones de esta demanda, no obstante en el evento que este Despacho considere que las normas y teorías invocadas son diferentes a las que estima pertinentes, solicito dar aplicación al principio invocado para que del estudio del asunto por parte de esa autoridad judicial, determine el régimen aplicable adecuado a los hechos expuestos y se dirima la presente controversia, sin que ésta situación incida negativamente para emitir un pronunciamiento de fondo sobre el asunto.

Al respecto del mencionado principio el H. Consejo de Estado ha sostenido que: *“La Sala, en hechos como los narrados en el sub - judice, ha venido sosteniendo la falla presunta del servicio, porque se trata de un agente de la Policía que con su arma de dotación oficial causa un daño y con ello, la falla se presenta y por lo mismo excluye el estudio de cualquier otro tipo de responsabilidad. La escogencia de uno o varios regímenes es asunto que compete al fallador como dispensador del derecho al calificar la realidad que presentan los hechos narrados al proceso, en aplicación del principio iura novit curia que permite aplicar la ley al asunto sometido a consideración de la jurisdicción¹²”.*

VIII. RESPONSABILIDAD DEL MINISTERIO DE SALUD Y DE LA PROTECCION SOCIAL

El Fosyga (Fondo de solidaridad y Garantía) es una cuenta adscrita al Ministerio de Salud (hoy de salud y de la protección social) que se manejará por encargado fiduciario, sin personería jurídica ni planta de personal (artículo 218 de la Ley 100 de 1993), esta adscripción implica un control de tutela sobre el funcionamiento del citado fondo en cabeza del entonces Ministerio de la Protección Social.

Al estar el Fosyga adscrito al Ministerio de Salud y de la Protección Social, queda este Ministerio encargado de la Dirección y Control de los recursos depositados en dicho fondo, lo cual implica que el Ministerio de Salud y de la Protección Social es el encargado de la correcta utilización de los recursos que maneja dicho Fondo, siendo este el que direcciona los recursos a los diferentes actores del Sistema General de Seguridad Social en Salud.

Ahora bien, para el caso que nos ocupa, el Ministerio de la Salud y de la Protección Social suscribió contrato de encargo fiduciario No. 00242 de 2005 para la administración del Fosyga con el Consorcio Fidufosyga 2005; quiere decir lo anterior, que el Ministerio de la Protección Social se hace responsable por las actuaciones de quien hubiere contrato para manejar vía encargo Fiduciario el Fosyga.

La dirección y control del FOSYGA ésta en cabeza del Ministerio de la Protección Social, lo hace responsable de los daños ocasionados a partir de las fallas o vía de hecho que se hayan materializado por el no pago de los

¹¹ Sentencia T-025 de 2.006, Corte Constitucional, M.P. Dr. Alfredo Beltrán Sierra.

¹² Consejo de Estado. - Sala de lo Contencioso Administrativo, 17 de abril de .991, C.P. Dr. Policarpo Castillo Dávila, referencia: Expediente No. 5692. Actor: Targelia Arcos de Muñoz.

recobros objeto de esta demanda.

Lo anterior en la medida que es el Ministerio de la Protección Social el encargado de velar por el adecuado funcionamiento del FOSYGA y a su vez el rector del SGSSS y el encargado de su orientación y regulación en voces del artículo 170 de la Ley 100 de 1993.

Así las cosas, de los fundamentos fácticos y jurídicos esbozados se configura una falla en el servicio, toda vez que el Ministerio de Protección Social siendo el ente rector del Sistema General de Seguridad Social en Salud no vigiló, ni coordinó la glosa incorrecta aplicada a los recobros objeto de la presente demanda.

Como fundamento de la responsabilidad que se predica del entonces Ministerio de la Protección Social, Hoy de Salud y de la Protección Social, el parágrafo 4 del artículo 13 de la Ley 1122 de 2007, dispone: *“El Ministerio de la Protección Social ejercerá las funciones propias del Consejo de Administración del Fosyga”*, es decir era que era ese Ministerio quien trazaba las directrices y políticas a ejecutar por parte del Consorcio.

