



Bogotá. D.C., 31 agosto de 2021

Doctor

GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Juez Dieciocho (18) Laboral del Circuito de Bogotá

jlato18@cendoj.ramajudicial.gov.co

Ciudad

Referencia:

Radicado: **2014-00537 (11001310501820140053700)**
Proceso: ORDINARIO LABORAL DE PRIMERA INSTANCIA
Demandante: EPS SANITAS
Demandados: NACIÓN – MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL - ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD – ADRES

Llamadas en garantía: Sociedades que conformaron la Unión Temporal Nuevo FOSYGA y Unión Temporal FOSYGA 2014

Asunto: CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA PRINCIPAL

MARÍA ANGÉLICA CHAVES GÓMEZ, mayor de edad, domiciliada en Bogotá D.C., identificada con cédula de ciudadanía número 1.077.032.324, abogada en ejercicio, portadora de la Tarjeta Profesional No 184.709 del Consejo Superior de la Judicatura, obrando conforme al poder conferido por (i) **CARVAJAL TECNOLOGÍA Y SERVICIOS S.A.S.** (antes, ASSENDA S.A.S.), (ii) **SERVIS OUTSOURCING INFORMÁTICO SOCIEDAD POR ACCIONES SIMPLIFICADA. – SERVIS S.A.S.** (antes, SERVIS OUTSOURCING INFORMÁTICO SOCIEDAD ANÓNIMA – SERVIS S.A.), y (iii) el **GRUPO ASESORÍA EN SISTEMATIZACIÓN DE DATOS SOCIEDAD POR ACCIONES SIMPLIFICADA – GRUPO ASD S.A.S** (antes, ASESORÍA EN SISTEMATIZACIÓN DE DATOS SOCIEDAD ANÓNIMA – A.S.D. S.A.) sociedades colombianas con domicilio principal en Cali -la primera de ellas- y en Bogotá D.C. -las dos restantes, integrantes de la **UNIÓN TEMPORAL NUEVO FOSYGA** y **UNIÓN TEMPORAL FOSYGA 2014 (Llamadas en garantía)**, de manera atenta y en atención a la vinculación de mis representadas en calidad de llamadas en garantía me dirijo al Despacho para contestar la demanda interpuesta por la **ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD –SANITAS S.A.S.**, en los siguientes términos:

1. ASUNTOS PREVIOS

1.1. Firma que realizó la auditoría de los recobros objeto de la presente acción:

La presente acción comprende **16** recobros los cuales a su vez involucran **22 ítems**, y fueron auditados de la siguiente manera:

- **5 recobros contentivos de 9 ítems** se auditaron en su totalidad por el **Consortio FIDUFOSYGA 2005** en mecanismos ordinarios, en líneas MYT 01 y MYT02 en los paquetes: 0910 (septiembre de 2010), 1010 (octubre de 2010) y 0211 (febrero de 2011);

y en mecanismo de objeción a la glosa MYT04: MYT04502011 (mayo de 2011), MYT04462011 (junio de 2011) y MYT04472011 (julio de 2011).

- **11 recobros contentivos de 13 ítems** fueron auditados exclusivamente por la **Unión Temporal Nuevo FOSYGA**, en mecanismo ordinario líneas MYT01 y MYT02, en los paquetes: 1011 (octubre 2011) y 111 (noviembre de 2011) y línea MYT04 (objeción a la auditoría) en el paquete: MYT04021302 (febrero de 2013) y finalmente en el mecanismo excepcional (Art. 111 Ley Anti-Trámite) en el paquete: ART11101071201 (julio de 2012).

Cabe precisar que, si bien es cierto que las Uniones Temporales Nuevo Fosyga y Fosyga 2014 están conformadas por las mismas sociedades, quienes para efectos de este proceso son mis representadas, cada una de ellas lo hizo en cumplimiento de distintos Contratos de Consultoría, así:

En la cláusula séptima (obligaciones generales) numeral 1° del **Contrato de Consultoría No. 055 del 23 de diciembre de 2011 celebrado entre la Unión Temporal Nuevo FOSYGA** y el Ministerio de Salud y Protección Social, se estableció que ésta debería “Auditar las reclamaciones ECAT y recobros por beneficios extraordinarios cumpliendo con todas las obligaciones legales y reglamentarias sobre el funcionamiento del FOSYGA y en particular las obligaciones relacionadas con los requerimientos previstos en la normatividad vigente, y los procesos, procedimientos e instrucciones suministrados por el Ministerio o quien haga sus veces y lo estipulado en el Anexo Técnico de este documento”.

A su vez, en el numeral 17 del aparte referido a las obligaciones de auditoría contenidas en la cláusula séptima del mencionado contrato, se estableció que la Unión Temporal Nuevo FOSYGA debería, en todo caso, realizar la auditoría en salud, jurídica y financiera de las reclamaciones radicadas desde el **mes de octubre de 2011.**

En cuanto a la finalización de las labores de auditoría por parte de la Unión Temporal Nuevo FOSYGA debe señalarse que los últimos recobros auditados fueron aquellos radicados hasta el **31 de diciembre de 2013**, en virtud de lo dispuesto en la cláusula segunda de la Modificación No. 2 al Contrato de Consultoría No. 055 de 2011, que en su tenor literal reza: “Modificar el Plazo de ejecución en la cláusula tercera el cual quedará en los siguientes términos: El plazo de ejecución del contrato será hasta el 31 de marzo de 2014, contado a partir de la fecha de la firma del acta de inicio. **No obstante, las labores de auditoría sobre recobros NO POS y reclamaciones ECAT se ejecutaran únicamente respecto de los recobros y reclamaciones radicadas hasta el 31 de diciembre de 2013, sin perjuicio del reconocimiento y pago de las comisiones fijas a favor del contratista a las que haya lugar por el periodo comprendido entre el 1° de enero y el 31 de marzo del mismo año. Se exceptúa de las labores de auditoría, los recobros NO POS radicados por el proceso ordinario durante el mes de diciembre de 2013, a través de los formatos MYT-01 y MYT-02.” (Negrilla fuera de texto original).**

Vale la pena destacar que si bien es cierto el Contrato de Consultoría No. 055 de 2011, fue prorrogado hasta el 31 de diciembre de 2014 (Prórroga No. 1 y No. 2), dicha prórroga se circunscribía a las prestaciones asociadas y requeridas para la efectiva y oportuna ejecución del proceso de reintegro de recursos reconocidos y/o apropiados sin justa causa, según consta en el documento contentivo de la Prórroga No. 2; se reitera que de acuerdo con la Modificación No. 2 al Contrato de Consultoría No. 055 de 2011, **la Unión Temporal sólo ejerció sus labores de auditoría respecto de las reclamaciones y recobros radicados hasta el 31 de diciembre de 2013.**

En la cláusula 7.2.1 (obligaciones de generales) numeral 7.2.1.1 del Contrato de

Consultoría No. 043 del 10 de diciembre 2013, celebrado entre la Unión Temporal FOSYGA 2014 y el Ministerio de Salud y Protección Social, se estableció que ésta debería *“Auditar los recobros por servicios extraordinarios no incluidos en el Plan General de Beneficios y las reclamaciones ECAT con cargo a las subcuentas correspondientes del FOSYGA, con el criterio técnico necesario y cumpliendo con todas las disposiciones contenidas en la normativa vigente y aplicable que regulan el funcionamiento del FOSYGA; así como con las previsiones incorporadas en los manuales, procesos, procedimientos e instrucciones impartidas por el Ministerio o quien haga sus veces, cuando ello se requiera, garantizando la calidad del resultado de la auditoría efectuada, **que se radiquen a partir del 1 de enero de 2014** y en general respecto de aquellos que le indique el Ministerio, o quien haga sus veces.”* (Negrilla fuera del texto original)

En cuanto a la finalización del contrato inicialmente en la cláusula tercera se estableció como plazo de ejecución cuarenta y ocho (48) meses y quince (15) días o hasta que se agotara la disponibilidad presupuestal que ampara el valor del mismo, lo que ocurriera primero, contados a partir de la fecha de suscripción del acta de inicio, pero se precisó que en todo caso el plazo de ejecución no podría superar el 31 de diciembre de 2017.

Posteriormente, el plazo de ejecución fue modificado hasta el **31 de octubre de 2018**, en los siguientes términos: *“El plazo de ejecución será hasta el **31 de octubre de 2018**, término que incluye además de la práctica de la auditoría integral de recobros y reclamaciones hasta el agotamiento de la disponibilidad presupuestal que ampara dicha actividad, la realización de las actividades del proceso de reintegro de los recursos apropiados o reconocidos sin justa causa, así como la ejecución del proceso de revisión de los recobros que hacen parte de los procesos judiciales”.* (Negrilla fuera del texto original)

Por lo anterior, de manera respetuosa se precisa al Despacho que en la presente demanda si bien fueron llamadas en garantía las sociedades CARVAJAL TECNOLOGÍA Y SERVICIOS S.A.S. (antes, ASSENDA S.A.S.), GRUPO ASESORÍA EN SISTEMATIZACIÓN DE DATOS, SOCIEDAD POR ACCIONES SIMPLIFICADA – GRUPO ASD S.A.S (antes, ASESORÍA EN SISTEMATIZACIÓN DE DATOS SOCIEDAD ANÓNIMA – A.S.D. S.A.) y SERVIS OUTSOURCING INFORMÁTICO SOCIEDAD POR ACCIONES SIMPLIFICADA. – SERVIS S.A.S. (antes, SERVIS OUTSOURCING INFORMÁTICO SOCIEDAD ANÓNIMA – SERVIS S.A.) como integrantes de la UNIÓN TEMPORAL NUEVO FOSYGA como de la UNIÓN TEMPORAL FOSYGA 2014, **tan solo la UNIÓN TEMPORAL NUEVO FOSYGA** efectuó la auditoría de **algunos de los recobros** objeto de la presente acción, como quiera que para la época de auditoría de las solicitudes de recobro objeto de litis, la **UNIÓN TEMPORAL FOSYGA 2014**, no había iniciado la ejecución de sus obligaciones contractuales, conforme se evidencia en el Contrato de Consultoría No 043 de 2013, suscrito con el Ministerio de Salud y Protección Social, por lo que la presente contestación se emitirá en esos términos, teniendo en cuenta que la Unión Temporal FOSYGA 2014, no tuvo participación directa, ni indirecta en la auditoría de los recobros objeto de litis.

La anterior aclaración se realiza dejando a salvo la imposibilidad de las Uniones Temporales de comparecer a un proceso judicial en nombre de tal figura, debido a que carecen de personería jurídica, de manera que sus miembros son los que deben participar dentro del proceso, como acertadamente se hizo en el caso que ahora nos ocupa.

1.2. Falta de legitimación en la causa por pasiva frente a 5 recobros contentivos de 9 ítems objeto de litis:

Como se indicó en el numeral anterior, la presente demanda involucra **16 recobros contentivos de 22 ítems**, pero según la información suministrada en el anexo técnico

rendido por a ADRES denominado “PJU_2014-00537 UT EPS SANITAS_Reporte”, **5 recobros contentivos de 9 ítems** fueron auditados exclusivamente por el **Consortio FIDUFOSYGA 2005** (figura asociativa integrada por las fiduciarias: BANCOLOMBIA S.A, LA PREVISORA S.A, FIDUCAFE S.A, FIDUCIARIA DE OCCIDENTE S.A, FIDUAGRARIA S.A, FIDUCIARIA BOGOTÁ S.A, FIDUCOMERCIO S.A, FIDUCIAR S.A y FIDUCOLDEX S.A), en virtud del **Contrato de Encargo Fiduciario No. 242 de 2005** celebrado entre las fiduciarias mencionadas y el entonces Ministerio de la Protección Social, para el recaudo, administración y pago de los recursos del Fondo de Solidaridad y Garantía –FOSYGA – del Sistema General de Seguridad Social.

Se resalta que dichos recobros **NO** fueron objeto de auditoría por parte de la Unión Temporal Nuevo FOSYGA y la Unión Temporal FOSYGA 2014, toda vez que el **Consortio FIDUFOSYGA 2005** constituye una figura asociativa diferente de mis representadas.

Adicionalmente, en el caso de la Unión Temporal Nuevo FOSYGA sus obligaciones contractuales solamente cobraron vigencia desde el momento en que el Ministerio de Salud y Protección Social aprobó las garantías contractuales que le fueron exigidas a mis representadas (cláusula vigésima séptima del contrato No. 055 de 2011), lo cual sucedió el **29 de diciembre de 2011**, tal como consta en la comunicación No. 42100-28014 suscrita por el Coordinador del Grupo de Gestión de dicho Ministerio, y conforme lo dispuesto en la cláusula séptima en el aparte referido a las obligaciones de auditoría, numeral 17 del contrato de consultoría No. 055 de 2011, que estableció que **la Unión Temporal Nuevo FOSYGA debería, en todo caso, realizar la auditoría en salud, jurídica y financiera de los recobros radicados desde el mes de octubre de 2011.**

En lo que atañe a la Unión Temporal FOSYGA 2014, sus obligaciones contractuales solamente cobraron vigencia a partir del **16 de diciembre de 2013**, fecha en la cual se firmó el acta de inicio del Contrato de Consultoría No. 043 de 2013 suscrito con el Ministerio de Salud y Protección Social.

En ese orden, la auditoría de los **5 recobros** efectuada por el Consortio FIDUFOSYGA 2005 data de los años 2010 y 2011 de los meses de septiembre a octubre de 2010 y febrero a julio de 2011, fecha para la cual las Uniones Temporales Nuevo FOSYGA y FOSYGA 2014 no habían iniciado actividades; de modo que **los hechos relacionados con esos recobros son completamente ajenos al ámbito de su objeto contractual, constituyéndose una falta de legitimación en la causa por pasiva de mis representadas en torno a esos, como se presenta y sustenta en la excepción denominadas “LA UNIÓN TEMPORAL NUEVO FOSYGA Y LA UNIÓN TEMPORAL FOSYGA 2014 NO REALIZARON LA AUDITORÍA DE 5 RECOBROS CONTENTIVOS DE 9 ÍTEMS OBJETO DE LITIS”**

1.3. De la base de datos aportada por la EPS SANITAS denominada “RECOMBINANTES R1”:

La EPS demandante en algunos hechos y apartes de la demanda hace alusión a la base de datos relacionada en el acápite denominado “VIII RELACIÓN DE LOS MEDIOS DE PRUEBA” en el numeral segundo; Sin embargo, es importante precisar al Despacho que dicha base no fue remitida con la notificación efectuada por parte de la llamante en garantía ADRES a mis representadas y estas al no ser parte en el proceso, sino hasta el momento de su vinculación como llamadas en garantía no han tenido acceso al expediente, por lo que no han podido conocer la totalidad de piezas procesales, tan solo las remitidas con la notificación efectuada por la ADRES, pues únicamente se remitió en la notificación reporte en archivo Excel denominado “CJ10 18-2014-00537_79_Reporte” que corresponde a una

información de la ADRES y no de la EPS demandante, como se puede evidenciar a continuación:

Inicio > EXPEDIENTES DIGITALIZADOS > PROCESOS JUDICIALES > INTERNOS > ACTIVOS > 2014-00537 > ACTUACIONES > NOTIFICACIÓN ADRES

Nombre	Fecha de modificación	Tipo	Tamaño
LINK DE NOTIFICACIÓN	26/08/2021 9:42 a. m.	Carpeta de archivos	
2014-537	22/10/2020 11:02 a. m.	Adobe Acrobat D...	4.230 KB
AUTO ADMITE LLAMAMIENTO 2014-537-...	22/10/2020 11:02 a. m.	Adobe Acrobat D...	199 KB
CJ10-18-2014-00537_79_Reporte	22/10/2020 11:02 a. m.	Hoja de cálculo d...	103 KB
Notificación personal Artículo 8 dec 806 ...	22/10/2020 11:02 a. m.	Adobe Acrobat D...	135 KB
RV MEMORIAL NOTIFICACION PROCES...	22/10/2020 11:01 a. m.	Elemento de Outl...	4.790 KB
RV MEMORIAL NOTIFICACION PROCES...	22/10/2020 11:01 a. m.	Elemento de Outl...	4.629 KB

> 2014-00537 > ACTUACIONES > NOTIFICACIÓN ADRES > LINK DE NOTIFICACIÓN > PROCESO 2014-537-18 >

Nombre	Fecha de modificación	Tipo	Tamaño
24632394	22/10/2020 11:08 a. m.	Carpeta de archivos	
25122406	22/10/2020 11:08 a. m.	Carpeta de archivos	
45557005	22/10/2020 11:08 a. m.	Carpeta de archivos	
46829705	22/10/2020 11:08 a. m.	Carpeta de archivos	
49246317	22/10/2020 11:08 a. m.	Carpeta de archivos	
49364247	22/10/2020 11:08 a. m.	Carpeta de archivos	
49364307	22/10/2020 11:08 a. m.	Carpeta de archivos	
49364308	22/10/2020 11:08 a. m.	Carpeta de archivos	
51907906	22/10/2020 11:08 a. m.	Carpeta de archivos	
52300844	22/10/2020 11:08 a. m.	Carpeta de archivos	
85172181	22/10/2020 11:08 a. m.	Carpeta de archivos	
85173670	22/10/2020 11:08 a. m.	Carpeta de archivos	
85179380	22/10/2020 11:08 a. m.	Carpeta de archivos	
Resumen	21/10/2020 8:07 p. m.	Archivo de valores...	1 KB

La situación anteriormente descrita impide que mis representadas efectúen un pronunciamiento específico relacionado con los hechos y manifestaciones que frente al particular se efectúen, por lo que en este caso se procederá a efectuar pronunciamiento general en los términos que corresponda.

1. FRENTE A LOS HECHOS

Respecto de los hechos que fundamentan la demanda me pronuncio en los siguientes términos:

AL HECHO PRIMERO: Para responder se separa:

- a) **NO LES CONSTA** a mis representadas que la EPS demandante cubrió el suministro o la provisión de los servicios, tratamientos, equipos y medicamentos que no se encontraban incluidos en el POS objeto de la demanda, por ser una información que únicamente le concierne a ésta, que deberá ser materia de prueba en el proceso.

Ahora bien, es importante precisar al Despacho que **NO CIERTO** que la totalidad de tecnologías en salud objeto de recobro incluidas en la presente litis no se encuentren incluidas en el POS (ahora Planes de Beneficios), como quiera que culminado el trámite de auditoría en salud, jurídica y financiera y conforme a la información del anexo técnico remitido por la ADRES denominado "PJU_2014-

00537 UT EPS SANITAS_Reporte”, se impuso en algunos de los recobros la siguiente causal de glosa: “Cuando los valores objeto de recobro ya hayan sido pagados por el Fosyga”, como quiera que lo recobrado hacía parte del POS.

- b) Adicionalmente a lo expuesto y a pesar de lo mencionado en el hecho por la entidad demandante, en el presente asunto no se discute la inclusión o no de tecnologías en el PBS, ya que, uno de los requisitos para el trámite de las solicitudes de recobro es que sean por prestaciones No incluidas en el Plan de beneficios; sin embargo, se observa que a las solicitudes de recobro les fueron impuestas diferentes causales de observaciones adicionales a la descrita en precedencia debido a que no cumplían con los requisitos exigidos por la normatividad sobre el tema para su eventual reconocimiento y pago con cargo a los recursos del SGSSS.

Ahora bien, se reitera que pese a que las EPS tienen derecho a recobrar al Estado el valor de las prestaciones no incluidas en el POS o en los planes de beneficios no se genera en sí una condición de obligación por parte del Ministerio y del entonces FOSYGA (hoy ADRES) a reembolsar las sumas que requiera la EPS, escasamente establece para ella uno de los requisitos necesarios como se indicó en el párrafo anterior, pero no es suficiente para la aprobación del recobro. La etapa de la auditoría es un procedimiento establecido por la ley para que el Estado a través del Ministerio de Salud y Protección Social (hoy ADRES) determine si hay lugar a aprobar y posteriormente reconocer las solicitudes de recobro presentadas, así las cosas, la obligación económica puede ser entendida solamente configurada a partir de la aprobación del recobro.

- c) **NO LES CONSTA** a mis representadas lo relacionado con los cinco (5) recobros que fueron auditados por parte del Consorcio FIDUFOSYGA 2005, figura asociativa que no está conformada por ninguna de mis representadas, pues si bien la Unión Temporal Nuevo FOSYGA, efectuó la auditoría integral de once (11) de los recobros objeto del presente asunto, se debe reiterar que no auditaron la totalidad de estos.
- d) En cuanto a la referencia que hace la EPS demandante de la base de datos en donde manifiesta se relacionan los usuarios a los que presuntamente se les suministraron los servicios, tratamientos, equipos y medicamentos que en su criterio estaban incluidos en el POS, NO es posible efectuar manifestación alguna, como quiera que en la notificación efectuada a mis representadas por parte de la llamante en garantía ADRES, no se remitió la referida base de datos como se expuso en el numeral 1.3 en el asunto previo del presente escrito.

AL HECHO SEGUNDO.: NO ES UN HECHO, es una apreciación normativa realizada por la demandante. Con salvedad de lo anterior, se precisa que el Sistema General de Seguridad Social en Salud- SGSSS fue creado en el marco de la Ley 100 de 1993, estableciendo las condiciones para que la población acceda a un Plan Obligatorio de Salud, el cual se actualiza periódicamente de acuerdo a los siguientes aspectos “cambios en la estructura demográfica de la población, el perfil epidemiológico nacional, la tecnología apropiada disponible en el país y las condiciones financieras del sistema”¹.

Vale la pena destacar que el Plan Obligatorio de Salud - POS no debe entenderse como un listado taxativo, sobre el particular, la Honorable Corte Constitucional en Sentencia T-760 de 2008, siendo Magistrado Ponente el Dr. Manuel José Cepeda Espinosa, respecto al POS, indica:

¹ Ley 100 de 1993, artículo 162, párrafo 2°

“Las inclusiones y exclusiones del POS deben ser interpretadas conforme a un criterio finalista, relacionado con la recuperación de la salud del interesado y el principio de integralidad.² La aplicación concreta de este criterio se ha orientado a señalar que en los casos en los que un procedimiento, tratamiento o actividad se encuentra incluido en el POS hay que entender que también lo están, de conformidad con el principio de integralidad, los implementos y demás servicios de salud necesarios para su realización de tal forma que cumpla su finalidad de lograr la recuperación de la salud.³ Sobre la justificación de este criterio a la luz del derecho a la salud señaló la Corte: “El derecho a la salud, en los términos de la Observación General N°14 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, se entiende como el derecho al máximo nivel posible de salud que le permita vivir dignamente. Lo anterior supone una clara orientación finalista de este derecho, lo que impone la adopción del mismo criterio para efectos de interpretar las disposiciones que regulan la materia. (...) Si se busca garantizar el mayor nivel de salud posible, autorizar un procedimiento implica autorizar los elementos requeridos para realizar el procedimiento, salvo que sea expresamente excluido uno de tales elementos.” (Negrilla fuera de texto original).

Este criterio ha sido reiterado en sentencias como la T-597 de 2016, en la que frente al principio de integralidad del sistema de salud se señaló:

“5.1. Con relación al principio de integralidad en materia de salud, esta Corporación ha estudiado el tema bajo dos perspectivas, la primera, relativa al concepto mismo de salud y sus dimensiones y, la segunda, a la totalidad de las prestaciones pretendidas o requeridas para el tratamiento y mejoría de las condiciones de salud y de la calidad de vida de las personas afectadas por diversas dolencias o enfermedades [15].

*Así las cosas, esta segunda perspectiva del principio de integralidad **constituye una obligación para el Estado y para las entidades encargadas de brindar el servicio de salud pues les obliga a prestarlo de manera eficiente, lo cual incluye la autorización total de los tratamientos, medicamentos, intervenciones, terapias, procedimientos, exámenes, controles, seguimientos y demás que el paciente requiera y que sean considerados como necesarios por su médico tratante.**” (Negrilla fuera de texto original).*

² En la sentencia T-941 de 2000 (MP Alejandro Martínez Caballero), la Corte estudió la acción de tutela ejercida contra una IPS, por negarse a suministrar las prótesis ortopédicas requeridas por el actor, para recuperar la función motriz perdida tras la amputación de sus extremidades inferiores. En dicha oportunidad, esta Corporación consideró que el amparo procede no solamente cuando la vida del demandante se encuentre en grave peligro, sino también cuando la vida digna del ciudadano se verá seriamente lesionada. Se planteó, así mismo, el problema hermenéutico respecto de la inclusión o no de las prótesis en el POS. Concluyó el alto Tribunal que las prótesis de extremidades inferiores estaban incluidas en el plan, por cuanto su finalidad es complementar la capacidad física del paciente. En este caso se realizó una aplicación amplia de éste criterio de interpretación.

³ Algunos casos en los cuales se ha aplicado este criterio: T-221 de 2004 (MP Eduardo Montealegre Lynett), en la cual se estudiaba el caso de una persona de la tercera edad a quien le habían ordenado un trasplante de Córnea, procedimiento que se encuentra incluido en el POS, para cuya práctica requería un examen de tejido corneal, el cual no se encuentra expresamente incluido, la Corte señaló: “Que el procedimiento de trasplante de córnea esté expresamente incluido, implica que todos los implementos necesarios para su realización también lo están. Por la razón anterior, mal puede decirse que el tejido corneal, imprescindible para la realización de la cirugía puede ser funcionalmente excluido del “procedimiento” como un todo”. Ver también Sentencia T-859 de 2003 (MP Eduardo Montealegre Lynett) y Sentencia T-860 de 2003 (MP Eduardo Montealegre Lynett). Un grupo de casos importante en la aplicación de éste criterio es el del lente intraocular en la cirugía de cataratas, en muchas ocasiones las EPS han autorizado la cirugía de cataratas pero han negado el lente intraocular, necesario para la misma, por considerar que no se encuentra expresamente incluido en el artículo 12 de la Resolución 5261 de 1994 como una prótesis, sin embargo, en la misma resolución bajo el código 02905 aparece el procedimiento “Extracción catarata más lente intraocular”. La Corte ha afirmado que si bien no se encuentra incluido expresamente en el artículo 12, si se incluye en el POS y debe ser por tanto suministrado en aplicación de un criterio finalista, se trata de una prevalencia de las inclusiones particulares sobre las exclusiones generales. Sentencias en las cuales se ha decidido así: Sentencia T-1081 de 2001 (MP Marco Gerardo Monroy Cabra) T-852 de 2003 (MP Álvaro Tafur Galvis); T-007 de 2004 (MP Marco Gerardo Monroy Cabra). Con todo, hay que reconocer que en algunos casos la Corte ha ordenado el suministro del lente intraocular como si estuviera excluido del POS.

AL HECHO TERCERO: NO ES UN HECHO, es una apreciación normativa realizada por la demandante. No obstante, se tiene que la UPC tiene dos características: un valor de aseguramiento y un monto calculado del valor de los servicios que da derecho al usuario a recibir la atención en salud que requiera dentro de los parámetros definidos en el Plan Obligatorio de Salud – POS independientemente de su capacidad económica y de su aporte al sistema. La Unidad de Pago por Capitación es en últimas el reconocimiento de los costos que acarrea la puesta en ejecución del Plan Obligatorio de Salud por parte de las EPS, es decir, que su objetivo fundamental es el de financiar en su totalidad la ejecución del POS.

AL HECHO CUARTO: NO ES UN HECHO, es una apreciación normativa realizada por la EPS demandante. Con salvedad de lo anterior, se precisa que en el esquema de aseguramiento para la financiación de los servicios de salud, las EPS como actoras directas del Sistema General de Seguridad Social, tienen el deber de garantizar la integralidad en la prestación de los servicios de salud de sus afiliados, teniendo la posibilidad de recuperar los costos en que incurren al prestar el servicio de salud no incluido en el Plan Obligatorio de Salud POS ante el Fondo de Solidaridad y Garantía, dicha solicitud **debe cumplir con todos los requisitos establecidos en la normatividad que regula el procedimiento de recobros ante el FOSYGA.**

AL HECHO QUINTO: Para responder se separa:

- a) **NO LES CONSTA** a mis representada si la accionante cubrió efectivamente el suministro o la provisión de los medicamentos, insumos, procedimientos y servicios reclamados en la presente demanda que según ella no estaban incluidos en el POS ni costeados por la Unidad de Pago por Capitación - UPC, como consecuencia de órdenes judiciales de tutelas o autorizaciones impartidas por el Comité Técnico Científico a favor de los usuarios que se relacionan en la base de datos anexa a la demanda, por ser una información que únicamente le concierne a ésta, será materia de prueba en el proceso.
- b) Se insiste en que frente a **5 recobros** (9 ítems) identificados en la demanda auditados en los paquetes MYT 01 y MYT02: 0910 (septiembre de 2010), 1010 (octubre de 2010) y 0211 (febrero de 2011); y en mecanismo de objeción a la glosa MYT04: MYT04502011 (mayo de 2011), MYT04462011 (junio de 2011) y MYT04472011 (julio de 2011), se predica la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva, por cuanto mis representadas **no efectuaron** la auditoría en salud, jurídica y financiera de los mismos y fue el Consorcio FIDUFOSYGA 2005 quien realizó la auditoría respectiva, por lo que **NO LES CONSTA** a mis representadas lo concerniente a estos recobros conforme se explicó en este literal.

AL HECHO SEXTO: NO LES CONSTA a mis representadas si la EPS SANITAS S.A autorizó el cubrimiento económico y el suministro de medicamentos, insumos, procedimiento y/o servicios considerados por la demandante como NO POS, con algunas Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud- IPS de su red de prestadores para cumplir con las órdenes judiciales, como quiera que se trata de un hecho que se refiere exclusivamente a la EPS demandante deberá ser probado en el proceso.

Adicionalmente se debe indicar que el hecho resulta impreciso e indeterminado y ajeno a mis representadas, quienes tampoco pueden determinar si se trató de servicios no contemplados en el plan de beneficio pues no desarrollaron la auditoría de la totalidad de los recobros objeto de demanda, pues como se ha explicado, **5 recobros** que involucran **9 ítems** fueron auditados exclusivamente por el Consorcio FIDUFOSYGA 2005, conforme a



la información remitida en el anexo técnico de ADRES “PJU_2014-00537 UT EPS SANTAS_Reporte”

AL HECHO SÉPTIMO: NO LES CONSTA a mis representadas si las Instituciones Prestadoras de Salud IPS radicaron ante la EPS demandante las correspondientes facturas de venta acompañadas de los soportes que acreditaban la efectiva prestación del servicios, como quiera que esta información es ajena a mis representadas y compete de manera exclusiva a la relación entre la EPS y su red de prestadores, por lo tanto, es la demandante la encargada de probar el supuesto fáctico que indica en el curso del proceso.

AL HECHO OCTAVO: Por tratarse de una afirmación que contiene varios supuestos de hecho, se responderán por separado así:

- a) **NO LES CONSTA** a mis representadas si la EPS Sanitas pagó efectivamente a las IPS autorizadas las facturas de venta, como quiera que estos hechos no hacen referencia a mis representadas, corresponden a la relación contractual que existe entre la entidad demandante y su red de prestadores, por lo tanto, deberá ser probado en el proceso.
- b) **NO ES CIERTO** que la totalidad de las solicitudes de recobro fueron presentadas ante el Consorcio administrador del FOSYGA en representación del Ministerio de Salud y Protección Social, se precisa que, según la información contenida en el anexo técnico suministrado por la ADRES denominado “PJU_2014-00537 UT EPS SANTAS_Reporte”, la EPS SANTAS radicó ante el Consorcio FIDUFOSYGA 2005, cinco (5) de los 16 recobros objeto de la demanda, los cuales fueron auditados en línea en líneas MYT 01 y MYT02 en los paquetes: 0910 (septiembre de 2010), 1010 (octubre de 2010) y 0211 (febrero de 2011); y en mecanismo de objeción a la glosa MYT04: MYT04502011 (mayo de 2011), MYT04462011 (junio de 2011) y MYT04472011 (julio de 2011). Y 11 solicitudes de recobro que involucran 13 ítems fueron radicadas por la accionante ante la Unión Temporal Nuevo FOSYGA, integrada por mis representadas, las cuales fueron auditadas en líneas MYT01 y MYT02, en los paquetes: 1011 (octubre 2011) y 111 (noviembre de 2011) y línea MYT04 (objeción a la auditoría) en el paquete: MYT04021302 (febrero de 2013) y finalmente en el mecanismo excepcional (Art. 111 Ley Anti-Tramite) en el paquete: ART11101071201 (julio de 2012).

AL HECHO NOVENO: Para responder se separa:

- a) **ES CIERTO** que la EPS radicó varias de las solicitudes de recobro a través de los formatos de radicación señalados en el hecho.
- b) **NO ES CIERTO** que la EPS demandante únicamente radicó las solicitudes de recobro objeto de demanda mediante los formatos MYT-01 y MYT-02, de acuerdo a la información contenida en el anexo técnico suministrado por la ADRES denominado “PJU_2014-00537 UT EPS SANTAS_Reporte”, se evidencia que los recobros fueron presentados también en línea MYT 04 (Objeción a la auditoría), y mecanismo excepcional Art. 111 Ley Anti-tramite, por lo que no es cierto que la EPS demandante solo haya diligenciado los formatos MYT01 y MYT 02.

AL HECHO DÉCIMO: Para responder se separa:

- a) **NO ES CIERTO** que la EPS accionante mediante los formatos MYT01 y MYT02 hubiese radicado ante el Consorcio administrador del FOSYGA en representación

del Ministerio de Salud y Protección Social, las 16 solicitudes de recobro objeto de esta demanda. La anterior afirmación se realiza teniendo como base la información contenida en el anexo técnico suministrado por la ADRES denominado “PJU_2014-00753 UT EPS SANITAS_Reporte”, en el cual se evidencia que la EPS SANITAS radicó ante el Consorcio FIDUFOSYGA 2005, cinco (5) de los 16 recobros objeto de la demanda, y once (11) solicitudes de recobro ante la Unión Temporal Nuevo FOSYGA integrada por mis representadas, en líneas MYT-01-02, MYT-04 (Objeción a la auditoría) y Art. 111 Ley Anti -trámite , como se muestra en detalle:

#	NÚMERO DE RECOBRO	ÍTEM	PAQUETES MYT 01-02	PAQUETES MYT 04	AUDITADO POR
1	45283940	1	910	MYT04462011	CONSORCIO FIDUFOSYGA 2005
2	45557005	2	1010	MYT04472011	CONSORCIO FIDUFOSYGA 2005
3	45557005	3	1010	MYT04472011	CONSORCIO FIDUFOSYGA 2005
4	23607923	1	910	MYT04462011	CONSORCIO FIDUFOSYGA 2005
5	23607936	1	910	MYT04462011	CONSORCIO FIDUFOSYGA 2005
6	46829705	1	211	MYT04502011	CONSORCIO FIDUFOSYGA 2005
7	45283940	2	910	MYT04462011	CONSORCIO FIDUFOSYGA 2005
8	45283940	3	910	MYT04462011	CONSORCIO FIDUFOSYGA 2005
9	45557005	1	1010	MYT04472011	CONSORCIO FIDUFOSYGA 2005

#	NÚMERO DE RECOBRO	ÍTEM	PAQUETE ACTUAL	AUDITADO POR
1	85172181	1	ART11101071201	UTNF
2	24632394	1	1111	UTNF
3	25122406	1	MYT04021302	UTNF
4	49246317	1	1011	UTNF
5	49246317	2	1011	UTNF
6	49364247	1	1111	UTNF
7	49364247	2	1111	UTNF
8	49364307	1	1111	UTNF
9	49364308	1	1111	UTNF
10	51907906	1	MYT04021302	UTNF
11	52300844	1	MYT04021302	UTNF
12	85173670	1	ART11101071201	UTNF
13	85179380	1	ART11101071201	UTNF

- b) **NO LES CONSTA** a mis representadas que las 16 solicitudes de recobro objeto de la presente demanda se hubieren radicado con los correspondientes soportes, por concepto del suministro o la provisión de los medicamentos, insumos, procedimientos y servicios NO POS, efectivamente provistos a usuarios de la demandante, como quiera que 5 de los 16 recobros reclamados judicialmente fueron auditados exclusivamente por el Consorcio FIDUFOSYGA 2005, es por ello que frente a estos se predica la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva,

por cuanto mis representadas no efectuaron la auditoría en salud, jurídica y financiera de los mismos. Teniendo en cuenta que dicho universo de recobros no fue auditado por mis representadas, desconocemos la información particular de cada uno de los recobros.

- c) Frente a los 11 recobros restantes, fueron auditados por mis representadas en líneas MYT01 y MYT02, en los paquetes: 1011 (octubre 2011) y 111 (noviembre de 2011) y línea MYT04 (objeción a la auditoría) en el paquete: MYT04021302 (febrero de 2013) y finalmente en el mecanismo excepcional (Art. 111 Ley Anti-Trámite) en el paquete: ART11101071201 (julio de 2012), **NO ES CIERTO** que las tecnologías en salud recobradas sean NO POS, teniendo en cuenta que las glosas aplicadas en el proceso de auditoría fueron las siguientes: “1-03. Cuando los valores objeto de recobro ya hayan sido pagados por el Fosyga” y observación “Servicios incluidos en el POS: los valores objeto de recobro ya hayan sido pagados por el Fosyga”.
- d) En cuanto a que los recobros fueron presentados teniendo en cuenta los requisitos exigidos en el ordenamiento jurídico **NO ES CIERTO**, como quiera que de ser así, hubiesen sido objeto de aprobación, situación que no ocurrió y que dio lugar a la imposición de las glosas antes citadas.

AL HECHO DÉCIMO PRIMERO: Para responder se separa:

- a) **NO LES CONSTA** a mis representadas si la EPS demandante procedió a reelaborar las solicitudes de recobro previa corrección de los defectos o insuficiencias que habían motivado las glosas y/o la acreditación de las fallas en que habría incurrido la auditoría al rechazar las solicitudes, teniendo en cuenta que mis representadas no efectuaron la auditoría en salud, jurídica y financiera de los **16 recobros** objeto de la demanda, pues se reitera que la presentación de **5 solicitudes** de recobro fue anterior a diciembre de 2011 fecha en la cual se dio inicio a la ejecución del Contrato de Consultoría No. 055 de 2011, e inclusive la radicación fue anterior a octubre de 2011, mes desde el cual se efectuó la auditoría por mis representadas.
- b) Respecto de las **11** solicitudes de recobro restantes, se tiene que **NO ES CIERTO** que la entidad demandante procedió a reelaborar la totalidad de dichas solicitudes, como quiera que tan solo se presentaron por línea MYT-04 (Objeción a la auditoría) **3 recobros**, sin embargo **NO ES CIERTO** que la entidad demandante procedió a corregir los defectos o insuficiencias que motivaron inicialmente las glosas resultantes del trámite ordinario (MYT-01-02), toda vez que las solicitudes de recobro luego de surtir el proceso de auditoría en salud jurídica y financiera en el trámite ordinario de MYT04 resultaron rechazadas por el no cumplimiento de los requisitos legales.

AL HECHO DÉCIMO SEGUNDO: Para responder se separa

- a) **NO LES CONSTA** a mis representadas que la nueva radicación realizada por la entidad demandante se efectuó mediante diligenciamiento del formato MYT-04 establecido por el entonces Ministerio de la Protección Social para presentar objeciones a la auditoría, porque como se ha afirmado en hechos anteriores, **5** de las 16 solicitudes de recobro objeto de la presente litis, fueron auditadas exclusivamente por el Consorcio FIDUFOSYGA 2005.
- b) Ahora bien, las **11** solicitudes de recobro restantes fueron presentadas ante la Unión Temporal Nuevo FOSYGA, integrada por mis representadas, y frente a estas

se predica que tal y como se advirtió al dar respuesta al hecho que antecede, tan solo **3 recobros** fueron presentados en línea ordinaria MYT-04, por lo que NO ES CIERTO lo afirmado en el hecho.

AL HECHO DÉCIMO TERCERO: Para responder se separa:

- a) **NO LES CONSTA** a mis representadas si las solicitudes de recobro fueron aprobadas o no, ni si su pago fue ordenado, como quiera que mis presentadas no auditaron **5** de los recobros objeto de la presente demanda, pues la auditoría de los mismos fue desarrollada con anterioridad a que la Unión Temporal Nuevo FOSYGA iniciara sus actividades de conformidad con el Contrato de Consultoría No. 055 de 2011, y adicionalmente porque el pago de recobros nunca ha estado a cargo de mis representadas pues, dicha labor para la época de la auditoría de los recobros demandados estaba a cargo del administrador fiduciario de los recursos del entonces FOSYGA.

Sin embargo, de conformidad con la información relacionada en el anexo técnico de la ADRES “PJU_2014-00537 UT EPS SANITAS_Reporte”, se tiene que **dos (2) recobros** que involucran **tres (3) ítems**, fueron objeto de aprobación, así:

NÚMERO DE RECOBRO	ÍTEM	TECNOLOGÍA	OBSERVACIÓN	PAQUETES DE APROBACIÓN	AUDITORÍA REALIZADA
45283940	2	ENSURE	LA TECNOLOGIA RECOBRADA (ENSURE) FUE APROBADA EN EL RADICADO (45283940) DEL ÍTEM (2) DEL PAQUETE (910)	910	FIDUFOSYGA 2005
45283940	3	TROMBOELASTOGRAFIA SIN HEPARIN	LA TECNOLOGIA RECOBRADA (TROMBOELASTOGRAFIA SIN HEPARIN) FUE APROBADA EN EL RADICADO (45283940) DEL ÍTEM (3) DEL PAQUETE (910)	910	FIDUFOSYGA 2005
45557005	1	NUTREN	LA TECNOLOGIA RECOBRADA (NUTREN) FUE APROBADA EN EL RADICADO (45557005) DEL ÍTEM (1) DEL PAQUETE (1010)	1010	FIDUFOSYGA 2005

Por lo que **NO ES CIERTA** la afirmación de la EPS demandante cuando afirma que ninguna de las solicitudes fue aprobada.

- b) Respecto a las **11** solicitudes de recobro restantes, se tiene que fueron presentadas y auditadas por mis representadas como integrantes de la Unión Temporal Nuevo FOSYGA, las cuales quedaron en estado rechazado luego de surtir el proceso de auditoría en salud, jurídica y financiera, porque no se cumplieron los requisitos legales, y adicionalmente se precisa que el pago de recobros nunca ha estado a cargo de mis representadas pues, dicha labor estaba a cargo del administrador fiduciario de los recursos del entonces FOSYGA.
- c) Con salvedad de lo anterior, se precisa que según la información contenida en el anexo técnico suministrado por la ADRES denominado “PJU_2014-00537 UT EPS SANITAS_Reporte”, se tiene que de los 16 recobros objeto de la presente controversia, **dos (2) recobros** que involucran **dos (2) ítems** fueron aprobados posteriormente a través del mecanismo excepcional de divergencia recurrente.

AL HECHO DÉCIMO CUARTO: Para responder se separa:

- a) **NO LES CONSTA** a mis representadas las glosas que fueron impuestas por el “*Consortio Administrador del FOSYGA*”, pues se reitera mis representadas no llevaron a cabo el proceso de auditoría en salud, jurídica y financiera de **5** de los 16 recobros demandados, por cuanto estos fueron auditados por el Consortio FIDUFOSYGA 2005
- b) Respecto a las **11** solicitudes de recobro restantes presentadas ante la Unión Temporal Nuevo Fosyga, integrada por mis representadas, se tiene **NO ES CIERTO** que se hubiese impuesto la causal de glosa “**4-03. Cuando como consecuencia del Acta del Comité Técnico-Científico o fallo de tutela se incluyan prestaciones contenidas en los planes de beneficios**”, pues en el trámite de auditoría se impuso la “**1-03. Cuando los valores objeto de recobro ya hayan sido pagados por el Fosyga**” y las observaciones que a continuación se discriminan:

CÓDIGO DE OBSERVACIÓN	DESCRIPCIÓN OBSERVACIÓN	CANTIDAD
3	Servicios incluidos en el POS: los valores objeto de recobro ya hayan sido pagados por el Fosyga	1
35	BDUA: el usuario reportado en el recobro no aparece en la base de datos única de afiliados BUDA por la entidad recobrante para el periodo de la prestación del servicio	1
44	Causales de rechazo o devolución: uno o varios ítems incluidos en el recobro presenta alguna causal de rechazo o devolución	1
TOTAL		3

AL HECHO DÉCIMO QUINTO: Para responder se separa:

- a) **NO ES CIERTO** que el “*Consortio Administrador del Fosyga*” haya informado el resultado de auditoría a la EPS SANITAS, toda vez que de acuerdo a la información contenida en el anexo técnico suministrado por la ADRES denominado “*PJU_2014-00537 UT EPS SANITAS_Reporte*”, los 16 recobros sobre los que versa la demanda fueron auditados por el Consortio FIDUFOSYGA 2005 y la Unión Temporal Nuevo Fosyga, integrada por mis representadas.
- b) **NO LES CONSTA** a mis representadas si el “*Consortio Administrador*” informó al resultado de la auditoría mediante las comunicaciones relacionadas en este numeral, como quiera que mis representadas no hacen parte de dicha figura asociativa y desconocen los oficios indicados en este numeral.
- c) Con respecto a las comunicaciones de resultado de la auditoría relacionadas por la demandante en este hecho, se precisa que los contratos de consultoría celebrados entre la Unión Temporal Nuevo FOSYGA y la Unión Temporal FOSYGA 2014 y el Ministerio de Salud y Protección Social, ya fueron liquidados el 29 de julio del 2016 y el 30 de octubre del 2020 respectivamente, y en cumplimiento de las obligaciones allí contenidas, mis representadas entregaron a la ADRES, todos los soportes físicos y magnéticos, lo cual incluye las comunicaciones de resultado de la auditoría por ser de propiedad del Sistema General de Seguridad Social en Salud. Por lo anterior, toda la información relativa al actuar desplegado por la Unión Temporal en ejecución de sus obligaciones contractuales se encuentra bajo custodia única y exclusiva de ADRES por expresa disposición legal, Entidad que está en posibilidad de suministrar la información necesaria en este sentido.

AL HECHO DÉCIMO SEXTO: Para responder se separa:

- a) **NO LES CONSTA** a mis representadas si las 16 solicitudes de recobro fueron ratificadas a través de MYT-04, pues como se ha reiterado a lo largo de este escrito, mis representadas no realizaron la auditoría de todos los recobros objeto de demanda, **5** de estas solicitudes fueron auditadas exclusivamente por el Consorcio FIDUFOSYGA 2005.
- b) Respecto a las **11** solicitudes de recobro restantes, se tiene que tan solo **tres (3) solicitudes de recobro** fueron presentadas y auditadas por mis representadas como integrantes de la Unión Temporal Nuevo FOSYGA en mecanismo ordinario bajo el formato MYT04 (Objeción a la auditoría), las cuales quedaron en estado rechazado luego de surtir el proceso de auditoría en salud, jurídica y financiera, porque no se cumplieron los requisitos legales.