Se tiene entonces que la falla en el servicio, predicable del Ministerio de la Protección Social hoy de Salud y de la Protección Social corresponde al régimen de responsabilidad subjetiva, donde el elemento fundamental para atribuir responsabilidad al Estado es la “culpa de la administración” o mejor la falla en el servicio, que puede ser por acción o por omisión, por extralimitarse en sus funciones o por no cumplirlas. Y como quedo claramente establecido, hay falla en el servicio por haber glosado de forma errónea los recobros objeto de la presente demanda en la medida que los servicios de salud prestados no hacen parte del POS-C.

IX. PRUEBAS

Documentales que se aportan:

1. Certificado de Existencia y Representación Legal de la demandante **Empresa Promotora de Salud Sanitas S.A. – EPS Sanitas**, expedido por la Cámara de Comercio de Bogotá.
2. Certificado de Existencia y Representación Legal de la demandante **Compañía de Medicina Prepagada Colsanitas S.A.**, expedido por la Cámara de Comercio de Bogotá, quién actúa en calidad de Cesionaria de los derechos de crédito.

Medio magnético - un (1) CD que contiene:

3. Base de datos en la que se identifican y clasifican los recobros presentados para pago ante el Ministerio de Salud y Protección Social representado por el consorcio administrador, que son objeto de la presente demanda.
4. Copia de la comunicación a través de la cual el Ministerio de Salud y Protección Social, representado por el Consorcio administrador, informó las glosas invocadas y su consecuente negativa de pago.
5. La siguiente Constancia del agotamiento del requisito de procedibilidad conforme lo dispuesto por la Ley 640 de 2.001, y específicamente en materia contencioso administrativa por el artículo 13 de la Ley 1285 de 2.009, así:
 - El día veintiuno (21) de enero de 2014, la Procuraduría 138 Judicial II para Asuntos Administrativos expidió Acta-Constancia, mediante la cual se certifica el agotamiento del requisito de procedibilidad en el asunto de la referencia

Inspección Judicial con Dictamen Pericial de Perito Contador:

Solicito ordenar y decretar la práctica de la prueba en mención para que mediante la intervención de un auxiliar de la justicia que tenga la calidad de profesional en Contaduría Pública, (i) Se verifique la autenticidad de los documentos que fundamentan los hechos expuestos en la demanda que se allegan en copia simple y que se relacionan en la base de datos que se adjunta como facilitadora de la interpretación de los mismos, (ii) se compruebe la existencia de la obligación y (iii) la veracidad de los hechos expuestos.

El auxiliar de la justicia designado, verificará la existencia de las facturas, corroborará los pagos efectuados a los prestadores o proveedores, confrontará el contenido de la base de datos que se acompaña a la demanda con los documentos que la soportan, calculará el monto de las pretensiones, cuantificará y liquidará los intereses causados a favor de la entidad que represento con ocasión del no pago por parte del consorcio administrador, ello sin perjuicio de las preguntas que pueda formular en cuestionario separado previo a la práctica de la prueba.

Los originales de los documentos objeto de la prueba, reposan en la compañía por resultar de especial importancia para la misma, ya que forman parte de su soporte financiero y permiten dar cumplimiento a sus obligaciones y responsabilidades como ente vigilado.

Dictamen Pericial de Perito Médico:

Respetuosamente solicito ordenar designar a un auxiliar de la justicia como perito médico, que cuente con amplia experiencia en legislación y operatividad del Sistema General de Seguridad Social en Salud, para que rinda experticio que permita constatar si a la luz de la Resolución 5261 de 1994 y demás normas vigentes al momento de la prestación de los servicios objeto de reclamación, estos se encontraban incluidos en el POS y debidamente financiados en la UPC que para el efecto las EPS reciben por cada uno de sus afiliados.

Oficios:

- ❖ Que se libre **oficio** al Ministerio de Salud y Protección Social, para que certifiquen la calidad de usuarios o afiliados a EPS Sanitas de los beneficiarios de los servicios objeto de la presente reclamación, al momento de la prestación del servicio, los cuales se encuentran debidamente discriminados en la base de datos que se aporta con la presente demanda.

Testimonios:

De la manera más respetuosa solicito se decrete la recepción de las siguientes declaraciones, para tales efectos formularé las preguntas personalmente en el marco de la diligencia o por escrito en la oportunidad procesal pertinente.

- **Miguel Angel bautista Guevara**, Director de Recobros de EPS Sanitas, para que declare todo lo que le conste de los hechos y pretensiones de la demanda, al igual que sobre los trámites de recobro que se presentaron para pago ante el Consorcio Administrador y al Ministerio de Salud y la Protección Social y el impacto financiero que tuvo el no pago del ciento por ciento del valor de los servicios de Salud excluidos del POS que se relacionan en la presente demanda El testigo podrá ser citado en la siguiente dirección: Calle 100 No. 11b- 67, Piso Quinto.