AL HECHO DÉCIMO SÉPTIMO: Para responder se separa:

- a) **NO LES CONSTA** a mis representadas que 5 de las 16 solicitudes de recobro no están en poder de la entidad demandante, ni si fueron o no objeto de pagos parciales, teniendo en cuenta que mis representadas no realizaron la auditoría de **5 recobros** objeto de demanda, porque como se reitera estos fueron auditados exclusivamente por el Consorcio FIDUFOSYGA 2005.
- b) Con relación a los **11 recobros** auditados por la Unión Temporal Nuevo FOSYGA, integrada por mis representadas, se tiene que las mismas luego de surtir el proceso de auditoría en salud, jurídica y financiera resultaron rechazadas por no cumplir los requisitos legales, razón por la cual **NO ES CIERTO** que los archivos físicos de estos recobros y sus soportes estén en poder de la demandada Nación- Ministerio de Salud y Protección Social, toda vez que de conformidad con lo previsto en los artículos 20 y 21 de la Resolución 3099 de 2008, los mismos fueron enviados a la entidad recobrante con la comunicación mediante la cual se informó el resultado de la auditoría:

“Artículo 20. Comunicación a las entidades recobrantes. El resultado de la auditoría integral aplicada a las solicitudes de recobro por concepto de medicamentos, servicios médicos y prestaciones de salud no POS autorizados por el Comité Técnico-Científico u ordenados por fallos de tutela debe comunicarse, por el Ministerio de la Protección Social o la entidad autorizada que se defina para tal efecto, al representante legal de la entidad indicando el estado que presenta el recobro, las causales aplicadas, así como aquellas por las cuales consideró pertinente reliquidar el valor recobrado.”

“Artículo 21. Envío de la comunicación. La comunicación será enviada por el Ministerio de la Protección Social o la entidad que se defina para tal efecto, dentro de los cinco (5) días siguientes a la fecha en que el Administrador Fiduciario reciba del Ministerio la ordenación de gasto, a la dirección que aportó el representante legal al momento del diligenciamiento de los formatos de radicación establecidos para los recobros. De lo anterior se conservará copia de la constancia de envío.

A dicha comunicación se anexará el medio físico del recobro que se rechaza o devuelve.” (Negrilla fuera del texto original)

AL HECHO DÉCIMO OCTAVO: Para responder se separa:

- a) **NO LES CONSTA** a mis representadas que el “*Consortio Administrador del FOSYGA*” se haya negado a cancelar las cuentas de recobro presentadas en la presente demanda, así como tampoco, si frente a estas se puso fin a la actuación administrativa correspondiente, por ser una figura ajena a mis representadas.
- b) Tal y como se ha manifestado anteriormente, mis representadas no procedieron a efectuar la auditoría en salud de **5** de las 16 solicitudes de recobro objeto de esta demanda, teniendo en cuenta que las mismas fueron presentadas ante el **Consortio FIDUFOSYGA 2005** en mecanismos ordinarios, en líneas MYT 01 y MYT02 en los paquetes: 0910 (septiembre de 2010), 1010 (octubre de 2010) y 0211 (febrero de 2011); y en mecanismo de objeción a la glosa MYT04: MYT04502011 (mayo de 2011), MYT04462011 (junio de 2011) y MYT04472011 (julio de 2011), frente a estos recobros no les consta si los mismos fueron objeto de aprobación o no por parte del Consorcio.
- c) En lo concerniente a las **11** solicitudes de recobro que involucran **13 ítems** presentadas y auditadas por la Unión Temporal Nuevo FOSYGA, las mismas no fueron objeto de aprobación en consideración a que la EPS Sanitas pretendía el reconocimiento de prestaciones incluidas en los planes de beneficios, por lo que fueron objeto de la imposición de la glosa “*Cuando los valores objeto de recobro ya hayan sido pagados por el Fosyga*”.
- d) En cuanto al fin de la actuación administrativa correspondiente, esto constituye una apreciación jurídica por parte del demandante que opera respecto de cada uno de los recobros solicitados en la presente acción de manera individual. Así pues teniendo en cuenta que algunos de ellos no fueron auditados por mis representadas, será el Despacho el encargado de emitir el pronunciamiento respectivo.

Sin perjuicio de lo anterior, en cuanto a los recobros auditados por la Unión Temporal Nuevo FOSYGA, es necesario señalar que frente a los mismos se agotó el trámite de la auditoría en salud, jurídica y financiera previsto en la Resolución 3099 de 2008 conforme correspondió, y como consecuencia de dicha auditoría se impusieron las glosas detalladas en esta contestación.

AL HECHO DÉCIMO NOVENO: Para responder se separa:

- a) **NO LES CONSTA** a mis representadas el valor glosado, por cuanto se reitera que las mismas no realizaron la auditoría de **5 recobros** objeto de la presente demanda, en tanto estos fueron auditados con anterioridad al inicio de sus actividades. En lo concerniente a los **11 recobros** que fueron auditados por la Unión Temporal Nuevo FOSYGA, es preciso señalar que dicha Unión no ejerció funciones como administradora de los recursos del FOSYGA hoy ADRES, sus actividades en el marco del Contrato 055 de 2011 suscrito con el entonces Ministerio de Salud y de la Protección Social, consistieron en la realización de la auditoría de reclamaciones por los beneficios con cargo a la Subcuenta de eventos catastróficos y accidentes de tránsito - ECAT y las solicitudes de recobros por servicios de salud no incluidos en el POS ordenados por fallos de tutelas u autorizados por los Comités Técnico Científicos de las EPS.
- b) En todo caso, ante una eventual condena debe reiterarse que sobre mis representadas no recae ningún derecho económico, por cuanto ellas no

desarrollaron labor distinta a la de efectuar la auditoría en salud, jurídica y financiera de 11 recobros. Se reitera que la Unión Temporal Nuevo FOSYGA no dispone sobre los recursos del entonces Fondo de Solidaridad y Garantía –FOSYGA- (actualmente recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud administrados por la ADRES), que son aquellos con los cuales se surte el reconocimiento económico de los recobros por prestaciones no incluidas en el Plan Obligatorio de Salud –POS-. Los recursos con los cuales se reconocen los recobros por prestaciones no incluidas en el POS en Sistema de Seguridad Social en Salud provienen del entonces FOSYGA, (actualmente recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud administrados por la ADRES), por lo que no existe ninguna disposición legal o interpretación jurisprudencial que establezca la obligación de pago de los recobros por beneficios extraordinarios no incluidos en el POS con recursos de terceros diferentes a los del entonces FOSYGA.

- c) En adición a lo anterior se reitera que mis representadas no desplegaron conducta activa u omisiva respecto de **5 recobros** que fueron auditados exclusivamente por el Consorcio FIDUFOSYGA 2005, motivo por el cual frente a ellas no recae ningún derecho económico frente a dichos recobros.

AL HECHO VIGÉSIMO: Para responder se separa:

- a) **NO LES CONSTA** a mis representadas si a la fecha EPS Sanitas y Colsanitas se han visto en la imposibilidad de recuperar por vía administrativa las erogaciones en que presuntamente incurrió, por los conceptos involucrados en la presente acción, así como tampoco si lo solicitado corresponde a prestaciones excluidas del plan obligatorio de salud, como quiera que ante mis representadas no se radicaron todos los recobros incorporados en la presente acción, por lo que no pueden indicar si en vía administrativa los recobros objeto de la presente acción fueron objeto de rechazo o devolución, pues tal y como se indicó **5** solicitudes de recobro fueron radicadas ante el Consorcio FIDUFOSYGA 2005, figura ajena a mis representadas.
- b) Sin perjuicio de lo anterior, en cuanto a los **11 recobros** auditados por la Unión Temporal Nuevo FOSYGA, es necesario señalar que frente a los mismos se agotó el trámite de la auditoría en salud, jurídica y financiera previsto en la Resolución 3099 de 2008 – incluidas sus modificaciones - conforme correspondió, y como consecuencia de dicha auditoría se impusieron las glosas y observaciones detalladas en esta contestación como quiera que la demandante pretendía su reconocimiento pese al incumplimiento de los requisitos en su presentación o a que se tratara de prestaciones incluidas en el plan de beneficios.

AL HECHO VIGÉSIMO PRIMERO: Para responder se separa:

- a) **NO LES CONSTA** a mis representadas si la EPS Sanitas agotó el procedimiento administrativo previsto y ordenado en la ley para cada recobro, pues tal y como se ha indicado a lo largo de este escrito a mis representadas no les correspondió auditar todos los recobros relacionados en la base de demanda, por cuanto su radicación fue anterior a la fecha de ejecución de labores de mis representadas, conforme a lo dispuesto en el Contrato de Consultoría No. 055 de 2011.
- b) Frente a **11** solicitudes de recobros auditados por la Unión Temporal Nuevo FOSYGA, es necesario señalar que respecto a los mismos tal y como se ha advertido al emitir respuesta a los hechos que anteceden, se agotó el trámite de la auditoría en salud, jurídica y financiera previsto en la Resolución 3099 de 2008 – incluidas

sus modificaciones -conforme correspondió, y como consecuencia de dicha auditoría se impusieron las glosas y observaciones detalladas en esta contestación pues, se pretendía el reconocimiento y pago de solicitudes de recobros relacionadas con tecnologías en salud incluidas en el POS, o sin el lleno de los requisitos establecidos en la normatividad legal vigente.

- c) En relación con las bases de datos que la demandante indica se acompañaron con la demanda, no es posible emitir pronunciamiento alguno, como quiera que a mis representadas con la notificación de la demanda no se les remitió la base de datos remitida por la EPS demandante.

AL HECHO VIGÉSIMO SEGUNDO: NO CORRESPONDE A UN HECHO, sino a una descripción de los detalles, o de la información que contiene la base de datos de recobros adjunta a la demanda, es decir, no describe una circunstancia fáctica sobre la cual pueda efectuarse un pronunciamiento mi representada, sino que hace relación en cada uno de sus numerales a la descripción de los campos que figuran en la base de datos, la cual es desconocida para mis representadas por cuanto no fue aportada por la llamante en garantía ADRES, lo cual impide pronunciamiento alguno en relación con la misma.

AL HECHO VIGÉSIMO TERCERO: Para responder se separa:

- a) **NO LES CONSTA** a mis representadas si la EPS Sanitas agotó el procedimiento administrativo previsto frente a todos los recobros sin obtener el pago efectivo o la devolución de los dineros ya cancelados por la demandante a las IPS, pues como se ha mencionado a lo largo de este escrito mis representadas no realizaron la auditoría de todos los recobros objeto de esta demanda, por cuanto **5** de estos recobros fueron objeto de auditoría exclusivamente por el Consorcio FIDUFOSYGA 2005

Ahora bien, en relación con **11** solicitudes de recobros que auditados por la Unión Temporal Nuevo FOSYGA, se agotó el trámite de la auditoría en salud, jurídica y financiera previsto en la Resolución 3099 de 2008 - incluidas sus modificaciones - conforme correspondió, y como consecuencia de dicha auditoría se impusieron las glosas y observaciones detalladas en esta contestación, adicionalmente, se insiste en que la Unión Temporal Nuevo FOSYGA no es responsable del pago de las solicitudes de recobro, en tanto que nunca ejerció actividades de administradora de los recursos del entonces FOSYGA

- b) **NO LES CONSTA** a mis representadas si la EPS Sanitas, acudió ante la Procuraduría General de la Nación para surtir el trámite del agotamiento del requisito de procedibilidad previsto en el artículo 13 de la Ley 1285 de 2009, toda vez que no fueron convocadas en el trámite de la Conciliación Prejudicial a que se hace referencia en este numeral.

AL HECHO VIGÉSIMO CUARTO: Para responder se separa:

- a) **NO LE CONSTA** a mis representadas que se haya remitido reclamación administrativa contentiva de las pretensiones objeto de la demanda con destino al Ministerio de la Protección Social, como quiera que es un hecho ajeno a mis representadas y versa sobre un tercero. Respecto a lo relacionado en este numeral será objeto de prueba en el presente proceso.



- b) Se precisa que ante la Unión Temporal Nuevo FOSYGA no fue radicada ninguna solicitud de reclamación, por ser una información que únicamente le concierne a ésta, será materia de prueba en el proceso.

2. FRENTE A LAS PRETENSIONES

Actuando en nombre y representación de **CARVAJAL TECNOLOGÍA Y SERVICIOS S.A.S., GRUPO ASESORÍA EN SISTEMATIZACIÓN DE DATOS, SOCIEDAD POR ACCIONES SIMPLIFICADA - GRUPO ASD S.A.S y SERVIS OUTSOURCING INFORMÁTICO SOCIEDAD POR ACCIONES SIMPLIFICADA. - SERVIS S.A.S., ME OPONGO** a todas y cada una las condenas solicitadas por la entidad demandante, de conformidad con los argumentos de hecho y de derecho, que a continuación expongo:

A LA PRETENSIÓN PRIMERA: ME OPONGO a que se declare la existencia de una obligación a pagar por parte de mis representadas y a favor de las demandantes la suma de **QUINIENTOS CUARENTA Y UN MILLONES CUATROCIENTOS VEINTE MIL QUINIENTIS CINCO PESOS (\$541.420.505)**, por concepto de la cobertura y suministro efectivo de procedimientos, servicios, medicamentos NO POS, o no costeados por las Unidades de Pago por Capitación – UPC, correspondientes a 16 solicitudes de recobros, de conformidad con las siguientes consideraciones:

- a) De los 16 recobros objeto de la litis, 5 recobros contentivos de 9 ítems fueron auditados exclusivamente por el Consorcio FIDUFOSYGA 2005, en líneas MYT 01 y MYT02 en los paquetes: 0910 (septiembre de 2010), 1010 (octubre de 2010) y 0211 (febrero de 2011); y en mecanismo de objeción a la glosa MYT04: MYT04502011 (mayo de 2011), MYT04462011 (junio de 2011) y MYT04472011 (julio de 2011)., por lo que mis representadas no efectuaron conducta activa u omisiva respecto de estos, presentándose falta de legitimación en la causa por pasiva, siendo imposible imputar a cualquier título responsabilidad a mis representadas, por no haber hecho la auditoría, tal y como se relacionan más adelante en el acápite denominado *“FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA FRENTE A CINCO (5) RECOBROS”*.
- b) La Unión Temporal Nuevo FOSYGA, integrada por mis representadas, no desarrolló obligación distinta a la de auditar los recobros objeto de la Litis, mismos que se financian con los recursos del entonces FOSYGA (hoy recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud, administrados por la ADRES).
- c) Es necesario precisar que la Unión Temporal Nuevo FOSYGA no dispone sobre los recursos del entonces Fondo de Solidaridad y Garantía –FOSYGA- (actualmente del Sistema General de Seguridad Social en Salud administrados por la ADRES), que son aquellos con los cuales se surte el reconocimiento económico de los recobros por prestaciones no incluidas en el Plan Obligatorio de Salud –POS-. Según el Contrato de Consultoría No. 055 de 2011 suscrito con el Ministerio de Salud y Protección Social, la auditoría en salud, jurídica y financiera de las solicitudes de recobro efectuada por dicha Unión Temporal constituye un mecanismo de control previo para definir sobre el reconocimiento de éstos, los cuales, serían pagados por el administrador de los recursos del entonces FOSYGA, de cumplir con los requisitos previstos en la normatividad vigente, con recursos propios de dicha cuenta (actualmente del Sistema General de Seguridad Social en Salud administrados por la ADRES).

- d) Los recursos con los cuales se reconocen los recobros por prestaciones no incluidas en el POS en Sistema de Seguridad Social en Salud provenían del entonces FOSYGA, (actualmente recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud administrados por la ADRES), por lo que no existe ninguna disposición legal o interpretación jurisprudencial que establezca la obligación de pago de los recobros por beneficios extraordinarios no incluidos en el POS con recursos de terceros diferentes a los del entonces FOSYGA.

Por los motivos expuestos, sin que implique algún tipo de aceptación de responsabilidad o viabilidad de reconocimiento de los recobros objeto de la demanda, en el remoto evento que se ordene el reconocimiento y pago de los recobros, dicha condena debe realizarse con cargo a los recursos del Fondo de Solidaridad y Garantía –FOSYGA- (actualmente recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud administrados por la ADRES), que son aquellos con los cuales se surte el reconocimiento económico de los recobros por prestaciones no incluidas en el Plan Obligatorio de Salud –POS.

- e) A pesar de que la EPS tiene derecho a recobrar aquellos insumos, medicamentos, servicios o tecnologías en salud no cubiertos por el Plan Obligatorio de Salud, para obtener su correspondiente pago debe agotar el procedimiento legal que permita auditar y verificar las solicitudes de recobro y determinar la procedencia del pago, trámite que tiene como objetivo garantizar la correcta y debida destinación de los recursos de la salud. Así las cosas, frente a las solicitudes de recobros auditadas por la Unión Temporal Nuevo FOSYGA, fueron glosadas teniendo en cuenta la ley aplicable para el momento en que fueron auditados fue la Resolución 3099 de 2008 y sus modificaciones, y especialmente los Acuerdos 008 de 2009 y 029 de 2011 de la CRES.

Toda vez que la Entidad Promotora de Salud demandante presentó los recobros de tecnologías en salud sin el cumplimiento de los requisitos establecidos en la normatividad vigente e intento obtener el pago de prestaciones incorporadas en el plan de beneficios, como resultado de la auditoría en salud, jurídica y financiera se dio lugar a la imposición de glosa y observación que a continuación se señalan y el consecuente rechazo o no aprobación de los recobros presentados:

GLOSAS IMPUESTAS EN VIGENCIA DE LA RESOLUCIÓN 3099 DE 2008		
CÓDIGO DE GLOSA	DESCRIPCIÓN GLOSA	CANTIDAD
1-03	Cuando los valores objeto de recobro ya hayan sido pagados por el Fosyga	8

CÓDIGO DE OBSERVACIÓN	DESCRIPCIÓN OBSERVACIÓN	CANTIDAD
3	Servicios incluidos en el POS: los valores objeto de recobro ya hayan sido pagados por el Fosyga	1
35	BDUA: el usuario reportado en el recobro no aparece en la base de datos única de afiliados BUDA por la entidad recobrante para el periodo de la prestación del servicio	1
44	Causales de rechazo o devolución: uno o varios ítems incluidos en el recobro presenta alguna causal de rechazo o devolución	1
TOTAL		3

- f) El resultado favorable de la auditoría depende en gran parte, por no decir en su totalidad, de la entidad recobrante, es decir, bajo su responsabilidad se encuentra

el cumplimiento de los requisitos normativos, así como la consistencia y veracidad de los documentos que soportan la solicitud.

Así las cosas, la conducta de la entidad demandante al presentar los recobros sin el lleno de requisitos exigidos por la normatividad sobre el tema y por pretender el pago de prestaciones ya incorporadas en el plan de beneficios, fue la que originó la imposición de las glosas, por lo cual no se puede atribuir responsabilidad alguna a las entidades demandadas.

De acuerdo con lo anterior, no existe un hecho imputable a mis representadas ni un nexo de causalidad con los daños que reclaman, los cuales permitan atribuirles alguna responsabilidad, pues se configura la culpa exclusiva de la demandante. Por lo tanto, al no tener ninguna incidencia causal en la producción del daño cuya indemnización reclama la demandante, no es posible predicar responsabilidad alguna, siendo inexistente cualquier supuesto obligacional con mis presentadas.

- g) Adicionalmente resulta preciso indicar que de acuerdo a la información contenida en el anexo técnico emitido por la ADRES “PJU_2014-00537 UT EPS SANITAS_Reporte”, se evidencia que dos (02) recobros que involucran dos (2) ítems se encuentran en estado Aprobado, en virtud del mecanismo excepcional de Divergencias Recurrentes, el detalle es el siguiente:

ÍTEMS DE RECOBRO APROBADOS TOTALMENTE EN MECANISMO EXCEPCIONAL DE DIVERGENCIA RECURRENTE							
NÚMERO DE RECOBRO INICIAL	NÚMERO DE RECOBRO MECANISMO O EXCEPCIONAL	ÍTEM	TECNOLOGÍA	VALOR RECOBRO \$(INFORMACIÓN ADRES)	VALOR APROBADO \$(INFORMACIÓN ADRES)	VALOR GLOSADO \$(INFORMACIÓN ADRES)	NÚMERO PAQUETE (INFORMACIÓN ADRES)
25122406	104284770	1	IMMUNATE 500 UI FACTOR VIII DE COAGULACION	\$ 6.171.000,00	\$ 6.171.000,00	\$ 0,00	DR020714
51907906	104285193	1	IMMUNATE 500 UI FACTOR VIII DE COAGULACION	\$ 3.411.000,00	\$ 3.411.000,00	\$ 0,00	DR020714

- h) Adicionalmente, es preciso indicar que en el caso objeto de estudio tampoco se dan los supuestos necesarios para que ante una eventual condena se predique la solidaridad de mis representadas para con el Ministerio de Salud y Protección Social como quiera que la responsabilidad no está en cabeza de terceros sino de manera exclusiva del Estado y adicionalmente no se cumplen los supuestos del artículo 1568 del Código Civil según los cuales para que una obligación sea solidaria necesariamente debe estar a cargo de una pluralidad de sujetos, es decir, la suma que aquí se pretende no está en cabeza de varios sujetos, pues la obligación, se reitera, se predica únicamente frente al Estado, hoy en día a través de la Entidad Administradora del Sistema General de Seguridad Social en Salud –ADRES.
- i) Así mismo, vale la pena resaltar que al tenor de esta disposición las obligaciones solidarias tienen su fuente en la ley, los contratos o el testamento, y en el presente caso no se dispuso ni en la ley, ni en un negocio jurídico, ni mucho menos en una disposición testamentaria dicha obligación frente a mis representadas, y el sustento legal y jurisprudencial permite concluir que tal y como se afirma en la excepción denominada **“INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN DE PAGO CON RECURSOS PROPIOS POR PARTE DE LA UNIÓN TEMPORAL NUEVO - FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA.”** las solicitudes de recobro aquí solicitadas deben pagarse con cargo a los recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud, y no con cargo a recursos de particulares.

A LA PRETENSIÓN SEGUNDA: Me opongo a que se condene al pago 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 objeto de la presente demanda, monto equivalente al 10% del valor de las solicitudes de recobro, por las razones que a continuación se explican:

- a) Me opongo a los gastos administrativos reclamados por la demandante, en la medida que la Unión Temporal Nuevo FOSYGA no adeuda suma alguna de dinero a la demandante y además por tratarse de una pretensión consecuencial de la determinada en la pretensión primera, la cual se considera improcedente, ésta tampoco está llamada a prosperar.
- b) La Unión Temporal Nuevo FOSYGA **no auditó la totalidad de los recobros objeto del presente proceso**, razón por la cual, no es imputable daño alguno respecto de la demandante que signifique algún tipo de indemnización. Respecto a las solicitudes de recobros auditadas por la Unión Temporal Nuevo FOSYGA, estas fueron glosadas teniendo en cuenta la ley aplicable para el momento en que se llevó a cabo la auditoría.
- c) El apoderado de la parte actora se refiere de manera general a los gastos administrativos sin señalar en concreto los conceptos que agrupa en dicha denominación, por lo anterior, ante una remota condena deben probarse en el proceso todos y cada uno de los gastos denominados por la EPS demandante como administrativos y no aplicar por mera liberalidad de la demandante el porcentaje por el establecido, teniendo en cuenta que los recursos de la salud son limitados y que no puede reconocerse sumas de dinero sin que se encuentren justificadas, de manera que resulta improcedente la declaratoria solicitada.
- d) La parte actora solicita que de manera analógica se aplique el porcentaje de gasto administrativo establecido para las Administradoras de Riesgos Laborales contemplado en el inciso segundo del artículo 3° del Decreto 1771 de 1994, según lo dispuesto en su acápite de fundamentos normativos. La norma precitada en su tenor literal frente a las prestaciones asistenciales contempla:

“Artículo 3°.- Reembolso por prestaciones asistenciales. Las entidades administradoras de riesgos profesionales deben reembolsar los costos de la atención médico asistencial que hayan recibido sus afiliados, con ocasión de un accidente de trabajo, una enfermedad profesional, a las mismas tarifas convenidas entre la entidad promotora de salud y la institución prestadora de servicios, con independencia de la naturaleza del riesgo.

Sobre dichas tarifas se liquidarán una comisión del diez por ciento (10%) a favor de la entidad promotora de salud, salvo pacto en contrario.

La entidad promotora de salud, dentro del plazo fijado en los respectivos convenios, o en su defecto dentro del mes siguiente, deberá presentar la solicitud de reembolso respectiva, mediante el diligenciamiento de los formularios previstos o autorizados para efecto por la Superintendencia Nacional de Salud.

Las empresas promotoras de salud deberán incluir en la respectiva historia clínica los diagnósticos y tratamientos relativos a los riesgos profesionales.”

- e) De la norma que se viene de leer, se observa que para los eventos de prestaciones asistenciales derivadas de accidentes de trabajo o enfermedades profesionales

prestadas a los afiliados de las administradoras de riesgos laborales se contempló además del reembolso de las mismas, el reconocimiento de una comisión del diez por ciento 10%.

Sobre el particular, es necesario precisar que no hay lugar a aplicar por analogía dicha norma, para el remoto evento en que se acceda a las súplicas de la demanda y se reconozcan los recobros objeto de la misma, como quiera que frente al tema no existe un vacío normativo en consideración a que los presuntos gastos administrativos inicialmente estarían cubiertos en principio dentro del giro normal de las actividades de esta, específicamente en virtud de las actividades de aseguramiento, los cuales son reconocidos a través de la UPC, en virtud de lo dispuesto en el artículo 23 de la Ley 1438 de 2011 y otros estarían contemplados en los servicios, prestaciones o tecnologías en salud recobradas, motivo por el cual, el reconocimiento de lo que la EPS denominada gastos administrativos generarían un doble pago.

Por otro lado, se advierte que las Administradoras de Riesgos Laborales reconocen la comisión del diez por ciento 10%, en consideración a que ellas deben pagar los gastos administrativos en que incurre el afiliado para la prestación de los servicios derivados de un accidente laboral o enfermedad profesional, situación que no guarda ningún tipo de relación con las prestaciones no contempladas en los planes de beneficios, habida cuenta que el Estado les reconoce a las EPS dentro de la UPC un porcentaje para los gastos administrativos y posteriormente reconoce el valor de las prestaciones, medicamentos, servicios o tecnologías en salud no incluidas en los planes de beneficios, es decir, están cubiertos, todos los gastos en que incurre la EPS recobrante.

- f) La parte actora pretende a través de este concepto denominado “gasto administrativo” que se le reconozcan y paguen sumas no previstas en la Ley en porcentajes que tampoco se encuentran regulados por concepto de prestaciones no incluidas en el POS. En ese sentido es preciso indicar que el artículo 48 de la Constitución Política, indica que no se podrán destinar ni utilizar los recursos de las instituciones de la Seguridad Social para fines diferentes a ella, por lo tanto y como se ha manifestado con antelación, no resulta posible que con los recursos del sistema de salud se financie pagos para atender los servicios no incluidos en el Plan de Beneficios cualquier que sea su fuente de prescripción y en el evento de declarar procedente esta solicitud, se estaría dando un uso no adecuado a los recursos del sistema. En sentencia, C-1040 de 2003, la Corte Constitucional reafirmó que “todos los recursos que integran la UPC, tanto los administrativos como los destinados a la prestación del servicio de salud forman parte del Sistema General y por consiguiente han sido separados constitucionalmente para el cumplimiento de los fines propios de su destinación específica”, así las cosas, no podría darse a los recursos del sistema una destinación diferente a la prevista para los mismos.
- g) Pese a que las EPS tienen derecho a recobrar al Estado el valor de las prestaciones no incluidas en el POS o en los planes de beneficios, lo cierto es **que no existe legal ni jurisprudencialmente un derecho al pago de gastos administrativos distintos a aquellos que se les reconoce dentro de la Unidad de Pago por Capitación**, pues todo el despliegue administrativo financiado con los recursos de la UPC le permiten asumir también los trámites necesarios para la prestación de tales prestaciones, y así, cumplir efectivamente con una de sus obligaciones que es la articulación de los servicios para garantizar el acceso efectivo a los mismos, una posición en contrario implicaría un pago ilegal e injustificado, incluso un doble pago.

- h) Los gastos aludidos por la demandante son gastos que tiene la obligación de asumirlos la EPS, pues constituye una erogación en la que debe incurrir en el ejercicio y cumplimiento de sus actividades de aseguramiento. Además, se insiste en que el Estado les reconoce a las EPS dentro de la UPC un porcentaje para los gastos administrativos, y posteriormente, una vez la solicitud de recobro cumplan con los requisitos previstos en las normas, se reconoce el valor de las prestaciones, medicamentos, servicios o tecnologías en salud no incluidas en los planes de beneficios, es decir, están cubiertos, todos los gastos en que incurre la EPS recobrante.
- i) Por lo anterior, ante una remota condena deben probarse en el proceso todos y cada uno de los gastos denominados por la EPS demandante como administrativos y no aplicar por mera liberalidad de la demandante el porcentaje por él establecido, teniendo en cuenta que los recursos de la salud son limitados y que no puede reconocerse sumas de dinero sin que se encuentren justificadas, de manera que resulta improcedente la declaratoria solicitada.
- j) Es importante precisar, que respecto de este tema, la Superintendencia Nacional de Salud, en sentencia S-2018-001047 del 20 de diciembre del 2018, proferida dentro del proceso J-2015-0367, iniciado por la EPS FAMISANAR LTDA contra la Administradora de los Recursos del Sistema de Seguridad Social en Salud- ADRES y otros, indicó que ***“(.) las EPS como actores del SGSSS, tienen la obligación de asumir todos los gastos administrativos que se susciten en el ejercicio de sus actividades de aseguramiento y de recaudo de los recursos, no puede pretender que los gastos administrativos en que incurre por el ejercicio ordinario de la radicación de los recobros ante el FOSYGA, (trámite meramente administrativo para el pago de las prestaciones o tecnologías en salud NO POS), deba ser asumido por el ente pagador o por el mismo sistema de salud. Esa erogación no está prevista en la destinación de los recursos de la Subcuenta de Compensación, razón por la cual al acceder a dicho pedimento, se estaría ordenando un pago injustificado e ilegal que por consiguiente este Despacho no ordenará” (Negrilla fuera del texto original)***, providencia que es allegada en copia al presente escrito.

A LA PRETENSIÓN TERCERA.: ME OPONGO a la solicitud de declarar la existencia de obligación de pagar a título de intereses moratorios, sobre el monto de que trata la pretensión anterior, como quiera que la misma es improcedente por expresa disposición legal. Sobre este tema, la Ley 1955 de 2019, “Por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2018- 2022. “Pacto por Colombia, Pacto por la Equidad”, en el parágrafo quinto del artículo 237 señaló que: ***“Las decisiones judiciales que ordenen el pago de recobros distintos se indexarán utilizando el Índice de Precios al Consumidor - IPC, sin lugar a intereses de mora”*** (Negrilla y subrayado fuera del texto original), con el ánimo de garantizar la sostenibilidad financiera del Sistema General de Seguridad Social en Salud, conforme se indica en dicho artículo.

En este sentido, y según el artículo 336 de la citada Ley, a partir de la publicación de la misma, esto es el **25 de mayo de 2019**, quedaron derogadas aquellas disposiciones contrarias, por lo que conforme al efecto general inmediato de dicha disposición normativa sería contrario a derecho emitir una condena en contra de la ADRES o de mis representadas dirigida al reconocimiento de intereses de mora, pues la única consecuencia derivada de una decisión judicial que ordene el pago de recobros es la indexación utilizando Índice de Precios al Consumidor – IPC, ya que de manera expresa se enfatizó en que una condena en tal sentido no daría lugar a intereses de mora.

Adicionalmente, en consideración a que la auditoría en salud, jurídica y financiera realizada a los recobros de EPS SANITAS S.A.S. se efectuó conforme a los actos administrativos vigentes en ese momento y que no existió un “incumplimiento” de mis representadas, en



relación con la EPS demandante, no es procedente el reconocimiento de ningún tipo de interés de mora.

Las sociedades que integraron la Unión Temporal Nuevo FOSYGA cumplieron con su labor contractual de realizar la auditoría a los recobros presentados por las EPS al entonces FOSYGA (hoy ADRES); ahora bien, si ese proceso culminaba en la no aprobación o rechazo de un recobro es evidente que no se da lugar a obligación alguna por parte del Ministerio de la Salud y la Protección Social o de la ADRES para con la EPS que ha presentado indebidamente los recobros.

De igual manera, que una EPS decida pagar por un procedimiento médico o el suministro de un medicamento o tratamiento a uno de sus usuarios, no genera per se una condición de obligación por parte del Ministerio y del entonces FOSYGA (hoy ADRES) a reembolsar los pagos realizados, escasamente establece para ella una de las condiciones necesarias, pero no es suficiente para la aprobación del recobro. La etapa de la auditoría es un procedimiento establecido por la ley para que el Estado a través del Ministerio de Salud y Protección Social (hoy ADRES) determine si hay lugar a aprobar y posteriormente reconocer las solicitudes de recobro presentadas, así las cosas, la obligación económica puede ser entendida solamente configurada a partir de la aprobación del recobro.

El interés moratorio, es aquel interés que con objeto sancionatorio se aplica una vez se haya vencido el plazo para que se reintegre el capital cedido o entregado en calidad de préstamo y no se haga el reintegro o el pago, dicho interés, sólo opera una vez vencidos los plazos pactados.

Resulta claro entonces que no hay lugar al vencimiento de ninguna obligación entre el Ministerio de la Salud y la Protección Social (hoy ADRES) y la entidad promotora de salud, pues ante una remota condena la obligación se declarará en el fallo lo cual a las luces del ordenamiento jurídico no tiene sustento para su procedencia por vía administrativa dadas las causales de glosa que ostentan y el incumplimiento de los requisitos legales para su debido pago.

Corresponde a las Entidades Promotoras de Servicios (EPS) y Entidades Obligadas a Compensar (EOC), no solo garantizar el suministro oportuno a través de la red de prestadores definida de los servicios y tecnologías en salud no financiadas en el Plan de Beneficios en Salud con cargo a la UPC prescritos por los profesionales de la salud; sino cumplir con los requisitos y procedimientos definidos para la presentación de las solicitudes de recobro o cobro, entre otros.

Para que se pueda hablar de interés moratorio aplicable, se hace pues necesaria la concurrencia de todos los criterios y elementos que hacen exigible la obligación, así como su posterior vencimiento, en ese orden de ideas, erróneamente se asume que la simple presentación de los recobros ante el FOSYGA da origen a la obligación. Así las cosas, como reza el principio general del derecho: *“nadie puede alegar su propia culpa en beneficio propio”*. Existe un deber de coherencia entre el actuar del demandante y lo solicitado por este, siendo pues improcedente que a raíz de su propia culpa el accionante alegue ahora la necesidad de liquidar intereses moratorios en concurrencia con corrección monetaria sin que la obligación se haya originado, por causas que le son imputables a él.

Ahora bien, en el hipotético caso de que se accediera a las pretensiones, resulta pertinente señalar que el derecho a recobrar los procedimientos, servicios médicos e insumos nacería o surgiría con el reconocimiento que se haga en la sentencia que resuelva la presente controversia, habida cuenta que se ordenaría un pago que a las luces del ordenamiento

jurídico no tiene sustento para su procedencia por vía administrativa dadas las causales de glosa que ostentan y el incumplimiento de los requisitos legales para su debido pago. Entonces, no habría lugar a ordenar el pago de intereses moratorios, esto es, castigar la mora del “*deudor*” porque el derecho al pago de la obligación principal se constituiría en el fallo judicial; se insiste que en el sub-lite no se configura mora alguna, en la medida en que la EPS demandante no tiene derecho al reconocimiento de los valores recobrados como quiera que existe sustento legal que impide su reconocimiento y pago.

Por último, se reitera al Despacho que de los 16 recobros objeto de la litis, 5 recobros fueron auditados exclusivamente por el Consorcio FIDUFOSYGA 2005, por lo que mis representadas no efectuaron conducta activa u omisiva respecto de estos, presentándose falta de legitimación en la causa por pasiva, siendo imposible imputar a cualquier título responsabilidad a mis representadas, por no haber hecho la auditoría, tal y como se relacionan más adelante en el acápite denominado **“FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA - LA UNIÓN TEMPORAL NUEVO FOSYGA NO REALIZÓ LA AUDITORÍA DE 5 RECOBROS CONTENTIVOS DE 9 ÍTEMS OBJETO DE LITIS”**, como quiera que esta pretensión es consecuencial de las principales, y frente a estos recobros se predica la falta de legitimación en la causa por pasiva, no podría imputarse condena alguna a mis representadas.

A LA PRETENSIÓN CUARTA.: ME OPONGO a que se condene a mis representadas conforme a lo solicitado en las pretensiones primera y segunda de acuerdo con los argumentos de defensa manifestados frente a la improcedencia de las declaratorias solicitadas, las cuales resumo a continuación:

- a) Resulta inexistente una obligación de pago por parte de mis representadas y en favor de la EPS reclamante, toda vez que la Unión Temporal Nuevo FOSYGA así como las sociedades que la integran, no fueron las encargadas de auditar todos los recobros reclamados por la demandante, toda vez que **5** de estos fueron auditados por el **Consorcio FIDUFOSYGA 2005** en líneas MYT 01 y MYT02 en los paquetes: 0910 (septiembre de 2010), 1010 (octubre de 2010) y 0211 (febrero de 2011); y en mecanismo de objeción a la glosa MYT04: MYT04502011 (mayo de 2011), MYT04462011 (junio de 2011) y MYT04472011 (julio de 2011), por lo tanto, no existe obligación de pago que pueda predicarse de las mismas por lo que siendo inexistente el haber desplegado conducta alguna sobre 5 recobros presentados no puede indicarse ningún nexo de causalidad con mis representadas y las sumas pretendidas siendo improcedente cualquier condena en su contra.
- b) Respecto a las 11 solicitudes de recobros auditadas por la Unión Temporal Nuevo FOSYGA en mecanismo ordinario líneas MYT01 y MYT02, en los paquetes: 1011 (octubre 2011) y 111 (noviembre de 2011) y línea MYT04 (objeción a la auditoría) en el paquete: MYT04021302 (febrero de 2013) y finalmente en el mecanismo excepcional (Art. 111 Ley Anti-Trámite) en el paquete: ART11101071201 (julio de 2012), se insiste que el proceso de auditoría se hizo con estricto cumplimiento de la ley aplicable para el momento en que fue desarrollado el mismo.

Por ende, la conducta de la entidad demandante al presentar los recobros sin el lleno de requisitos exigidos por la normatividad sobre el tema y por pretender el pago de prestaciones ya incorporadas en el plan de beneficios, fue la que originó la imposición de las glosas, por lo cual no se puede atribuir responsabilidad alguna a las entidades demandadas. Y adicionalmente se precisa que el pago de recobros nunca ha estado a cargo de mis representadas pues, dicha labor estaba a cargo del administrador de los recursos del entonces FOSYGA

- c) Al ser improcedentes las condenas sobre el pago de los recobros, todas las pretensiones consecuenciales incluida la condena en gastos administrativos resultan improcedentes por seguir la suerte de lo principal, motivo por el cual no podrá imputarse condena alguna en contra de mis representadas.

A LA PRETENSIÓN QUINTA: ME OPONGO a que frente a la actualización sobre las sumas pretendidas conforme a la variación del índice de precios al consumidor (IPC), en la medida que mis representadas no le adeudan ninguna suma de dinero a la demandante y además por tratarse de una pretensión consecencial de la primera y segunda consideradas improcedentes, ésta tampoco está llamada a prosperar.

Adicionalmente, se resalta que la indexación o actualización pretendida es una medida excepcional, que no procede sobre derechos eventuales o meras expectativas, de manera que tal y como se señaló anteriormente, en el hipotético caso de que se accediera a las pretensiones principales, resulta pertinente señalar que el derecho a recobrar los procedimientos, servicios médicos e insumos nacería o surgiría con el reconocimiento que se haga en la sentencia que resuelva la presente controversia, habida cuenta que se ordenaría un pago que a las luces del ordenamiento jurídico no tiene sustento para su procedencia por vía administrativa dadas las causales de glosa que ostentan y el incumplimiento de los requisitos legales para su debido pago. Entonces, no habría lugar a ordenar la indexación porque el derecho al pago de la obligación principal se constituiría en el fallo judicial.

Se resalta que en la Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, M.P.: José Roberto Herrera Vergara, del 28 de agosto de 2001, se hacen consideraciones especiales frente a la procedencia o no de la indexación, argumentos que respaldan la improcedencia de la indexación solicitada, siendo importante resaltar lo siguiente:

*“3. La indización o indexación siempre ha sido, sin lugar a dudas, una **medida excepcional**. Es la respuesta del derecho, legislado y jurisprudencial, al fenómeno de la “inflación”. Un mecanismo de revalorización de ciertas obligaciones dinerarias, cuyo objetivo es poner en equilibrio la ecuación económica gravemente desbalanceada por una fuerte pérdida del poder adquisitivo del peso, de la cual se beneficiaría al deudor de ella ante la consecencial depreciación de su prestación, con claro detrimento del acreedor, quien en últimas se vería obligado, en virtud de unas reglas jurídicas nominalistas, a recibir un pago incompleto.*

*“El carácter relativo de la indexación emerge de una exigencia de la ley, a la cual el juez debe someterse en virtud del imperativo categórico contenido en el artículo 230 de la Constitución Política. La estructura del régimen general de las obligaciones impide que de manera indiscriminada los jueces, amparados en el principio de equidad, procedan a revalorizar cualquier obligación, porque ello iría en detrimento de la seguridad jurídica en las relaciones económicas menoscabándose toda convivencia social. El artículo 2224 del Código Civil, que no empece su ubicación metodológica tiene alcance general, es de un claro tenor y único sentido: “Si se ha prestado dinero sólo se debe la suma numérica enunciada en el contrato”; en igual dirección apunta el canon 1627 ejusdem: “El pago se hará bajo todos respectos en conformidad al tenor de la obligación; sin perjuicio de lo que en casos especiales dispongan las leyes” (negrillas de la CORTE). Aquí subyace el basamento del nominalismo colombiano. La ley o los contratantes mismos, empero, pueden disponer cosa contraria; pero, de ninguna manera, se puede proferir una regla general por vía de doctrina contra esta preceptiva del orden jurídico vigente. No se trata, pues, de un derecho de todos los acreedores, ni deviene en forma automática por el simple transcurso del tiempo, ni se predica de cualquier obligación, a menos que sea una exigencia legal, por venir expresamente ordenada en una regla de derecho vigente, *verbi gratia*, en asuntos de indemnización de daños (artículo 16 de la Ley 446 de 1998).*

(...) 5. Mas, existen aspectos puntuales sobre esta materia que en esta oportunidad la Sala de Casación Laboral precisa, a fin de rectificar los criterios que en ocasiones anteriores se han esbozado:

(...) “c) No se indexan, pues, en primer lugar las obligaciones condicionales suspensivas, es decir, las pendientes “de un acontecimiento futuro, que puede suceder o no”, según las voces del artículo 1530 del Código Civil, en tanto enerva la adquisición del derecho mientras él no se cumpla (art. 1536 ib.). En segundo término, **tampoco se revalorizan los derechos eventuales**. Estos, conforme a la teoría de las obligaciones, son los que emanan de un acto, hecho o negocio jurídico en formación (in nuce), o incompleto o imperfecto, como los que han reunido uno o varios de los elementos necesarios para su existencia, pero les falta otro u otros de ocurrencia futura. Mucho menos, no está demás decirlo, **pueden ser valorizadas las meras expectativas de derechos**, respecto de las cuales no cabe hablar, siquiera, de obligación.

Por otro lado, cabe anotar que no procede de manera concomitante el reconocimiento y pago de los intereses moratorios y la actualización de sumas líquidas de dinero, toda vez que implicaría un doble pago por parte de la condenada, en la medida en que la indexación y los intereses moratorios tienen la misma finalidad y obedecen a la misma causa, esto es, la de recuperar el valor perdido por las sumas adeudadas.

Sobre el tema en la sentencia C-604-12 la Corte Constitucionalidad preciso que “en Colombia el interés moratorio tiene un contenido indemnizatorio distinto a la simple corrección monetaria, situación que no puede ser desconocida por el legislador al momento de determinar las tasas a las cuales lo vincula, por lo cual los intereses moratorios deberán contemplar un componente inflacionario o de corrección monetaria y uno indemnizatorio, que podrá variar teniendo en cuenta la existencia de diversos regímenes en cuanto a las tasas de interés, tal como sucede en relación con los intereses civiles y comerciales”. Es decir, que los intereses moratorios establecidos incluyen per se un componente de corrección monetaria y un componente indemnizatorio.

Por su parte, La H. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Civil Fallo N° 216 de 19 de noviembre de 2001, expediente 6494 con relación a la concurrencia de intereses moratorios y corrección monetaria dijo lo siguiente:

*“Más adelante en el mismo proveído se explica por qué razón en los intereses moratorios comerciales que se ordena pagar al deudor que ha incumplido una obligación pecuniaria ha incluída el componente de actualización monetaria, **motivo por el cual no es posible su acumulación porque se estaría propiciando un enriquecimiento indebido del acreedor y se autorizaría un doble pago por un idéntico concepto.***

*“(...) De allí que cuando el pago, a manera de segmento cuantitativo, **involucra el reconocimiento de intereses legales comerciales, no pueden los Jueces, con prescindencia de toda consideración especial, ordenar igualmente el ajuste monetario de la suma adeudada, específicamente cuando los réditos que el deudor debe reconocer son de naturaleza comercial, puesto que, sean ellos remuneratorios o moratorios, el interés bancario corriente que sirve de base para su cuantificación (art. 884 C. de Co.), ya comprende, per se, la aludida corrección.***

“Obsérvese que, en el fondo, las mismas razones que –inicialmente- conducen a ordenar que el pago retardado incluya el reajuste monetario de la suma adeudada: la equidad; la buena fe –en su dimensión objetiva-; la plenitud del mismo y la necesidad de preservar el equilibrio contractual y de evitar un

*enriquecimiento injustificado, determinan, a su turno, que el deudor de una obligación de estirpe comercial **no pueda ser compelido, por regla, a pagar al acreedor, además del capital y de los intereses convencionales o legales a que hubiere lugar, la corrección monetaria, cuando ésta se encuentra ínsita en la tasa que le sirve de medida a aquellos**, pues si así se habilitase, el solvens, aún en el evento de la mora, estaría pagando más de lo debido, sin que exista motivo legal o contractual que justifique un doble reconocimiento de la indexación a favor del accipiens (plus), dado que ello equivaldría a cohonestar un enriquecimiento injusto en cabeza del acreedor, en claro y frontal desmedro del patrimonio del deudor".* (Negrilla y subraya fuera de texto original).

A LA PRETENSIÓN SEXTA: ME OPONGO a la solicitud de condena en costas y agencias en derecho y solicito no declarar su prosperidad, en atención a que ésta es consecencial de las pretensiones principales que no prosperan respecto a mis representadas y por lo tanto también resulta improcedente pues no se les puede imputar ningún tipo de responsabilidad cuando lo que se presenta es una culpa exclusiva de la demandante al radicar los recobros sin el lleno de los requisitos exigidos por la normatividad vigente, y/o que se encuentran incluidas o excluidos en los planes de beneficios o ya fueron aprobados.