A los profesionales médicos que relaciono a continuación quienes podrán exponer sobre las diferentes técnicas entre factores recombinantes, la estructura molecular del factor VII, entre otras consideraciones científicas así como las que indican porqué se encuentran estos excluidos del POS.

- Doctor, CARLOS AUGUSTO RIVERA TORRES, gerencia de auditoria de la calidad en servicios de salud de la Universidad Jorge Tadeo Lozano, a quién se le puede ubicar en la cerrera 4 No. 22 – 61 de la

ciudad de Bogotá. Para tales efectos formularé las preguntas personalmente en el marco de la diligencia o por escrito en la oportunidad procesal pertinente.

X. ANEXOS

1. Certificado de Existencia y Representación Legal de la **Empresa Promotora de Salud Sanitas S.A. – EPS Sanitas**, expedido por la Cámara de Comercio de Bogotá.
2. Certificado de Existencia y Representación Legal de la demandante **Compañía de Medicina Prepagada Colsanitas S.A.**, expedido por la Cámara de Comercio de Bogotá, quién actúa en calidad de Cesionaria de los derechos de crédito
 - Medio Magnético (1 CD) que contiene la información.
3. Base de datos en la que se identifican y clasifican los recobros presentados para pago ante el Ministerio de Salud y Protección Social representado por el consorcio administrador, que son objeto de la presente demanda.
4. Copia de la comunicación a través de la cual el Ministerio de Salud y Protección Social, representado por el Consorcio administrador, informó las glosas invocadas y su consecuente negativa de pago.
5. Las siguientes Constancias del agotamiento del requisito de procedibilidad conforme lo dispuesto por la Ley 640 de 2.001, y específicamente en materia contencioso administrativa por el artículo 13 de la Ley 1285 de 2.009, así:
 - El día veintiuno (21) de enero de 2.014, la Procuraduría 138 Judicial II para Asuntos Administrativos expidió Acta-Constancia, mediante la cual se certifica el agotamiento del requisito de procedibilidad en el asunto de la referencia
6. Copia de la demanda y sus anexos en medios magnéticos para el traslado a la entidad demandada y a la Agencia de Defensa Jurídica del Estado. En aras de la buena fe, la transparencia y la lealtad procesal, se adjunta copia del referido archivo magnético, contentivo de la totalidad de la documental impresa que se allega a su Despacho.
7. Copia impresa de la presente demanda y sus anexos para el archivo.

XI. ESTIMACIÓN RAZONADA DE LA CUANTÍA (JURAMENTO ESTIMATORIO)

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 206 del Código General del proceso declaro bajo la gravedad del juramento que la cuantía estimada de la presente demanda es la de la suma de **QUINIENTOS NOVENTA Y CINCO MILLONES QUINIENTOS SESENTA Y DOS MIL QUINIENTOS CINCUENTA Y CINCO PESOS MONEDA LEGAL (\$595.562.555)**, discriminada de la siguiente manera:

- **QUINIENTOS CUARENTA Y UN MILLONES CUATROCIENTOS VEINTE MIL QUINIENTOS CINCO PESOS MONEDA LEGAL (\$541.420.505)** por concepto del capital correspondiente a la cobertura y suministro efectivo de los **servicios, insumos o procedimientos** NO POS o no financiados por la Unidad de Pago por Capitación – UPC, que el **Sistema General de Seguridad Social en Salud** le reconoce a la EPS mensualmente por cada **afiliado y beneficiario**, de manera que están a cargo de la **Subcuenta de Compensación del Fosyga**, los cuales fueron efectivamente cubiertos y suministrados en su momento por **EPS Sanitas** en favor de afiliados y beneficiarios suyos, de tiempo atrás y cuya suma es

reclamada en la presente demanda por la EPS Sanitas y Colsanitas.

- **CINCUENTA Y CUATRO MILLONES CIENTO CUARENTA Y DOS MIL CINCUENTA PESOS MONEDA LEGAL (\$54.142.050)**, por concepto de los **gastos administrativos** inherentes a la gestión y manejo de las prestaciones excluidas del POS objeto de la presente demanda, efectivamente suministrados en su momento por EPS Sanitas a sus usuarios, monto que equivale al diez por ciento (10%) del valor de las mismas, aplicando por analogía el porcentaje del gasto administrativo admitido para las Administradoras de Riesgos Profesionales - ARP, hoy ARL, o la suma que resulte probada en el trámite del proceso.
- La suma que resulte liquidada entre la fecha de exigibilidad del respectivo concepto y el momento de proferirse la sentencia, a título de intereses, a favor de **EPS Sanitas y Colsanitas**, sobre el monto de que trata la pretensión 2.1.1., a la tasa máxima de interés moratorio establecida para los tributos administrados por la DIAN, conforme al artículo 4 del Decreto Ley 1281 de 2002.

XII. AGOTAMIENTO DE LA INSTANCIA ADMINISTRATIVA – ANALISIS CADUCIDAD

La pregunta que surge es: *¿En qué momento del proceso administrativo del recobro queda en firme la negativa de la administración?*

De acuerdo a lo reglado en Resolución 2933 de 2006 emanada del Ministerio de la Protección social, las EPS tienen el derecho de objetar por una sola vez el motivo de las glosas formuladas por el Administrador del Fosyga, procedimiento que se surte bajo el formato MYT-04, y en consecuencia solo hasta cuando el Consorcio informa la decisión adoptada respecto de la objeción formulada por la EPS se pone fin al trámite administrativo del recobro y es a partir de esa fecha en que la EPS tiene la certeza del no pago y se configura efectivamente el daño reclamado, máxime cuando el resultado de la objeción no siempre es la ratificación y puede suceder que la auditoría revoque total o parcialmente su decisión con nuevos argumentos.

De otra parte la Resolución No. 3099 del 19 de agosto del 2.008 emanada del Ministerio de la Protección social regula todo el trámite administrativo del recobro, señalando en los artículos 22 y 23 el derecho que tiene la entidad recobrante, en este caso EPS Sanitas, a OBJETAR el resultado de la auditoría realizada por el Consorcio Administrador del FOSYGA.

En el asunto que nos ocupa correspondiente a **RECOBROS POR servicios, insumos, o procedimientos**, tenemos que todos los recobros fueron objetados por la entidad que represento y mal podría tomarse como fecha de partida para computar la caducidad de la acción la correspondiente a aquella en que se notificó la glosa presentada bajo los formatos MYT-01 o 02, que constituye el primer comunicado emitido por el consorcio administrador del FOSYGA y con el cual remitió el medio magnético contentivo de su primera decisión.

No puede desconocerse que la parte actora objetó las causales de glosa invocadas y se encontraba pendiente de respuesta final, es decir que la decisión aún no estaba en firme y no le era posible a la EPS que represento, invocar un daño que aún no era cierto y definitivo.

Es claro que solo hasta cuando el administrador fiduciario ratifica la glosa invocada en el evento que esta haya sido objetada, puede entenderse como agotada la vía administrativa, y solo hasta esa fecha se inicia el conteo de la caducidad, pues de lo contrario la glosa no se encontraba en firme.

XIII. NOTIFICACIONES

La demandada en las siguientes direcciones:

RECOMBINANTES R1

La Nación - Ministerio de Salud y Protección Social, en la Carrera 13 No. 32-76 de Bogotá. Correo electrónico: correo@minsalud.gov.co.

La Agencia de Defensa Jurídica del Estado, en la Carrera 7 No 75-66 piso 2 y 3, Bogotá D.C.

Tanto la **demandante** como los suscritos apoderados judiciales, recibirán notificaciones en la sede del domicilio social de aquella, situado en la Calle 100 No. 11B - 67, teléfonos 6466060 extensiones 5711113, 5710149 y 5711122, correos electrónicos jliarte@colsanitas.com y rcortes@cosalnitas.com, de la ciudad de Bogotá, D.C.

Quedamos a disposición de su despacho y suscribimos con todo comedimiento,



JOSE LUIS IRIARTE DIAZ

C. C. 72.279.014 de Barranquilla

T.P. No. 146.814 del C. S. de la Judicatura

Apoderado Sanitas S.A.



GIMENA MARIA GARCIA BOLANOS

C. C. 52.212.305 de Bogotá

T.P. No. 202.141 del C. S. de la Judicatura

Apoderada Colsanitas S.A.