Adicionalmente, debe advertirse que las sociedades que represento no realizaron la auditoría médica, jurídica y financiera de 5 recobros objeto de la litis, de manera que no se les puede imputar ningún tipo de responsabilidad y frente a los 11 recobros auditados por la Unión Temporal Nuevo FOSYGA el inicio de esta demanda obedece exclusivamente a acciones u omisiones imputables a la Entidad Promotora de Salud demandante.

3. FUNDAMENTO NORMATIVO Y RAZONES JURÍDICAS DE LA DEFENSA

3.1. DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD

De conformidad con lo establecido en los artículos 48 y 49 de la Constitución Política, tanto la Seguridad Social como la salud son servicios públicos a cargo del Estado. Es tarea del Estado, en ambos casos, desarrollar labores de dirección, coordinación y control con sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad.

La Constitución Nacional facultó al legislador para crear un sistema de seguridad social. Así, por medio de la Ley 100 de 1993, se estableció el Sistema de Seguridad Social Integral, adoptado con el fin de garantizar los derechos irrenunciables de la persona y la comunidad, para la obtención de una calidad de vida acorde con la dignidad humana, mediante la protección de las contingencias que la afecten, en el que se crearon obligaciones al Estado y a la sociedad, y se dispuso de instituciones y recursos con el fin de garantizar la cobertura de las prestaciones de carácter económico, de salud y demás servicios complementarios. En el preámbulo de la Ley 100 de 1993, se dispuso:

“La Seguridad Social Integral es el conjunto de instituciones, normas y procedimientos, de que disponen la persona y la comunidad para gozar de una calidad de vida, mediante el cumplimiento progresivo de los planes y programas que el Estado y la sociedad desarrollen para proporcionar la cobertura integral de las contingencias, especialmente las que menoscaban la salud y la capacidad económica, de los habitantes del territorio nacional, con el fin de lograr el bienestar individual y la integración de la comunidad”

Se creó, el Sistema de Seguridad Social como un conjunto armónico de entidades públicas y privadas, normas y procedimientos, conformado por los regímenes generales establecidos



para pensiones, salud, riesgos profesionales y los servicios sociales complementarios que se definen en la ley (Ley 100 de 1993, artículo 8°).

En relación con la administración y financiación del Sistema General de Seguridad Social en Salud, el Título II de la Ley 100 de 1993, dispone:

“ARTÍCULO 218. CREACIÓN Y OPERACIÓN DEL FONDO. Créase el Fondo de Solidaridad y Garantía, como una cuenta adscrita al Ministerio de Salud que se manejará por encargo fiduciario, sin personería jurídica ni planta de personal propia, de conformidad con lo establecido en el Estatuto General de la Contratación de la Administración Pública de que trata el artículo 150 de la Constitución Política.”

El Decreto 780 de 2016 “Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Salud y Protección Social”, norma que compilo el Decreto 1283 de 1996, el cual reglamentaba el funcionamiento del Fondo de Solidaridad y Garantía del Sistema General de Seguridad Social en Salud, precisa las instancias competentes para el manejo de los recursos del fondo y que la ordenación del gasto está en cabeza del Ministro de Salud o a quien éste delegue, así:

“Artículo 2.6.1.4. Dirección del Fondo. La Dirección y control integral del FOSYGA está a cargo del Ministerio de Salud y Protección Social quien a través de la Dirección de Administración de Fondos de la Protección Social o quien haga sus veces garantizará el adecuado cumplimiento y desarrollo de sus objetivos.”

“Artículo 2.6.1.8. Capacidad para contratar. La capacidad para contratar y comprometer, lo mismo que la ordenación del gasto, sobre las apropiaciones del FOSYGA estarán en cabeza del Ministro de Salud y Protección Social o en quien este delegue, en los términos de la Ley Orgánica de Presupuesto.”

De conformidad con lo dispuesto por el artículo 218 de la Ley 100 de 1993, el Fondo de Solidaridad y Garantía “FOSYGA”, es una cuenta adscrita al Ministerio de Salud y Protección Social e igualmente por disposición normativa (Decreto 780 de 2016, artículo 2.6.1.8.) la ordenación del gasto está en cabeza del citado Ministerio.

Teniendo en cuenta lo anterior y al tenor de lo dispuesto en el artículo 49 de la Constitución, la prestación de servicios de salud es un servicio público a cargo del Estado, que para el caso que nos ocupa se materializa en el Ministerio de Salud y Protección Social – Fondo de Solidaridad y Garantía “FOSYGA”, y no en la Unión Temporal FOSYGA 2014, figura asociativa de carácter privado.

Cabe anotar que la regulación y ámbito de competencias de los diferentes actores que integran el Sistema General de Seguridad Social en Salud se encuentra dispuesta en las leyes 100 de 1993, 1122 de 2007, 1438 de 2011 y sus decretos reglamentarios.

Posteriormente, en virtud de lo previsto en el artículo 66 de la Ley 1753 de 2015 “Por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018 “Todos por un nuevo país”, **se creó la Entidad Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud (SGSSS) ADRES**, como una Entidad adscrita al Ministerio de Salud y Protección Social, asimilada a una empresa industrial y comercial del Estado, con personería jurídica, autonomía administrativa y financiera y patrimonio independiente, encargada de administrar los recursos que hacen parte del Fondo de Solidaridad y Garantía (FOSYGA), los del Fondo de Salvamento y Garantías para el Sector Salud (FONSAET), los que financien el aseguramiento en salud, los copagos por concepto de prestaciones no incluidas en el plan de beneficios del Régimen Contributivo, los recursos que se recauden como



consecuencia de las gestiones que realiza la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP).

El objetivo y las funciones de la ADRES se encuentran previstos en el Decreto 1429 del 1 de septiembre de 2016. En el artículo 21 del mencionado decreto, se dispuso que la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud - ADRES asumiría sus funciones a partir del 10 de abril de 2017, no obstante, dicha norma fue modificada por el artículo 1° del Decreto 546 del 30 de marzo de 2017, en el cual se dispuso que la mencionada entidad asumiría la administración de los recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud a partir del 1 de agosto de 2017.

3.2. DE LA NATURALEZA JURÍDICA DE LA UNIÓN TEMPORAL NUEVO FOSYGA Y EL CONTRATO DE CONSULTORÍA N° 055 DE 2011

Los artículos 6° y 7° de la Ley 80 de 1993, conocida como Estatuto General de Contratación Pública, disponen:

“ARTICULO 6°. DE LA CAPACIDAD PARA CONTRATAR. Pueden celebrar contratos con las entidades estatales las personas consideradas legalmente capaces en las disposiciones vigentes. También podrán celebrar contratos con las entidades estatales, los consorcios y Uniones Temporales”.

“ARTICULO 7°. DE LOS CONSORCIOS Y UNIONES TEMPORALES. Para los efectos de esta ley se entiende por: (...) 2. Unión Temporal: cuando dos o más personas en forma conjunta presentan una misma propuesta para la adjudicación, celebración y ejecución de un contrato, respondiendo solidariamente por el cumplimiento total de la propuesta y del objeto contratado, pero las sanciones por el incumplimiento de las obligaciones derivadas de la propuesta y del contrato se impondrán de acuerdo con la participación en la ejecución de cada uno de los miembros de la unión temporal.”

PARAGRAFO 1. Los proponentes indicarán si su participación es a título de consorcio o unión temporal... Los miembros del consorcio y de la Unión Temporal deberán designar la persona que, para todos los efectos, representará al Consorcio o Unión Temporal y señalarán las reglas básicas que regulen las relaciones entre ellos y su responsabilidad”.

(...)

“PARAGRAFO 3°. En los casos que se conformen sociedades bajo cualquiera de las modalidades previstas en la ley con el único objeto de presentar una propuesta, celebrar y ejecutar un contrato estatal, la responsabilidad y sus efectos se regirá por las disposiciones previstas en esta ley para los Consorcios”. (Negrilla fuera del texto original)

De acuerdo con las normas antes transcritas la Unión Temporal constituye un acuerdo conforme al cual dos o más personas se agrupan para presentar una propuesta para la adjudicación, celebración y ejecución de un contrato, respondiendo solidariamente por el cumplimiento del contrato. Una de las principales características es que No tiene personería jurídica propia, razón por la cual dentro de los procesos judiciales quienes deben comparecer son las personas naturales o jurídicas que las integran.

De otra parte, de conformidad con el Artículo 2.6.1.8 del Decreto 780 de 2016, la capacidad para contratar y comprometer, lo mismo que la ordenación de gastos sobre las apropiaciones del FOSYGA está en cabeza del Ministerio de Salud y Protección Social actualmente de la ADRES.

En virtud de lo anterior, la Unión Temporal Nuevo FOSYGA, integrada por CARVAJAL TECNOLOGIA Y SERVICIOS .S.A.S, SERVIS OUTSORCING INFORMATICO S.A-SERVIS

S.A.S Y GRUPO ASESORÍA EN SISTEMATIZACIÓN DE DATOS SOCIEDAD POR ACCIONES SIMPLIFICADA-GRUPO ASD S.A.S. suscribió con el Ministerio de Salud y Protección Social, el 23 de diciembre de 2011, el Contrato de Consultoría No. 055, cuyo objeto es, según la cláusula primera es: *“Realizar la auditoría en salud, jurídica y financiera de las reclamaciones por los beneficios con cargo a la Subcuenta de eventos catastróficos y accidentes de tránsito-ECAT y las solicitudes de recobro por beneficios extraordinarios no incluidos en el plan general de beneficios explícitos, ordenados por los Comités Técnico Científicos de las EPS, las juntas Técnicas Científicas de Pares, la Superintendencia Nacional de Salud o los jueces, de acuerdo con lo establecido en la Ley 1438 de 2011, artículos 26, 27 y 126. Igualmente deberá auditar los recobros y reclamaciones que se presenten con fundamento en disposiciones legales anteriores aplicando las normas pertinentes para cada caso.”*

Al tratarse de una actividad minuciosamente regulada, el Contrato de Consultoría No. 055 de 2011 en su cláusula séptima (obligaciones de generales) numeral 1, dispuso como obligación específica la de: *“Auditar las reclamaciones ECAT y recobros por beneficios extraordinarios cumpliendo con todas las obligaciones legales y reglamentarias sobre el funcionamiento del FOSYGA y en particular las obligaciones relacionadas con los requisitos previstos en la normatividad vigente, y los procesos, procedimientos e instrucciones suministradas por el Ministerio o quien haga sus veces y lo estipulado en el Anexo Técnico de este documento”*.

En ese orden de ideas, es preciso señalar que las funciones de la Unión Temporal Nuevo FOSYGA en el Sistema General de Seguridad Social en Salud se circunscriben a la ejecución del objeto contractual antes mencionado.

Como se desprende de lo anteriormente enunciado, en la ejecución del Contrato No. 055 de 2011, la referida Unión Temporal se encuentra estrictamente sometida a la ley, los actos administrativos que regulan la materia y las instrucciones del Ministerio de Salud y Protección Social. En el contrato no se les reconoce discrecionalidad alguna en el ejercicio de la gestión de auditoría.

Igualmente, desde el punto de vista temporal, el contrato establece un período definido de ejecución que materialmente comenzaría con el trámite de la auditoría a los recobros radicados desde **octubre de 2011** (Contrato No. 055 de 2011, cláusula séptima, obligaciones de auditoría, numeral 17), pese a que el acta de inicio del contrato fue suscrita finalizando el mes de diciembre de 2011. En cuanto a la finalización de las labores de auditoría por parte de la Unión Temporal debe señalarse que las últimas reclamaciones ECAT y los recobros auditados fueron aquellas radicadas hasta el **31 de diciembre de 2013**, en virtud de lo dispuesto en la cláusula segunda de la Modificación No. 2 al Contrato de Consultoría No. 055 de 2011, que en su tenor literal reza: *“Modificar el Plazo de ejecución en la cláusula tercera el cual quedará en los siguientes términos: El plazo de ejecución del contrato será hasta el 31 de marzo de 2014, contado a partir de la fecha de la firma del acta de inicio. **No obstante, las labores de auditoría sobre recobros NO POS y reclamaciones ECAT se ejecutarán únicamente respecto de los recobros y reclamaciones radicadas hasta el 31 de diciembre de 2013, sin perjuicio del reconocimiento y pago de las comisiones fijas a favor del contratista a las que haya lugar por el periodo comprendido entre el 1º de enero y el 31 de marzo del mismo año. Se exceptúa de las labores de auditoría, los recobros NO POS radicados por el proceso ordinario durante el mes de diciembre de 2013, a través de los formatos MYT-01 y MYT-02.”*** (Negrilla fuera de texto original).

Por último, se precisa que si bien es cierto el Contrato de Consultoría No. 055 de 2011, fue prorrogado hasta el 31 de diciembre de 2014 (Prórroga No. 1 y No. 2), dicha prórroga se circunscribía a las prestaciones asociadas y requeridas para la efectiva y oportuna ejecución del proceso de reintegro de recursos reconocidos y/o apropiados sin justa causa, según consta en el documento contentivo de la Prórroga No. 2; se reitera que de acuerdo con la Modificación No. 2 al Contrato de Consultoría No. 055 de 2011, la Unión Temporal Nuevo FOSYGA sólo ejerció sus labores de auditoría respecto de las reclamaciones y cobros radicados hasta el 31 de diciembre de 2013 y fue liquidado el 29 de julio de 2016, según consta en el Acta de liquidación Bilateral y en la Certificación expedida el 16 de agosto de 2016, cuyas copias se adjuntan a la presente contestación.

3.3. DE LA COBERTURA DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD Y EL DERECHO AL RECOBRO DE LAS ENTIDADES PROMOTORAS DE SALUD – EPS.

En cuanto a la cobertura se estableció en el artículo 156 de la Ley 100 de 1993, que todos los afiliados al Sistema General de Seguridad Social en Salud “*recibirán un Plan Integral de protección de la salud, con atención preventiva, médico-quirúrgica y medicamentos esenciales que será denominado Plan Obligatorio de Salud*” y el suministro de este plan está a cargo de las Entidades Promotoras de Salud-EPS.

Dicho plan se refiere a un conjunto básico de servicios, procedimientos, medicamentos, intervenciones para la atención de toda y cualquier condición de salud, enfermedad o patología a que tienen derecho los afiliados sin importar el régimen al que pertenezcan.

De acuerdo con lo previsto en el artículo 182 de La Ley 100 de 1993, para la organización y garantía de la prestación de los servicios incluidos en el Plan de Salud Obligatorio (POS) para cada afiliado, el Sistema General de Seguridad Social en Salud reconoce a cada Entidad Promotora de Salud un valor per cápita que se denomina **Unidad de Pago por Capitación – UPC**, la cual se establece en función del perfil epidemiológico de la población relevante, de los riesgos cubiertos y de los costos de prestación de servicios en condiciones medias de calidad, tecnología y hotelería.

La UPC tiene dos características: un valor de aseguramiento y un monto calculado del valor de los servicios que da derecho al usuario a recibir la atención en salud que requiera dentro de los parámetros definidos en el Plan Obligatorio de Salud – POS independientemente de su capacidad económica y de su aporte al sistema.

La Unidad de Pago por Capitación es en últimas el reconocimiento de los costos que acarrea la puesta en ejecución del Plan Obligatorio de Salud por parte de las EPS, es decir, que su objetivo fundamental es financiar en su totalidad la ejecución del POS⁴.

La definición y actualización de la UPC inicialmente estaba a cargo del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, posteriormente, en virtud de lo dispuesto en la Ley 1122 de 2007 dicha tarea se asignó a la Comisión de Regulación en Salud (CRES) y luego con ocasión de la expedición del Decreto 2560 de 2012, esta última comisión fue liquidada y sus funciones fueron trasladadas al Ministerio de Salud y Protección Social. A continuación, se relacionan las diferentes normas que han contemplado el plan obligatorio de salud y los planes de beneficios:

⁴ Corte Constitucional Sentencia C – 824 de 2004 MP. Rodrigo Uprimny Yepes

NORMA	AUTORIDAD QUE LA EXPIDIÓ
Resolución 5261 del 5 de agosto de 1994 "Por la cual se establece el Manual de Actividades, Intervenciones y Procedimientos del Plan Obligatorio de Salud en el Sistema General de Seguridad Social en Salud."	Ministerio de Salud en virtud del plan obligatorio de Salud expedido por el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud
Acuerdo 228 de 2002 "Por medio del cual se actualiza el Manual de Medicamentos del Plan Obligatorio de Salud y se dictan otras disposiciones."	El Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud
Acuerdo 236 del 22 de octubre de 2002 "Por el cual se modifica parcialmente el Acuerdo 228 del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud"	El Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud
Acuerdo 282 del 22 de diciembre de 2004 "Por el cual se fija el valor de la Unidad de Pago por Capitación del Plan Obligatorio de Salud de los Regímenes Contributivo y Subsidiado para el año 2005 y se dictan otras disposiciones"	El Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud
Acuerdo 380 del 14 de diciembre de 2007 "Por medio del cual se incluyen medicamentos anticonceptivos hormonales y el condón masculino en el Plan Obligatorio de Salud del Régimen Contributivo y del Régimen Subsidiado"	El Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud
Acuerdo 008 del 29 de diciembre de 2009 "Por el cual se aclaran y actualizan integralmente los Planes Obligatorios de Salud de los Regímenes Contributivo y Subsidiado"	La Comisión de Regulación en Salud
Acuerdo 014 del 8 de abril de 2010 "Por el cual se corrigen algunos yerros en el Acuerdo 008 de 2009"	La Comisión de Regulación en Salud
Acuerdo 017 del 11 de octubre de 2010 "Por el cual se aclara el nombre de un medicamento contenido en el Plan Obligatorio de Salud"	La Comisión de Regulación en Salud
Acuerdo 21 del 15 de febrero de 2011 "Por el cual se amplían unas concentraciones de algunos medicamentos contenidos en el Plan Obligatorio de Salud dispuesto por el Acuerdo 008 de 2009 de la CRES"	La Comisión de Regulación en Salud
Acuerdo 25 del 24 de mayo de 2011 "Por el cual se realizan unas inclusiones en el Plan Obligatorio de Salud de los Regímenes Contributivo y Subsidiado"	La Comisión de Regulación en Salud
Acuerdo 029 del 28 de diciembre de 2011 "Por el cual se sustituye el Acuerdo 028 de 2011 que define, aclara y actualiza integralmente el Plan Obligatorio de Salud"	La Comisión de Regulación en Salud
Acuerdo 031 del 3 de mayo de 2012 "Por el cual se agrupa por ciclos vitales el contenido de las coberturas del Plan Obligatorio de Salud para los niños y niñas menores de 18 años contenido en el Acuerdo número 29 de 2011"	La Comisión de Regulación en Salud
Acuerdo 034 del 4 de octubre de 2012 "Por el cual se da cumplimiento a la Sentencia T-627 de 2012 proferida por la Honorable Corte Constitucional y en consecuencia se hace una inclusión en el Plan Obligatorio de Salud de los Regímenes Contributivo y Subsidiado."	La Comisión de Regulación en Salud
Resolución 5221 del 27 de diciembre de 2013 "Por la cual se define, aclara y actualiza integralmente el Plan Obligatorio de Salud (POS)"	El Ministerio de Salud y Protección Social
Resolución 5926 del 23 de diciembre de 2014 "Por la cual se ajusta el Anexo número 01 de la Resolución número 5521 de 2013"	El Ministerio de Salud y Protección Social
Resolución 5592 del 24 de diciembre de 2015 "Por la cual se actualiza integralmente el Plan de Beneficios en Salud con cargo a la Unidad de Pago por Capitación-UPC del Sistema General de Seguridad Social en Salud — SGSSS y se dictan otras disposiciones"	El Ministerio de Salud y Protección Social
Resolución 01 del 4 de enero de 2016 "Por la cual se corrige la Resolución 5592 de 2015"	El Ministerio de Salud y Protección Social
Resolución 6408 del 26 de diciembre de 2016 "Por la cual se modifica el Plan de Beneficios en Salud con cargo a la Unidad de Pago por Capitación (UPC) "	El Ministerio de Salud y Protección Social
Resolución 5269 del 22 de diciembre de 2017 "Por la cual se actualiza integralmente el Plan de Beneficios en Salud con cargo a la Unidad de Pago por Capitación (UPC)"	El Ministerio de Salud y Protección Social
Resolución 5857 del 26 de diciembre de 2018 "Por la cual se actualiza integralmente el Plan de Beneficios en Salud con cargo a la Unidad de Pago por Capitación (UPC)"	El Ministerio de Salud y Protección Social
Resolución 3512 del 26 de diciembre de 2019 "Por la cual se actualizan los servicios y tecnologías de salud financiados con recursos de la Unidad de Pago por Capitación (UPC)"	El Ministerio de Salud y Protección Social

Como se expresó en acápite precedentes, el Plan de Beneficios en Salud-PBS no es un listado taxativo y así lo reconoció la Honorable Corte Constitucional a través de la sentencia hito T-760 de 2008, criterio que se ha reiterado por esa Corporación en diversos pronunciamientos, algunos de ellos ya referidos:

“Las inclusiones y exclusiones del POS deben ser interpretadas conforme a un criterio finalista, relacionado con la recuperación de la salud del interesado y el principio de integralidad.⁵ La aplicación concreta de este criterio se ha orientado a señalar que en los casos en los que un procedimiento, tratamiento o actividad se encuentra incluido en el POS hay que entender que también lo están, de conformidad con el principio de integralidad, los implementos y demás servicios de salud necesarios para su realización de tal forma que cumpla su finalidad de lograr la recuperación de la salud.⁶ Sobre la justificación de este criterio a la luz del derecho a la salud señaló la Corte: “El derecho a la salud, en los términos de la Observación General N°14 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, se entiende como el derecho al máximo nivel posible de salud que le permita vivir dignamente. Lo anterior supone una clara orientación finalista de este derecho, lo que impone la adopción del mismo criterio para efectos de interpretar las disposiciones que regulan la materia. (...) Si se busca garantizar el mayor nivel de salud posible, autorizar un procedimiento implica autorizar los elementos requeridos para realizar el procedimiento, salvo que sea expresamente excluido uno de tales elementos.” (Negrilla fuera de texto original).

Este criterio ha sido reiterado en sentencias como la T-597 de 2016, en la que frente al principio de integralidad del sistema de salud se señaló:

“5.1. Con relación al principio de integralidad en materia de salud, esta Corporación ha estudiado el tema bajo dos perspectivas, la primera, relativa al concepto mismo de salud y sus dimensiones y, la segunda, a la totalidad de las prestaciones pretendidas o requeridas para el tratamiento y mejoría de las condiciones de salud y de la calidad de vida de las personas afectadas por diversas dolencias o enfermedades [15].

Así las cosas, esta segunda perspectiva del principio de integralidad constituye una obligación para el Estado y para las entidades encargadas de brindar el servicio de salud pues les obliga a prestarlo de manera eficiente, lo cual incluye la autorización total de los tratamientos, medicamentos, intervenciones, terapias, procedimientos, exámenes, controles, seguimientos y demás que el paciente requiera y que sean considerados como necesarios por su médico tratante.”

A su vez, en consideración a lo previsto en el artículo 177 de la Ley 100 de 1993, las Entidades Promotoras de Salud tienen como función principal organizar y garantizar la prestación del Plan Obligatorio de Salud a sus afiliados.

⁵ En la sentencia T-941 de 2000 (MP Alejandro Martínez Caballero), la Corte estudió la acción de tutela ejercida contra una IPS, por negarse a suministrar las prótesis ortopédicas requeridas por el actor, para recuperar la función motriz perdida tras la amputación de sus extremidades inferiores. En dicha oportunidad, esta Corporación consideró que el amparo procede no solamente cuando la vida del demandante se encuentre en grave peligro, sino también cuando la vida digna del ciudadano se verá seriamente lesionada. Se planteó, así mismo, el problema hermenéutico respecto de la inclusión o no de las prótesis en el POS. Concluyó el alto Tribunal que las prótesis de extremidades inferiores estaban incluidas en el plan, por cuanto su finalidad es complementar la capacidad física del paciente. En este caso se realizó una aplicación amplia de este criterio de interpretación.

⁶ Algunos casos en los cuales se ha aplicado este criterio: T-221 de 2004 (MP Eduardo Montealegre Lynett), en la cual se estudiaba el caso de una persona de la tercera edad a quien le habían ordenado un trasplante de Córnea, procedimiento que se encuentra incluido en el POS, para cuya práctica requería un examen de tejido corneal, el cual no se encuentra expresamente incluido, la Corte señaló: “Que el procedimiento de trasplante de córnea esté expresamente incluido, implica que todos los implementos necesarios para su realización también lo están. Por la razón anterior, mal puede decirse que el tejido corneal, imprescindible para la realización de la cirugía puede ser funcionalmente excluido del “procedimiento” como un todo”. Ver también Sentencia T-859 de 2003 (MP Eduardo Montealegre Lynett) y Sentencia T-860 de 2003 (MP Eduardo Montealegre Lynett). Un grupo de casos importante en la aplicación de este criterio es el del lente intraocular en la cirugía de cataratas, en muchas ocasiones las EPS han autorizado la cirugía de cataratas pero han negado el lente intraocular, necesario para la misma, por considerar que no se encuentra expresamente incluido en el artículo 12 de la Resolución 5261 de 1994 como una prótesis, sin embargo, en la misma resolución bajo el código 02905 aparece el procedimiento “Extracción catarata más lente intraocular”. La Corte ha afirmado que si bien no se encuentra incluido expresamente en el artículo 12, si se incluye en el POS y debe ser por tanto suministrado en aplicación de un criterio finalista, se trata de una prevalencia de las inclusiones particulares sobre las exclusiones generales. Sentencias en las cuales se ha decidido así: Sentencia T-1081 de 2001 (MP Marco Gerardo Monroy Cabra) T-852 de 2003 (MP Álvaro Tafur Galvis); T-007 de 2004 (MP Marco Gerardo Monroy Cabra). Con todo, hay que reconocer que en algunos casos la Corte ha ordenado el suministro del lente intraocular como si estuviera excluido del POS.

En el esquema de aseguramiento para la financiación de los servicios de salud, las EPS como actoras directas del Sistema General de Seguridad Social, tienen el deber de garantizar la integridad en la prestación de los servicios de salud de sus afiliados, teniendo la posibilidad de recuperar los costos en que incurren al prestar el servicio de salud no incluido en el Plan Obligatorio de Salud POS ante el Fondo de Solidaridad y Garantía, **siempre y cuando la solicitud cumpla con todos los requisitos establecidos en la normatividad que regula el procedimiento de recobros ante el FOSYGA hoy ADRES.**

La Seguridad Social en materia de Salud es un servicio público que se encuentra a cargo del Estado, por lo que le corresponde a este desarrollar las labores de dirección, coordinación y control, **garantizando la protección en el destino de los recursos**, de esta forma, ha diseñado una estricta y adecuada regulación en materia de recobros, entendida esta figura como la posibilidad que tiene la EPS para recuperar los costos en que incurrió al prestar el servicio de salud no incluido en el Plan Obligatorio de Salud POS ante el FOSYGA (hoy ADRES), regulación que deben cumplir estas entidades para obtener su respectivo pago, **siempre y cuando lo recobrado obedezca a prestaciones de servicios de salud que no se encuentren incluidos en el POS y además, se dé cumplimiento a los requisitos allí establecidos, los cuales obedecen a exigencias indispensables para la acreditación de la prestación del servicio, lo que asegura la correcta destinación de dichos recursos.**

En conclusión, la entidad tiene derecho a recobrar aquellos insumos, medicamentos, servicios o tecnologías en salud no cubiertos por el Plan Obligatorio de Salud, sin embargo, para obtener su correspondiente pago debe agotar el procedimiento legal que permita auditar y verificar las cuentas y determinar la procedencia del pago, trámite que tiene como objetivo garantizar la correcta y debida destinación de los recursos de la salud.

3.4. DE LOS REQUISITOS NORMATIVOS PARA LA PRESENTACIÓN DE RECOBROS ANTE EL ENTONCES FOSYGA

En efecto el derecho a recobrar está previsto en la legislación, pero su procedencia se encuentra condicionada al cumplimiento de requisitos allí establecidos por parte de las solicitudes que se hicieran en tal sentido ante el entonces FOSYGA y a su vez a estas disposiciones se sometía la gestión de auditoría realizada por mis representadas.

Respecto de las resoluciones que reglamentan el tema de los requisitos que deben cumplir los recobros para ser presentados ante el mencionado fondo, el Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera dentro de la acción popular 25000-23-25-000-2005-00355-01 Consejero Ponente Enrique Gil Botero de febrero 21 de 2007, manifestó:

“Sobre las imputaciones de corrupción, derivadas de una supuesta tramitomanía y, por ende, de la violación al decreto 2150 de 1995, concluyó que son inaceptables, porque un argumento en tal sentido debió ser denunciado ante las autoridades respectivas. Para reforzar el planteamiento indicó:

“Debe precisarse, en todo caso, que la circunstancia de haberse expedido el decreto 2150 de 1995, en nada impide la fijación de las condiciones y requisitos que acorde con la ley resulten indispensables, más aún si se trata de reconocimientos de carácter económico que se financian con recursos de la seguridad social y que por lo tanto deben estar salvaguardados en cuanto a su correcta destinación, con mayor razón si se tiene en cuenta que las regulaciones, procedimientos y trámites innecesarios que se suprimen y/o reformaron, fueron los expresamente dispuestos en el precitado decreto ley y en ninguna parte del mismo se dispuso la supresión de trámites y procedimientos relativos al

reconocimiento de prestaciones económicas y obligaciones propias de la seguridad social como para pensar que no resulte procedente establecer las condiciones indispensables para el pago en debida forma de este tipo de obligaciones como lo hace la resolución 3797 de 2004"

En este orden de ideas, el Ministerio de Salud y Protección Social en ejercicio de su facultades legales y en procura de mantener la incolumidad de los recursos públicos de la salud, establece los requisitos que deben cumplir las solicitudes de recobro que se presentan al FOSYGA; pues con arreglo a lo expresado por el Consejo de Estado en la jurisprudencia citada, **tratándose de reconocimientos económicos con cargo a recursos públicos, indispensablemente deben existir condiciones y requisitos para acceder a los mismos, máxime tratándose de recursos de la seguridad social en salud.**

Los recobros deben cumplir una serie de requisitos establecidos en la normativa vigente los cuales son verificados en un proceso de auditoría en salud, jurídica y financiera, para establecer la viabilidad de pago y así evitar pagos o reconocimientos indebidos con cargo a los recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud y un detrimento patrimonial del Estado.

El Decreto Ley 1281 de 2002, contiene normas dirigidas precisamente a garantizar que los reconocimientos a que hubiere lugar con cargo a los recursos del FOSYGA sean tramitados en debida forma, con la documentación e información soporte y directrices que establezca el Ministerio de Salud y Protección Social y en general previo el cumplimiento de unas condiciones específicas tendientes a evitar fraudes y pagos indebidos, y lo consagra en los siguientes términos:

“ARTÍCULO 15. PROTECCIÓN DE LOS RECURSOS DEL FOSYGA. Sin perjuicio de las directrices que impartan el Ministerio de Salud y el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, corresponde al administrador fiduciario del FOSYGA adoptar todos los mecanismos a su alcance y proponer al Ministerio de Salud y al Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud los que considere indispensables para proteger debidamente los recursos del FOSYGA, con el fin de evitar fraudes y pagos indebidos.

En los trámites de cobro o reclamación ante el FOSYGA no se aceptarán intermediarios, salvo los casos de poder debidamente otorgado y reconocido a profesionales del derecho. Los giros o pagos siempre se efectuarán directamente al beneficiario debidamente identificado, localizado y, en lo posible, a través de cuentas a nombre de éstos en entidades vigiladas por el Superintendencia Bancaria.

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

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

Las condiciones para el recobro estandarizan un mínimo de requisitos con los cuales se pueden determinar características que le den viabilidad al recobro como la obligación de pago por el FOSYGA (hoy ADRES), su pertinencia y otra serie de aspectos que permiten dar concepto favorable de auditoría, que no afecte los recursos del sistema haciendo pagos indebidos.

En por ello que la presentación de un recobro en si misma no otorga derechos, es una mera expectativa, habida cuenta que los recobros se presentan mediante el diligenciamiento de un formulario, acompañado de los soportes exigidos y bajo la normatividad vigente, para posteriormente proceder a realizar la auditoría en salud, jurídica y financiera.

Así pues, la Unión Temporal FOSYGA 2014 conformada por mis representadas no podía aprobar recobros y reclamaciones que no se presentaran con el lleno de requisitos dispuestos en la normatividad vigente, los parámetros dispuestos por el Ministerio de Salud y demás autoridades. Contrario a ser exigencias autoritarias, tenían como finalidad la protección de los recursos del sistema general de salud que puede resultar afectado con prácticas defraudatorias que atacan su sostenibilidad.

Es de anotar que la misma Corte Constitucional en el Auto 263 de 2012 reconoció actos que atentan contra los recursos de salud señalando que se necesita un esfuerzo conjunto de las autoridades para contrarrestar estas actuaciones. En este sentido el Ministerio de Salud y Protección Social al proferir la normativa pertinente y que enmarca el actuar de mis representadas busca disminuir situaciones de abuso, malversación de recursos del sistema, sustracción de medicamentos, entre otros. En dicha providencia la Corte hizo referencia específica al sistema de recobros indicando:

*3.6.1. En relación con las prácticas defraudatorias que desangran el sistema, la Defensoría del Pueblo puso en conocimiento en la respuesta al Auto 247 de 2010, que en sus estudios ha encontrado que **el 53,38% de las acciones de tutela impetradas en el país corresponden a servicios incluidos en el plan de beneficios**; clarificando que de aquel porcentaje el 85,51% requieren servicios POS del régimen contributivo y del régimen subsidiado el 14,49%. **Ello conlleva que una cantidad significativa de los recobros autorizados por vía de tutela, constituyan un pago de lo no debido, como quiera que, si estos servicios son POS, ya fueron financiados por la UPC y, en consecuencia, el Estado está pagando dos veces por una misma prestación.***

Igualmente, fue indicado por la Procuraduría General:

“Si estos servicios prestados bajo el amparo de las tutelas efectivamente se han pagado quiere decir que el sistema está haciendo un doble pago al estar incorporados en el cálculo de la UPC. Esto se presta para un comportamiento oportunista de extracción de rentas ante la baja capacidad del Fosyga para auditar los recobros que le hacen los aseguradores del sistema.”^[27]

*... Igualmente, la Superintendencia de Salud ha evidenciado irregularidades en el trámite de los recobros de medicamentos no POS y fallos de tutela, además, que la base de datos de recobros no está actualizada, tiene inconsistencias y no existe integralidad en la misma. Finalmente, **en relación con los servicios ordenados por vía de tutela, encontró que, de una muestra de 182 solicitudes, el 54,9% estaban incluidos en el POS** [29].*

... 3.6.2. Sumado a ello, la Sala resalta las intervenciones surtidas en la Audiencia Pública del pasado 10 de mayo, en lo que respecta al tema de corrupción en el sistema de recobros. Sobre el particular, diversos citados comentaron:

- i. La Contraloría General de la República señaló que el sistema tampoco tiene el mínimo aseguramiento, la mínima capacidad de verificar que no se están cometiendo grandes defraudaciones.*
- ii. El Consorcio SAYP 2011 adujo que **se han encontrado recobros que han sido pagados varias veces, y una serie de inconformidades, por ejemplo, recobros que eran del régimen subsidiado y se estaban haciendo al régimen contributivo; errores en el diligenciamiento; se hallaron repetitivamente***

recobros que se habían aceptado de medicamentos o servicios que siendo POS y se estaban pagando como NO POS.

También **hay recobros falsos**; en una auditoría contable forense a una EPS intervenida, se detectaron unos presuntos recobros falsos presentados a la Fiscalía con todas las cuentas y con todo el rastreo, cuando ni siquiera se le presentaron al Fosyga, ni a la entidad territorial, hay que mirar por qué razón.

- iii. Según informó la Superintendencia de Industria y Comercio, **hay hallazgos de miles de personas a quienes les fueron suministrados medicamentos sin que mediara ninguna orden médica o sin que hubieran accedido a servicio de salud alguno**, lo que representó un valor de 46.000 millones de pesos aproximadamente.

El análisis detallado de los 20 medicamentos de mayor incremento para cada una de las EPS demostró que la dosis suministrada a los afiliados por las EPS excedía las dosis permitidas para cada medicamento, resultando tóxicas.

Además, llamó la atención acerca de las grandes diferencias de precios entre las EPS. Dichas inconsistencias, impidieron a la CRES definir el valor de la UPC del año 2011, razón por la cual se ajustó la prima del presente año con base en la inflación en el sector salud, es decir, por un 4.25%.

- iv. Al tenor de lo manifestado por la Defensoría del Pueblo, las desviaciones de los recursos de la salud implican desde luego, que estos recursos se agoten y en consecuencia, los servicios que las EPS deben prestarle a los colombianos para garantizarles el derecho fundamental a la salud se dilaten, se nieguen, como ha venido ocurriendo con tanta frecuencia, con el argumento, entre otros, de que no hay suficientes recursos en el sistema.

Las situaciones antes descritas permiten evidenciar que la no aprobación de los recobros que ya fueron pagados con la UPC, o donde no se identifica el usuario del servicio, o aquellos que no aportan el soporte de los servicios prestados, por citar algunos ejemplos, no constituyen decisiones arbitrarias sino que por el contrario, buscan resguardar los recursos del sistema, evitando que se realicen dobles pagos o pagos de lo no debido, de manera que en ningún momento se pueden tomar como actos que generan un daño patrimonial, pues la auditoría en salud, jurídica y financiera esta revestida de legalidad.

Adicionalmente, el proceso para el reconocimiento y pago de recobros y reclamaciones de las tecnologías en salud no incluidas en el plan de beneficios autorizados por el Comité Técnico – Científico u ordenados por fallos de tutela y radicadas ante el Fondo de Solidaridad y Garantía – FOSYGA, se encuentra reglamentado por resoluciones que evidencian la traza que debe realizar el recobro y/o la reclamación ante el Fondo de Solidaridad y Garantía – FOSYGA, para que se efectúe su reconocimiento y pago.

La presente demanda involucra, recobros que fueron radicados en mecanismo ordinario, y se auditaron en vigencia de la **Resolución 3099 de 2008**, la cual establecía las etapas del proceso de verificación y control de solicitudes de recobro, en resumen de la siguiente forma:

-Verificación y actualización de datos: El Administrador Fiduciario del FOSYGA encargado y la firma responsable de la Auditoría en salud, jurídica y financiera de los recobros, deben verificar y actualizar los datos de las entidades recobrantes solicitados como requisito para la radicación de los recobros.

-Radicación: la firma responsable de la Auditoría en salud, jurídica y financiera realiza la recepción, validación, preparación y digitalización de los soportes del recobro por tecnologías en salud NO POS, presentados por las entidades recobrantes, de acuerdo con las fechas señaladas por la normativa vigente.

- Auditoría en salud, jurídica y financiera: La etapa de la auditoría comprende la verificación de los requisitos desde el punto de vista médico, jurídico y financiero, en dicho proceso se comprueban los requisitos exigidos por la normativa vigente, como por ejemplo: revisión del acta del CTC, validación de la factura, verificación de la cobertura del plan de beneficios vigente para las fechas de prestación del servicio, identificación de los valores recobrados y, cruces de información con distintas bases de datos. Cuando se trata de tecnologías en salud NO POS ordenados por fallos de tutela, la auditoría jurídica verifica adicionalmente aspectos como: la información contenida en el fallo y la coherencia entre lo recobrado y lo ordenado.

En los eventos en que existe un error, inconsistencia o ausencia de alguno de los documentos o requisitos se imponen glosas a la solicitud de recobros.

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

Es necesario resaltar que el resultado favorable de la auditoría depende en gran parte, por no decir en su totalidad, de la entidad recobrante, es decir, bajo su responsabilidad se encuentra el cumplimiento de los requisitos normativos, así como la consistencia y veracidad de los documentos que soportan la solicitud (formularios).

Así las cosas, la conducta de la entidad demandante al presentar los recobros sin el lleno de requisitos exigidos por la normatividad sobre el tema, fue la que originó la imposición de las glosas, por lo cual no se puede atribuir responsabilidad alguna a las entidades demandadas.

Igualmente, es importante destacar que la normatividad contempla la posibilidad de objetar la auditoría en salud, jurídica y financiera por parte de la entidad recobrante, una vez se sea comunicado el resultado de la misma, con el fin de que se confirme o modifique su decisión inicial, precisando los argumentos que le permitan al auditor evidenciar las razones de la objeción, o anexando, si se requieren, los documentos que subsanan la glosa.

3.5. DE LAS LÍNEAS GENERALES Y OTROS MECANISMOS EXCEPCIONALES PARA LA PRESENTACIÓN DE LOS RECOBROS POR TECNOLOGÍAS EN SALUD NO POS AUTORIZADAS POR EL COMITÉ TÉCNICO CIENTÍFICO U ORDENAS POR FALLOS DE TUTELA

Las distintas normas que regulan el tema de los recobros han previsto como un mecanismo de control previo la auditoría en salud, jurídica y financiera de las solicitudes de recobros por tecnologías en salud no incluidas en POS, para tal efecto, se han establecido diferentes líneas y mecanismos habilitados por el Ministerio de Salud y Protección Social para el reconocimiento y pago de tales solicitudes, las cuales son financiadas con cargo a los recursos del Fondo de Solidaridad y Garantía (FOSYGA).

La auditoría en salud, jurídica y financiera tiene como propósito salvaguardar los recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud, evitando a través de dicho mecanismo que se realicen pagos indebidos o incorrectos con tales recursos.

Las diferentes líneas generales de recobros y mecanismos excepcionales son los siguientes:

a) MYT-01 y MYT-02: Corresponde a los recobros radicados por concepto de tecnologías en Salud NO POS que fueron Autorizadas por el Comité Técnico Científico de la Entidad Recobrante que los presenta (MYT-01) u ordenadas por fallos de tutela (MYT-02).

La normativa general que regula estas líneas de recobros son las vigentes para la fecha de la prestación del servicio, existen normas procedimentales y sustantivas, las cuales se enuncian a continuación:

- Resolución No. 5521 de 2013: Por la cual se define y actualiza integralmente el Plan Obligatorio de Salud (POS).
- Resolución No. 3099 de 2008: 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.
- Resolución No. 5395 de 2013: Por la cual se establece el procedimiento de recobro ante el Fondo de Solidaridad y Garantía (Fosyga) y se dictan otras disposiciones.
- Resolución No. 5926 de 2014: Por la cual se ajusta en Anexo 01 de la Resolución 5521 de 2013
- Resolución 5592 de 2015: Por la cual se actualiza integralmente el Plan de Beneficios en Salud con cargo a la Unidad de Pago por Capitación-UPC del Sistema General de Seguridad Social en Salud —SGSSS y se dictan otras disposiciones.
- Resolución 6408 de 2016: Por la cual se modifica el Plan de Beneficios en Salud con cargo a la Unidad de Pago por Capitación (UPC).
- Resolución 5269 de 2017: Por la cual autoriza integralmente el Plan de Beneficios en Salud con Cargo a la Unidad de Pago por Capitación (UPC)
- Circular 001 de 2013 CNPMDM: Por la cual se aclara el sentido, interpretación y alcance del artículo 2° de la Circular No. 01 del 14 de abril de 2010 de la Comisión Nacional de Medicamentos y Dispositivos Médicos
- Circular 001 de 2014 CNPMDM: Por la cual se incorporan medicamentos al régimen de control directo con fundamento en la metodología de la Circular 03 de 2013 de la Comisión Nacional de Precios de Medicamentos y Dispositivos Médicos y se les fija su precio máximo de venta, se modifica la Circular 07 de 2013 y se dictan otras disposiciones.
- Circular 001 de 2015: Por la cual se interviene en los mercados de dispositivos médicos, se establece un régimen de libertad vigilada para estos productos y se someten unos stents coronario a control directo
- Circular 002 de 2013 CNPMDM: Por la cual se amplía el plazo para el desarrollo de la metodología según lo establecido en el artículo 8 de la Circular 002 de 2011, modificado por el artículo 8 de la Circular 01 de 2012

- Nota Externa 201433100142683 de 2014: Precisiones Resolución 5395 de 2013, Sentencia T-160 de 2008
- Nota Externa 201433200009753 de 2014: Amplía período de radicación de MYT01-02 para el mes de enero de 2014 - Resolución 5395 de 2013
- Nota Externa 201433200009753 de 2014: Amplía período de radicación de MYT01-02 para el mes de enero de 2014 - Resolución 5395 de 2013
- Nota Externa 201433200014303 de 2014: Formatos y Anexos Técnicos para el proceso de verificación, control y pago de solicitudes de Recobro
- Nota Externa 201433200014303 de 2014: Formatos y Anexos Técnicos para el proceso de verificación, control y pago de solicitudes de Recobro
- Nota Externa 201433200040343 de 2014: Amplía período de radicación de MYT01-02 para el mes de enero de 2014 - Resolución 5395 de 2013
- Nota Externa 201433200063693 de 2014: Amplía período de radicación de MYT01-02 para el mes de marzo de 2014 - Resolución 5395 de 2013
- Nota Externa 201433200080743 de 2014: Amplía período de radicación de MYT01-02 para el mes de abril de 2014 - Resolución 5395 de 2013
- Nota Externa 201433200152233 de 2014: Adopción del anexo técnico de Comparadores Administrativos para medicamentos no incluidos en el Plan de Beneficios
- Nota Externa 201433200170103 de 2014: Validaciones excepcionales BDUA radicación mes de julio de 2014
- Nota Externa 201433200174923 de 2014: Ampliación período de recepción de soportes documentales de recobros con validaciones excepcionales BDUA - Radicación mes de julio de 2014
- Nota Externa 201433200179423 de 2014: Precisiones Resolución 5395 de 2013
- Nota Externa 201433200188663 de 2014: Período de radicación agosto de 2014 - Resolución 5395 de 2014
- Nota Externa 201433200207053 de 2014: Período de aplicación Nota Externa 20143320019009 del 01-08-2014
- Nota Externa 201433200208153 de 2014: Conciliación de etapas de pre radicación y radicación del proceso ordinario (MYT 01-02) de Recobros
- Nota Externa 201433200214183 de 2014: Pre radicación de solicitudes de recobros con excepciones de validación de BDUA
- Nota Externa 201433200266343 de 2014: Ampliación período de radicación octubre de 2014 - Resolución 5395 de 2013
- Nota Externa 201433200293623 de 2014: Entrada en vigencia formato de justificación médica de tecnologías en salud ordenadas por fallos de tutela que no sean expresos o

que ordenen tratamiento integral con o sin comparador administrativo y formato de acta de comité técnico científico.

- Nota Externa 201433200296523 de 2014: Lineamientos y criterios técnicos respecto de exclusiones del POS y prestaciones que no pueden ser financiadas con recursos del Sistema General de Seguridad Social en salud (SGSSS)
- Nota Externa 201433200306443 de 2014: Ampliación período para la nueva presentación de recobros con resultados de auditoría integral, Resolución 5395 de 2013
- Nota Externa 201433200308473 de 2014: Ampliación período de radicación de noviembre de 2014, Resolución 5395 de 2013
- Nota Externa 201433200679191 de 2014: Ampliación periodo de radicación mayo de 2014 - Resolución 5395 de 2013
- Nota Externa 201433200849761 de 2014: Ampliación período de pre radicación de Junio 2014 (MYT-01-02). Establece el período de radicación de Glosa administrativa de junio y el período de pre radicación de julio (MYT-01-02)-Resolución 5395 de 2013.
- Nota Externa 201433200849761 de 2014: Ampliación del período de pre radicación Junio de 2014- Resolución 5395 de 2013
- Nota Externa 201433210469851 de 2014: Ajuste estructura de datos para presentación económicas al FOSYGA
- Nota Externa 201533200009313 de 2015: Ampliación período de radicación de enero de 2015
- Oficio No 201433201753111 del 05 de diciembre de 2014: Criterios de Auditoría del Comité de Definición de Criterios y Lineamientos Técnicos para el Reconocimiento de Tecnologías en Salud NO POS
- Acuerdo 008 de 2009: Se corrigen aclaran y actualizan integralmente los Planes Obligatorios de Salud de los Regímenes Contributivo y Subsidiado
- Acuerdo 014 de 2010: Se corrigen aclaran y actualizan integralmente los Planes Obligatorios de Salud de los Regímenes Contributivo y Subsidiado
- Acuerdo 025 de 2011: Por el cual se realizan algunas inclusiones en el Plan Obligatorio de Salud de los Regímenes Contributivo y Subsidiado
- Acuerdo 029 de 2011: Por el cual se sustituye el Acuerdo 028 de 2011 que define, aclara y actualiza integralmente el Plan Obligatorio de Salud
- Acuerdo 032 de 2012: Por el cual se unifican los Planes Obligatorios de Salud de los Regímenes Contributivo y Subsidiado a nivel nacional, para las personas de dieciocho (18) a cincuenta y nueve (59) años y se define la Unidad de Pago por Capitación (UPC), del Régimen Subsidiado.

b) MYT04: Las objeciones a los resultados de la auditoría se realizan a través de esta línea. Las normas aplicables vigentes, entre las cuales se destacan las siguientes:

- Nota Externa 201433200014303 de 2014: Formatos y Anexos Técnicos para el proceso de verificación, control y pago de solicitudes de Recobro
- Nota Externa 201433200089293 de 2014: Amplía período de radicación para el mes de abril de 2014 - MYT-04
- Nota Externa 201433200161573 de 2014: Ampliación periodo para la presentación de objeción a los resultados de auditoría
- Nota Externa 201433200190093 de 2014: Formatos para la presentación de objeción de los resultados de auditoría integral - Artículo 31 de la Resolución 5395 de 2013.
- Nota Externa 201433200271553 de 2014: Ampliación periodo para la presentación de objeción a los resultados de auditoría integral Resolución 5395 de 2013

c) Recobros/Cobros: Corresponde a las solicitudes de recobro/cobro por tecnologías en salud no financiadas con recursos de la UPC o servicios complementarios para la fecha de prestación del servicio al usuario, presentadas por las entidades recobrantes ante la ADRES, para esta línea aplican todas las normas vigentes al momento de la presentación del recobro, entre las cuales se destacan:

- Resolución 3951 de 2016: Por la cual se establece el procedimiento de acceso, reporte de prescripción, suministro, verificación, control, pago y análisis de la información de servicios y tecnologías en salud no cubiertas por el Plan de Beneficios en Salud con cargo a la UPC y se dictan otras disposiciones.
- Resolución 5884 de 2016: Por la cual se modifican los artículos 38, 93 y 94 de la Resolución 3951 de 2016.
- Resolución 532 de 2017: Por la cual se modifica la Resolución número 3951 de 2016, modificada por la Resolución número 5884 de 2016 y se dictan otras disposiciones.
- Resolución 1885 de 2018: Por la cual se establece el procedimiento de acceso, reporte de prescripción, suministro, verificación, control, pago y análisis de la información de tecnologías en salud no financiadas con recursos de la UPC, de servicios complementarios y se dictan otras disposiciones.
- Resolución 848 de 2019: Por la cual se modifica la Resolución 1885 de 2018, en relación con el giro previo de recursos al proceso de auditoría integral y el agrupamiento de solicitudes de recobro/cobro.
- Resolución 1343 de 2019: Por la cual se modifica el artículo 12 de las Resoluciones 1885 y 2438 del 2018 en relación con la prescripción de productos de soporte nutricional a menores de (5) años.
- Resolución 2966 de 2019: Por la cual se modifica el Artículo 97 de la Resolución 1885 de 2018.
- Resolución 205 de 2020: Por la cual se establecen disposiciones en relación con el presupuesto máximo para la gestión y financiación de los servicios y tecnologías en salud no financiados con cargo a la Unidad de Pago por Capitación - UPC y no excluidos de la financiación con recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud - SGSSS, y se adopta la metodología para definir el presupuesto máximo

- Resolución 206 de 2020: Por la cual se fija el presupuesto máximo a transferir a cada Entidad Promotora de Salud de los Regímenes Contributivo y Subsidiado, y Entidad Obligada a Compensar en la vigencia 2020”

c) CONCILIACIONES PREJUDICIALES: Para esta línea aplican todas las normas vigentes al momento de la presentación del recobro, entre las cuales se destacan:

- Ley 1437 de 2011: Por la cual se expide el código de procedimiento administrativo de lo contencioso administrativo
- Decreto 1716 de 2009: Por el cual se reglamenta el artículo 13 de la Ley 1285 de 2009, el artículo 75 de la Ley 446 de 1998 y del Capítulo V de la Ley 640 de 2001
- Resolución 3099 de 2008: 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.
- Resolución 5395 de 2013: Por la cual se establece el procedimiento de recobro ante el Fondo de Solidaridad y Garantía (FOSYGA) y se dictan otras disposiciones
- Nota Externa No. 3993 de 2012: Instructivo para la presentación de recobros y reclamaciones en trámite de conciliación prejudicial

d) DIVERGENCIAS RECURRENTE: Se entiende por divergencias recurrentes las diferencias conceptuales entre más de una entidad recobrante y el Ministerio de Salud y Protección Social - Fondo de Solidaridad y Garantía - FOSYGA, respecto de las glosas que por cualquier causal hayan sido aplicadas a las solicitudes de recobro en más de un período de radicación y aplica para aquellos recobros que hubieren surtido la auditoría integral culminando con estado glosado por considerar que la tecnología en salud se encontraba incluida en el POS. Para este mecanismo excepcional aplican en especial las siguientes normas:

- Decreto No. 1865 de 2012: Por el cual se reglamenta el artículo 122 del decreto- ley 019 de 2012
- Decreto No. 2555 de 2012: Por el cual se modifican los artículos 4° del Decreto número 1377 de 2012 y 3° del Decreto número 1865 del mismo año.
- Resolución 2977 de 2012: Por la cual se definen los términos, requisitos, formatos y períodos de radicación de que trata el artículo 5o del Decreto número 1865 de 2012
- Resolución 3318 de 2012: Por la cual se corrige un yerro en el párrafo 1o del artículo 5o de la Resolución 2977 de 2012
- Resolución 3778 de 2013: Por la cual se modifica la Resolución 2977 de 2012, modificada por la Resolución número 4251 de 2012 y se dictan otras disposiciones
- Resolución 4251 de 2012: Por la cual se modifica el artículo 4° de la Resolución número 2977 de 2012 y se dictan otras disposiciones



-Resolución No. 5648 de 2014: Por la cual se establece el giro previo en el mecanismo especial de recobros por divergencias recurrentes

-Nota Externa 201433200100153 de 2014: Precisiones para efectos de la presentación de los recobros por concepto Divergencias Recurrentes

-Nota Externa 201433200140123 de 2014: Período de radicación de julio (14-31) de Divergencias Recurrentes

-Nota Externa 201433200296233 de 2014: Período de radicación, Divergencias recurrentes Exclusiones del POS y prestaciones no financiadas con Recursos del SGSSS

-Nota Externa 201433200296573 de 2014: Período de radicación de divergencias recurrentes

-Nota Externa 201433200325243 de 2014: Período de radicación- Divergencias recurrentes

-Nota Externa 201533200002583 de 2015: Giro previo Divergencias recurrentes - Resolución 5648 de 2014.

-Nota Externa 201533200021483 de 2015: Período de radicación - Divergencias recurrentes.

-Nota Externa 201433200083073 de 2014: Período de Radicación de mayo de 2014 - Divergencias Recurrentes.

e) GLOSA ADMINISTRATIVA: La glosa administrativa es la impuesta por la ausencia de requisitos de forma en los soportes y formatos de las reclamaciones presentadas ante el FOSYGA, esto es, aquellos requisitos que no afectan la certeza sobre la prestación del servicio o el responsable del pago. Las normas que regulan este mecanismo excepcional son las siguientes:

-Ley No. 1608 de 2013: Por medio de la cual se adoptan medidas para mejorar la liquidez y el uso de algunos recursos del Sector Salud.

-Decreto No. 347 de 2013: Por el cual se reglamenta el inciso 4° del artículo 11 de la Ley 1608 de 2013

-Resolución No. 4652 de 2014: Por la cual se establece un nuevo periodo para la radicación de los recobros y reclamaciones con glosa de carácter administrativo, notificada antes de la entrada en vigencia de la Ley 1608 de 2013 y se establecen disposiciones para su reconocimiento y pago.

-Resolución No. 5394 de 2013: Por la cual se modifica la Resolución 832 de 2013, que trata de la glosa de carácter administrativo y amplía el plazo de radicación hasta el mes de junio del año 2014

-Resolución No. 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

-Nota Externa No. 201333200184293: Firma de certificaciones para la presentación de recobros y reclamaciones en virtud del mecanismo dispuesto en la Resolución 832 de 2013.



-Nota Externa No. 201433200849761: Ampliación período de pre-radicación de junio 2014 (MYT-01-02). Establece el período de radicación de Glosa administrativa de junio y el período de pre-radicación de julio (MYT-01-02)-Resolución 5395 de 2013.

f) GLOSA DE EXTEMPORANEIDAD Y ARTÍCULO 112 DE LA LEY 1737 DE 2014: El propósito de este mecanismo fue establecer unos requisitos para el trámite de reconocimiento y pago de los recobros y/o reclamaciones que ya hubiesen sido auditados por parte del Ministerio de Salud y Protección Social, cuya única glosa aplicada en el proceso de auditoría integral haya sido la glosa de extemporaneidad siempre y cuando la acción judicial no hubiese caducado. Las normas especiales aplicables a este mecanismo excepcional son las que se detallan a continuación:

-Resolución No. 2940 de 2015: Por la cual se modifica la Resolución 1446 de 2015, en relación con los documentos para radicar recobros o reclamaciones, la medida de giro previo y los plazos para llevar a cabo la nueva auditoría integral y el pago.

-Resolución No. 1446 de 2015: Por la cual se establecen los requisitos para el reconocimiento y pago de los recobros y reclamaciones en virtud en los dispuesto en el artículo 112 de la ley 1737 de 2014

-Nota Externa No. 201533200118933: Periodo de radicación Recobros / Reclamaciones con Glosa Única de Extemporaneidad Artículo 112 Ley 1737 de 2014

-Nota Externa No. 201533200215903: Periodo de radicación Recobros / Reclamaciones con Glosa Única de Extemporaneidad Artículo 112 Ley 1737 de 2014

g) GLOSA TRANSVERSAL: Este mecanismo fue desarrollado en virtud de lo dispuesto en el literal c del artículo 73 de la Ley 1753 de 2015 y su propósito fue establecer los términos, formatos y requisitos para el trámite del reconocimiento y pago de los recobros y/o reclamaciones que hubiesen sido glosados por el FOSYGA y sobre los cuales no hubiese operado el término de caducidad de la acción legal que corresponda, en este mecanismo sólo se exige para el reconocimiento y pago de los recobros y/o reclamaciones, los requisitos esenciales que demuestren la existencia de la respectiva obligación, los cuales fueron determinados por el Ministerio de Salud y Protección Social.

Aunado a lo anterior, debe advertirse que los recursos de los recobros aprobados a través de este mecanismo se giran directamente a las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud y además haya lugar al reconocimiento de intereses moratorios por las solicitudes que se presenten bajo este mecanismo.

Las normas especiales aplicables a este mecanismo excepcional son las que se detallan a continuación:

-Ley 1753 de 2015. Por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018

-Resolución 4244 de 2015. Por la cual se establecen los términos, formatos y requisitos para el reconocimiento y pago de los recobros y las reclamaciones en virtud de lo dispuesto en el literal c) del artículo 73 de la Ley 1753 de 2015.

-Nota Externa No. 201733200149353: Presentación de Solicitudes de Recobros por Glosa Transversal

-Nota Externa No. 201733200087993: Periodo de radicación Recobros por Glosa Transversal Oficio No 201433201753111 del 05 de diciembre de 2014: Criterios de

Auditoría del Comité de Definición de Criterios y Lineamientos Técnicos para el Reconocimiento de Tecnologías en Salud NO POS.

De conformidad con lo anterior, es preciso señalar que cada línea general de recobro o mecanismo habilitado por el Ministerio de Salud y Protección Social para el reconocimiento y pago de las tecnologías en salud NO POS, tiene su propias normas y por ende requisitos sustanciales y formales diferentes; además de contar con un procedimiento independiente por línea el cual se encuentra detallado en el “Manual de Operación del Proceso Integral de Recobros por Beneficios Extraordinarios al Plan Obligatorio de Salud”.

En ese orden de ideas, cada auditoría tiene su propia normatividad y procedimiento, por lo tanto, los documentos que se exigen como requisitos para su aprobación pueden variar entre uno y otro mecanismo, aunado al hecho que los documentos son aportados por las entidades recobrantes para cada una de las auditorías. En conclusión, cada auditoría es diferente e independiente y puede ser realizada por distintas firmas auditoras de acuerdo con la fecha de radicación de los recobros.

Cabe anotar que por cada línea o mecanismo de prestación de recobros se asigna un número de radicado FOSYGA para la identificación del recobro y realización de la auditoría en salud, jurídica y financiera, excepto en las líneas MYT01 – 02 Y MYT04, las cuales comparten la misma asignación numérica de radicado FOSYGA.

3.6. DEL RESULTADO DE LA AUDITORÍA EN SALUD, JURÍDICA Y FINANCIERA DE LOS RECOBROS OBJETO DE LA PRESENTE LITIS

La presente demanda de acuerdo con los hechos y pretensiones involucra **16 recobros, frente a los cuales** se debe reiterar que la Unión Temporal Nuevo FOSYGA, integrada por mis representadas, no tuvo vínculo alguno con **5 recobros**, como quiera que su habilitación contractual fue posterior a la auditoría de los recobros ahora reclamados judicialmente.

Los **5 recobros** auditados de manera exclusiva por el **Consorcio FIDUFOSYGA 2005**, fueron tramitados en mecanismos ordinarios en líneas MYT 01 y MYT02 en los paquetes: 0910 (septiembre de 2010), 1010 (octubre de 2010) y 0211 (febrero de 2011); y en mecanismo de objeción a la glosa MYT04: MYT04502011 (mayo de 2011), MYT04462011 (junio de 2011) y MYT04472011 (julio de 2011), de manera que se evidencia que fueron presentados en los meses de agosto de 2010 a septiembre de 2011, periodo en el cual se insiste que la Unión Temporal Nuevo FOSYGA no había iniciado sus actividades como firma auditora, pues se reitera que en virtud de lo previsto en el Contrato de Consultoría No. 055 de 2011, auditó los recobros radicados desde el mes de octubre de 2011.

- Los restantes **11 recobros** que involucran **13 ítems** fueron auditados de manera exclusiva por la Unión Temporal Nuevo FOSYGA en mecanismos ordinarios líneas MYT01 y MYT02, en los paquetes: 1011 (octubre 2011) y 111 (noviembre de 2011) y línea MYT04 (objeción a la auditoría) en el paquete: MYT04021302 (febrero de 2013) y finalmente en el mecanismo excepcional (Art. 111 Ley Anti-Trámite) en el paquete: ART11101071201 (julio de 2012).
- En lo que atañe a los recobros auditados por la Unión Temporal Nuevo FOSYGA, la auditoría se efectuó conforme a la Resolución 3099 de 2008, expedida por el Ministerio de Salud y Protección Social, en la que se establecieron los parámetros y requisitos para que las EPS puedan recobrar ante el FOSYGA los servicios NO POS que prestan a sus afiliados y dentro de ellas se determinan puntualmente los motivos por los cuales pueden ser glosados, y por ende los recobros pueden tener los siguientes estados: “*aprobado*”, “*aprobado condicionado*”, “*rechazado*” o “*devuelto*”.

En el caso concreto, se debe tener en cuenta que tal como lo expresa claramente el Contrato de Consultoría No. 055 de 2011, la auditoría de los recobros se debe realizar en estricto cumplimiento de las normas vigentes y los procesos, procedimientos e instrucciones suministrados por el Ministerio de Salud y Protección Social. El marco jurídico general relacionado con la auditoría de los recobros objeto de la presente demanda, que resulta de obligatorio cumplimiento y ejecución para la Unión Temporal Nuevo FOSYGA, incluye normas de naturaleza sustantiva (*cf.* Acuerdos 008 de 2009 y 029 de 2011 de la CRES) en las cuales se disponen los contenidos del Plan Obligatorio de Salud, y disposiciones de carácter adjetivo (*cf.* Resolución 3099 de 2008 -incluidas sus modificaciones) en las cuales se establecen los requisitos, criterios y el procedimiento que se debe implementar para efectos de tramitar los recobros por prestaciones extraordinarias no incluidas en el Plan Obligatorio de Salud.

A los recobros auditados por mis representadas como resultado de la auditoría en salud jurídica y financiera se le impusieron **8 glosas** y **3 observaciones**. Se debe precisar que cada recobro puede tener varios ítems y estos a su vez pueden haber sido objeto de imposición de varias causales de glosa y/o observaciones, conforme se precisa a continuación:

GLOSAS IMPUESTAS EN VIGENCIA DE LA RESOLUCIÓN 3099 DE 2008		
CÓDIGO DE GLOSA	DESCRIPCIÓN GLOSA	CANTIDAD
1-03	Cuando los valores objeto de recobro ya hayan sido pagados por el Fosyga	8

Respecto de la glosa enlistada, es importante tener en cuenta las siguientes consideraciones:

- **Glosa 1-03 “Cuando los valores objeto de recobro ya hayan sido pagados por el FOSYGA”** Esta causal se encuentra prevista en el Artículo 15 de la Resolución 3099 de 2008, modificado por el artículo 4° de la Resolución 3754 de 2008 y el artículo 7° de Resolución 3086 de 2012. La mencionada glosa implica que lo recobrado debe ser asumido por la Entidad Promotora de Salud porque se encuentra incluido dentro del plan obligatorio de salud, y por lo tanto, el insumo o tecnología en salud está cubierto y pagado por el FOSYGA a través de la Unidad de Pago por Capitación – UPC.

Es necesario explicar que el Plan Obligatorio de Salud se refiere a un conjunto básico de servicios, procedimientos, medicamentos, intervenciones para la atención de toda y cualquier condición de salud, enfermedad o patología a que tienen derecho los afiliados sin importar el régimen al que pertenezcan. El POS es objeto de actualización por parte del Ministerio de Salud y Protección Social atendiendo la estructura demográfica de la población, el perfil epidemiológico nacional, la tecnología disponible en el país y las condiciones financieras del Sistema.

Además el plan obligatorio de salud tiene como finalidad la recuperación de la salud, prevención de la enfermedad y el cubrimiento de ingresos de manera transitoria, a través de prestaciones económicas, en los eventos que se presenta incapacidad de trabajar por enfermedad, accidentes o por licencia de maternidad.

Para poder cubrir el conjunto de servicios contemplado en el Plan Obligatorio de Salud, el Sistema General de Seguridad Social en Salud prevé el reconocimiento anual por cada afiliado de la Unidad de Pago por Capitación que no es otra cosa que el valor que se reconoce

a cada Entidad Promotora de Salud por la organización y garantía de la prestación de los servicios de salud contenidos en el mencionado plan, es una especie de “prima” del seguro en el sistema de seguridad social en salud.

En virtud de lo dispuesto en el artículo 182 de la Ley 100 de 1993, la unidad de pago por capitación se calcula en función del perfil epidemiológico de la población relevante, de los riesgos cubiertos y de los costos de prestación del servicio en condiciones medias de calidad, tecnología y hotelería.

La definición y actualización de la UPC inicialmente estaba a cargo del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, posteriormente, en virtud de lo dispuesto en la Ley 1122 de 2007 dicha tarea se asignó a la Comisión de Regulación en Salud (CRES) y luego con ocasión de la expedición del Decreto 2560 de 2012, esta última comisión fue liquidada y sus funciones fueron trasladadas al Ministerio de salud y Protección Social.

A su vez, en consideración a lo previsto en el artículo 177 de la Ley 100 de 1993, las Entidades Promotoras de Salud tienen como función principal organizar y garantizar la prestación del Plan Obligatorio de Salud a sus afiliados.

Así las cosas, las Entidades Promotoras de Salud no pueden acudir bajo la figura del recobro a solicitar el pago de servicios, medicamentos, insumos o tecnologías en salud **incluidos** dentro del POS, habida cuenta que por ellos, el FOSYGA le ha reconocido y pagado la Unidad de Pago por Capitación, razón por la cual en el caso concreto, respecto de muchos de los recobros objeto de la presente demanda, no existe obligación del FOSYGA de pagar ningún valor, de lo contrario se estaría incurriendo en dobles pagos por un mismo servicio que ya fue cubierto con la UPC.

Resulta necesario manifestar que varios de los procedimientos, servicios, medicamentos o tecnologías en salud reclamados en la demanda se encuentran incluidos en el Plan Obligatorio de Salud, motivo por el cual no hay lugar a su reconocimiento. A continuación, se presentan a manera de ejemplo algunas de las tecnologías en salud recobradas las cuales están incluidas en el plan de beneficios, de conformidad con lo dispuesto en los Acuerdos 008 de 2009 y 029 de 2011, contrario a lo afirmado por el accionante:

CLASIFICACIÓN	TECNOLOGÍA	PRINCIPIO ACTIVO	CONCENTRACIÓN	FORMA FARMACEUTICA	DIAGNÓSTICO	RECIBRO	ÍTEM	OBSERVACIÓN	FUNDAMENTO LEGAL	AC. 008
MEDICAMENTO	FACTOR ANTIHEMOFILICO VIIIIPOLV INYRECOMBINATE FACTOR VIII 500UI POLV	FACTOR VIII DE LA COAGULACION	500 U.I	SOLUCION INYECTABLE	ARTROPATIA HEMOFILICA	85172181	1	EL MEDICAMENTO RECOBRADO (FACTOR ANTIHEMOFILICO VIIIIPOLV INYRECOMBINATE FACTOR VIII 500UI POLV INY CAJ X 1VIAL) PRINCIPIO ACTIVO (FACTOR VIII DE LA COAGULACION) CONCENTRACIÓN (500 U.I) Y FORMA FARMACEUTICA (SOLUCION INYECTABLE) ES POS PARA LA FECHA DE PRESTACION DE SERVICIO, SEGÚN (AC. 008) NOTA EXTERNA N° 201433201753111 LINEA 40. DIAGNÓSTICO ARTROPATIA HEMOFILICA, VALIDADO EN TUTELA. DOCUMENTO EVIDENCIA FOLIO 12.	ACUERDO 008. TÍTULO II. Artículo 38. Medicamentos. Los medicamentos señalados en el Anexo número 1 hacen parte del Plan Obligatorio de Salud y deben ser suministrados por las EPS de ambos regímenes. "Parágrafo 1°. El POS incluye los principios activos contemplados en el anexo Nro. 1 del presente acuerdo. La prescripción se realizará siempre utilizando la denominación común internacional exclusivamente. Al paciente le será suministrada cualquiera de las alternativas autorizadas por el INVIMA del principio activo, forma farmacéutica y concentración prescritos, independientemente de su forma de comercialización (genérico o de marca)..."	ANEXO TECNICO 1 LISTADO DE MEDICAMENTOS

CLASIFICACIÓN	TECNOLOGÍA	PRINCIPIO ACTIVO	CONCENTRACIÓN	FORMA FARMACEUTICA	DIAGNÓSTICO	RECOBRO	ÍTEM	OBSERVACIÓN	FUNDAMENTO LEGAL	AC. 008
	BENEFIX 500 U.I. POLVO LIOFILIZADO PARA RECONSTITUIR A SOLUCIÓN	FACTOR IX DE COAGULACION	500 U.I	SOLUCION INYECTABLE	HEMOFILIA DE TIPO B	24632394	1	EL MEDICAMENTO RECOBRADO (BENEFIX 500 U.I. POLVO LIOFILIZADO PARA RECONSTITUIR A SOLUCIÓN INYECTABLE) PRINCIPIO ACTIVO (FACTOR IX DE COAGULACION) CONCENTRACIÓN (500 U.I) Y FORMA FARMACEUTICA (SOLUCION INYECTABLE) ES POS PARA LA FECHA DE PRESTACIÓN DE SERVICIO, SEGÚN (AC. 008). DIAGNÓSTICO HEMOFILIA DE TIPO B, VALIDADO EN TUTELA. DOCUMENTO EVIDENCIA FOLIO 5.	Parágrafo 2º. Las vacunas cubiertas en el Sistema General de Seguridad Social en Salud son las que hacen parte del esquema vigente del Programa Ampliado de inmunizaciones _PAL_ con el fin de lograr coberturas universales de vacunación y de disminuir las tasas de mortalidad y morbilidad causadas por las enfermedades inmunoprevenibles a través de la erradicación, eliminación y control de las mismas; operativamente está compuesto por acciones a cargo del Estado que incluyen entre otras la compra, distribución, suministro gratuito de los biológicos".	
	FACTOR ANTIHEMOFILICO (RECOMBINATE) (R)	FACTOR VIII DE LA COAGULACION	500 U.I	SOLUCION INYECTABLE	ARTROPATIA HEMOFILICA	49246317	1	EL MEDICAMENTO RECOBRADO (FACTOR ANTIHEMOFILICO (RECOMBINATE) (R)) PRINCIPIO ACTIVO (FACTOR VIII DE LA COAGULACION) CONCENTRACIÓN (500 U.I) Y FORMA FARMACEUTICA (SOLUCION INYECTABLE) ES POS PARA LA FECHA DE PRESTACIÓN DE SERVICIO, SEGÚN (AC. 008) NOTA EXTERNA N° 201433201753111 LINEA 40. DIAGNÓSTICO ARTROPATIA HEMOFILICA, VALIDADO EN CTC. DOCUMENTO EVIDENCIA FOLIO 15.		
	OPTIVATE ® FACTOR ANTIHEMOFILICO HUMANO VIII 500 UI DE DOBLE INACTIVACION VIRAL	FACTOR VIII DE LA COAGULACION	500 U.I	SOLUCION INYECTABLE	HEPATITIS AGUDA A, SIN COMA HEPATIO	49364247	1	EL MEDICAMENTO RECOBRADO (OPTIVATE ® FACTOR ANTIHEMOFILICO HUMANO VIII 500 UI DE DOBLE INACTIVACION VIRAL) EN FÍSICOS CORRESPONDE A FACTOR VIII RECOMBINANTE PRINCIPIO ACTIVO (FACTOR VIII DE LA COAGULACION) CONCENTRACIÓN (500 U.I) Y FORMA FARMACEUTICA (SOLUCION INYECTABLE) ES POS PARA LA FECHA DE PRESTACIÓN DE SERVICIO, SEGÚN (AC. 008) NOTA EXTERNA N° 201433201753111 LINEA 40. DIAGNÓSTICO HEPATITIS AGUDA A, SIN COMA HEPATIO, VALIDADO EN CTC. DOCUMENTO EVIDENCIA FOLIO 7.		

CLASIFICACIÓN	TECNOLOGÍA	PRINCIPIO ACTIVO	CONCENTRACIÓN	FORMA FARMACEUTICA	DIAGNÓSTICO	RECOBRO	ÍTEM	OBSERVACIÓN	FUNDAMENTO LEGAL	AC. 008
	OPTIVATE® FACTOR ANTIHEMOFILICO HUMANO VIII 500 UI DE DOBLE INACTIVACION	FACTOR VIII DE LA COAGULACION	500 U.I	SOLUCION INYECTABLE	DEFICIENCIA HEREDITARIA DEL FACTOR VIII	49364307	1	EL MEDICAMENTO RECOBRADO (OPTIVATE® FACTOR ANTIHEMOFILICO HUMANO VIII 500 UI DE DOBLE INACTIVACION VIRAL) EN FISICOS CORRESPONDE A FACTOR VIII RECOMBINANTE PRINCIPIO ACTIVO (FACTOR VIII DE LA COAGULACION) CONCENTRACIÓN (500 U.I) Y FORMA FARMACEUTICA (SOLUCION INYECTABLE) ES POS PARA LA FECHA DE PRESTACION DE SERVICIO, SEGÚN (AC. 008) NOTA EXTERNA N° 201433201753111 LINEA 40. DIAGNÓSTICO DEFICIENCIA HEREDITARIA DEL FACTOR VIII, VALIDADO EN CTC. DOCUMENTO EVIDENCIA FOLIO 7.		
	OPTIVATE® FACTOR ANTIHEMOFILICO HUMANO VIII 500 UI DE DOBLE	FACTOR VIII DE LA COAGULACION	500 U.I	SOLUCION INYECTABLE	ARTROPATIA HEMOFILICA	49364308	1	EL MEDICAMENTO RECOBRADO (OPTIVATE® FACTOR ANTIHEMOFILICO HUMANO VIII 500 UI DE DOBLE INACTIVACION VIRAL) EN FISICOS CORRESPONDE A FACTOR VIII RECOMBINANTE PRINCIPIO ACTIVO (FACTOR VIII DE LA COAGULACION) CONCENTRACIÓN (500 U.I) Y FORMA FARMACEUTICA (SOLUCION INYECTABLE) ES POS PARA LA FECHA DE PRESTACION DE SERVICIO, SEGÚN (AC. 008) NOTA EXTERNA N° 201433201753111 LINEA 40. DIAGNÓSTICO ARTROPATIA HEMOFILICA, VALIDADO EN CTC. DOCUMENTO EVIDENCIA FOLIO 7.		

Observaciones impuestas en vigencia del mecanismo excepcional de artículo 111 del Decreto Ley 019 de 2012:

CÓDIGO DE OBSERVACIÓN	DESCRIPCIÓN OBSERVACIÓN	CANTIDAD
3	Servicios incluidos en el POS: los valores objeto de recobro ya hayan sido pagados por el FOSYGA	1
35	BDUA: el usuario reportado en el recobro no aparece en la base de datos única de afiliados BUDA por la entidad recobrante para el periodo de la prestación del servicio	1
44	Causales de rechazo o devolución: uno o varios ítems incluidos en el recobro presenta alguna causal de rechazo o devolución	1
TOTAL		3

Observación “Servicios incluidos en el POS: los valores objeto de recobro ya hayan sido pagados por el FOSYGA” Esta observación implica que lo recobrado debe ser asumido por la Entidad Promotora de Salud porque se encuentra incluido dentro del plan obligatorio de salud, y por lo tanto, el insumo o tecnología en salud está cubierto y pagado por el



FOSYGA a través de la Unidad de Pago por Capitación – UPC, tal y como se desarrollo al explicar la causal de glosa con código 1-03.

Observación: “BDUA: el usuario reportado en el recobro no aparece en la base de datos única de afiliados BUDA por la entidad recobrante para el periodo de la prestación del servicio” Esta observación fue aplicada teniendo en cuenta la descripción típica establecida en el artículo 17 literal k) de la Resolución 3099 de 2008, modificado por los artículos 6 de la Resolución 3754 de 2008 y 7 de la Resolución 3086 de 2012; esta glosa se encuentra asociada a que el usuario beneficiario de la prestación recobrada debe estar afiliado al Sistema General de Seguridad Social en Salud y por lo tanto reportado en la Base Única de Afiliados –BDUA, la revisión de la BUDA se realiza con el fin de tener absoluta certeza de la identidad y de la afiliación de la persona respecto de la cual se manifiesta que se suministró el servicio o tecnología en salud objeto de recobro, con el fin de evitar pagos indebidos con recursos del sector salud.

Observación: “Causales de rechazo o devolución: uno o varios ítems incluidos en el recobro presenta alguna causal de rechazo o devolución” esta observación se impuso en atención a lo previsto en el literal e) del artículo 18 de la Resolución 3099 de 2008. La cual tiene un origen parcial y no total, es decir, se observan uno o varios ítems del recobro por la configuración de alguna de las causales contempladas para rechazo o devolución.

Vale la pena destacar que la demandante no trae un medio de prueba contundente e idóneo que desvirtúe el resultado de la auditoría en salud, jurídica y financiera realizada por expertos y que es el fundamento para negar lo recobrado, adicionalmente desconociendo la existencia de una regulación y un procedimiento al cual deben obligatoriamente ceñirse y cumplir para lograr el pago de lo recobrado, olvida que la imposición de una glosa y/o observación no es caprichosa sino en estricto cumplimiento de la aplicación de la ley, la cual es clara que en esta materia se debe adelantar un procedimiento que comienza con la presentación de lo recobrado el cual es sometido a auditoría, que arroja un resultado, el cual puede ser objetado y que finalmente termina con pago o negativa a pago.

3.6.1. Recobros Aprobados

Resulta preciso reiterar que el Ministerio de Salud y Protección Social, para garantizar un adecuado flujo de recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud ha establecido diferentes mecanismos ordinarios y excepcionales para la presentación de solicitudes de recobro, razón por la cual, una EPS puede presentar tanto por líneas ordinarias como por mecanismos excepcionales los recobros para su reconocimiento y aprobación. En este sentido, la mencionada Cartera Ministerial ha establecido mecanismos excepcionales tales como: Conciliaciones Prejudiciales, Divergencias Recurrentes, Glosa Administrativa, Glosa De Extemporaneidad, Glosa Transversal.

De conformidad con lo anterior, es necesario precisar que algunas solicitudes de recobro presentadas inicialmente por la EPS demandante fueron radicadas con posterioridad mediante mecanismo excepcional de divergencias recurrentes, según el anexo técnico emitido por la Administradora de Recursos del Sistema de Salud “*PJU_2014-00537 UT EPS SANTAS_Reporte*” dos (2) ítems contenidos en dos (2) recobros fueron aprobados, conforme se procede a presentar, de manera que es probable que los mismos ya hayan sido pagados:

ÍTEMS DE RECOBRO APROBADOS TOTALMENTE EN MECANISMO EXCEPCIONAL DE DIVERGENCIA RECURRENTE							
NÚMERO DE RECOBRO INICIAL	NÚMERO DE RECOBRO MECANISMO EXCEPCIONAL	ÍTEM	TECNOLOGÍA	VALOR RECOBRO \$(INFORMACIÓN ADRES)	VALOR APROBADO \$(INFORMACIÓN ADRES)	VALOR GLOSADO \$(INFORMACIÓN ADRES)	NÚMERO PAQUETE (INFORMACIÓN ADRES)
25122406	104284770	1	IMMUNATE 500 UI FACTOR VIII DE COAGULACION	\$ 6.171.000,00	\$ 6.171.000,00	\$ 0,00	DR020714
51907906	104285193	1	IMMUNATE 500 UI FACTOR VIII DE COAGULACION	\$ 3.411.000,00	\$ 3.411.000,00	\$ 0,00	DR020714

4. EXCEPCIONES

Además de la defensa y argumentos expuestos al dar respuesta a las pretensiones y a los hechos de la demanda, así como las que resulten probadas en el proceso, que deben ser declaradas de oficio por el Despacho de conformidad con lo previsto en el artículo 282 del Código General de Proceso, formulo las siguientes excepciones:

4.1. FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA - LA UNIÓN TEMPORAL NUEVO FOSYGA NO REALIZÓ LA AUDITORÍA DE 5 RECOBROS CONTENTIVOS DE 9 ÍTEMS OBJETO DE LITIS:

La legitimación en la causa por el lado activo es la identidad del demandante con el titular del derecho subjetivo, es decir, con quien tiene vocación jurídica para reclamarlo y, por el lado pasivo, es la identidad del demandado con quien tiene el deber correlativo de satisfacer el derecho⁷.

En cuanto a la naturaleza jurídica de la noción de legitimación en la causa, en sentido amplio, la jurisprudencia de la Honorable Corte Constitucional, ha señalado que es la "calidad subjetiva reconocida a las partes en relación con el interés sustancial que se discute en el proceso"⁸, de forma tal, que cuando una de las partes carece de dicha calidad o condición, no puede el juez adoptar una decisión favorable a las pretensiones demandadas. Sobre el tema, la sección segunda del Honorable Consejo de Estado, en sentencia del 25 de marzo de 2010 expediente 05001-23-31-000-2000-02571-01 (1275-08), Magistrado Ponente: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, señaló:

*"...En reciente jurisprudencia, esta Corporación ha manifestado en cuanto a la legitimación en la causa, que la misma no es constitutiva de excepción de fondo sino que se trata de un presupuesto necesario para proferir sentencia de mérito favorable bien a las pretensiones del demandante, bien a las excepciones propuestas por el demandado. Así mismo, ha diferenciado entre la legitimación de hecho y la legitimación material en la causa, siendo la legitimación en la causa de hecho la relación procesal existente entre demandante legitimado en la causa de hecho por activa y demandado legitimado en la causa de hecho por pasiva y nacida con la presentación de la demanda y con la notificación del auto admisorio de la misma quien asumirá la posición de demandado; dicha vertiente de la legitimación procesal se traduce en facultar a los sujetos litigiosos para intervenir en el trámite del plenario y para ejercer sus derechos de defensa y de contradicción; **la legitimación material, en cambio, supone la conexión entre las partes y los hechos constitutivos del litigio, ora porque resultaron perjudicadas, ora porque dieron lugar a la producción del daño.** En un sujeto procesal que se*

⁷ Sentencia de 13 de febrero de 1996, exp. 11.213. En sentencia de 28 de enero de 1994, exp. 7091, el Consejo de Estado expuso: "En todo proceso el juzgador, al enfrentarse al dictado de la sentencia, primeramente deberá analizar el aspecto relacionado con la legitimación para obrar, esto es, despejar si el demandante presenta la calidad con que dice obrar y si el demandando, conforme con la ley sustancial, es el llamado a enfrentar y responder eventualmente por lo que se le enrostra. En cuanto a lo primero, se habla de legitimación por activa y en cuanto a lo segundo, se denomina legitimación por pasiva".

⁸ Corte Constitucional. Sentencia C- 965 de 2003.

*encuentra legitimado de hecho en la causa no necesariamente concurrirá, al mismo tiempo, legitimación material, **pues ésta solamente es predicable de quienes participaron realmente en los hechos que han dado lugar a la instauración de la demanda o, en general, de los titulares de las correspondientes relaciones jurídicas sustanciales; por consiguiente, el análisis sobre la legitimación material en la causa se contrae a dilucidar si existe, o no, relación real de la parte demandada o de la demandante con la pretensión que ésta fórmula o la defensa que aquella realiza, pues la existencia de tal relación constituye condición anterior y necesaria para dictar sentencia de mérito favorable a una o a otra....***” (Negrilla fuera de texto original).

De conformidad con la jurisprudencia que se viene de leer la legitimación en la causa de carácter material implica la participación real de las personas en el hecho origen de la formulación de la demanda, situación que no ocurrió en el presente asunto frente a **5 RECOBROS** que se detallan a continuación:

#	NÚMERO DE RECOBRO	ÍTEM	PAQUETES MYT 01-02	PAQUETES MYT 04
1	45283940	1	910	MYT04462011
2	45557005	2	1010	MYT04472011
3	45557005	3	1010	MYT04472011
4	23607923	1	910	MYT04462011
5	23607936	1	910	MYT04462011
6	46829705	1	211	MYT04502011
7	45283940	2	910	MYT04462011
8	45283940	3	910	MYT04462011
9	45557005	1	1010	MYT04472011

Las sociedades integrantes de las **UNIÓN TEMPORAL NUEVO FOSYGA** no son los sujetos llamados a responder por los hechos y presuntas vulneraciones que se plantean en la demanda frente a **5 RECOBROS**, los cuales fueron auditados por el **Consortio FIDUFOSYGA 2005** en mecanismos ordinarios, en líneas MYT 01 y MYT02 en los paquetes: 0910 (septiembre de 2010), 1010 (octubre de 2010) y 0211 (febrero de 2011); y en mecanismo de objeción a la glosa MYT04: MYT04502011 (mayo de 2011), MYT04462011 (junio de 2011) y MYT04472011 (julio de 2011).

Resulta necesario manifestar que los hechos de la demanda relacionados con los mencionados **5 RECOBROS** se refieren a operaciones realizadas con anterioridad a la fecha en la que la UNIÓN TEMPORAL NUEVO FOSYGA asumió la ejecución de obligaciones contractuales derivadas del Contrato de Consultoría No. 055 de 2011, por medio del cual, se obligó a realizar la auditoría en salud, jurídica y financiera de las solicitudes de recobro por beneficios extraordinarios no incluidos en el POS. Por lo tanto, la vinculación de las sociedades que integran la UNIÓN TEMPORAL NUEVO FOSYGA y la UNIÓN TEMPORAL FOSYGA 2014 (menos aun cuando esta no efectuó la auditoría de ninguno de los recobros objeto de litis), carece de fundamento fáctico frente a las pretensiones relacionadas con **5 RECOBROS**.

La **UNIÓN TEMPORAL NUEVO FOSYGA**, integrada por mis representadas, suscribió con el Ministerio de Salud y Protección Social, el 23 de diciembre de 2011 el Contrato de Consultoría No. 055 de 2011, por medio del cual, se obligó a realizar la auditoría en salud, jurídica y financiera de las solicitudes de recobro por beneficios extraordinarios no incluidos en el POS. Sus obligaciones contractuales solamente cobraron vigencia desde el momento en que el Ministerio de Salud y Protección Social aprobó las garantías

contractuales que le fueron exigidas a mis representadas (cláusula vigésima séptima del contrato No. 055), lo cual sucedió el 29 de diciembre de 2011, tal como consta en la comunicación No. 42100-28014 suscrita por el Coordinador del Grupo de Gestión de dicho Ministerio. En la cláusula séptima en el aparte referido a las obligaciones de auditoría, numeral 17 del contrato de consultoría No. 055 de 2011, se estableció que la UNIÓN TEMPORAL NUEVO FOSYGA debería, en todo caso, realizar la auditoría en salud, jurídica y financiera de los recobros radicados desde el mes de octubre de 2011. **Los hechos acaecidos con anterioridad son completamente ajenos al ámbito de su objeto contractual.**

Los **5 RECOBROS** cuyo reconocimiento se reclama por la demandante, fueron presentados con anterioridad del inicio de actividades de la UNIÓN TEMPORAL NUEVO FOSYGA. En suma, para la época durante la cual fueron presentadas y resueltas tales solicitudes de recobro, ni las sociedades que represento, ni la Unión Temporal que ellas conforman, realizaban ninguna actividad relacionada con la auditoría de recobros en el Sistema General de Seguridad Social en Salud, razón por la cual **carecen de legitimación material en la causa por pasiva frente a 5 RECOBROS.**

En ese orden de ideas, al configurarse la legitimación en la causa material por pasiva habrá de absolverse a mis representadas, toda vez que no son las llamadas a responder dentro de la presente controversia al haberse formulado las pretensiones frente a sociedades que no tuvieron participación en los hechos que dieron origen a la demanda respecto de los citados recobros.

Ahora bien, con el fin de ilustrar al Despacho para resolver la presente excepción, es necesario destacar que el Ministerio de Salud (actualmente Ministerio de Salud y Protección Social) en virtud a lo dispuesto en el artículo 228 de la Ley 100 de 1993, ha suscrito contratos fiduciarios con diferentes consorcios, con el propósito de llevar a cabo las actividades de administración fiduciaria de recursos, junto con el desarrollo y mantenimiento del software requerido para operar el Fondo Solidaridad y Garantía – FOSYGA, y las actividades propias de la auditoría en salud, jurídica y financiera de los recobros y de reclamaciones ECAT, así:

- Consorcio FOSYGA: Por el período 1995-1997, contrato celebrado para la administración de los recursos.
- Consorcio Fiduciario FIDUSALUD: Por el periodo 1997-2000, contrato celebrado para la administración de recursos.
- Consorcio FISALUD: Por el período 2000-2005 - Contrato de encargo fiduciario No. 255 de 2000. En principio se celebró contrato para la administración de recursos del FOSYGA, luego a través del Otro Sí No. 3, se incluyó como obligación del consorcio realizar la auditoría médica, jurídica y financiera de los recobros y reclamaciones presentadas ante el FOSYGA.
- **Consorcio FIDUFOSYGA 2005:** Por el periodo 2005-2011, se celebró el Contrato de Encargo Fiduciario No. 242 de 2005, cuyo objeto fue el recaudo, administración y pago de los recursos del Fondo de Solidaridad y Garantía –FOSYGA – del Sistema General de Seguridad Social en Salud en los términos establecidos en la Ley 100 de 1993, en especial en los artículos 167, 205 y 218 a 224 de la Ley 100 de 1993, los Decretos 1283 de 1996, 1281 de 2002, 050 de 2003, 2280 y 3260 de 2004, lo dispuesto por el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud y demás normas y reglamentos que las complementen, adicionen, modifiquen y sustituyan. En conclusión, dicho contrato

celebrado para administración de recursos y para la elaboración de la auditoría médica, jurídica y financiera de los recobros y reclamaciones presentadas ante el FOSYGA.

Es importante precisar que el entonces Ministerio de la Protección Social a finales del año 2010 y principios de 2011, replanteó el esquema de operación del FOSYGA, con el objeto de especializar los principales procesos que se desarrollan a su interior, estos son, los relativos a la administración fiduciaria de los recursos del FOSYGA y a la auditoría a los recobros y las reclamaciones ECAT.

En su momento se estimó que para la administración fiduciaria de los recursos del FOSYGA, debía contratarse una fiduciaria que realizara las operaciones correspondientes a la administración de los recursos y se encargara del desarrollo de software requerido para operar el Fondo y a su vez garantizara el mantenimiento del Sistema de Información; y que debía suscribirse otro contrato con una firma auditora especializada en auditoría médica, económica y jurídica para la desarrollar la auditoría a los recobros y las reclamaciones ECAT, el Ministerio de Protección Social celebró los siguientes contratos:

- Consorcio SAYP 2011: Contrato de encargo fiduciario No. 467 de 2011, dicho consorcio se encuentra integrado por FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A. – FIDUPREVISORA S.A., FIDUCIARIA COLOMBIANA DE COMERCIO EXTERIOR S.A. – FIDUCOLDEX, cuyo objeto es el recaudo, administración y pago de los recursos del FOSYGA de acuerdo a las normas legales vigentes.

- UNIÓN TEMPORAL NUEVO FOSYGA: Contrato Consultoría No. 055 de 2011, unión temporal conformada por CARVAJAL TECNOLOGÍA Y SERVICIOS S.A.S. (antes, ASSENDA S.A.S.), GRUPO ASESORÍA EN SISTEMATIZACIÓN DE DATOS, SOCIEDAD POR ACCIONES SIMPLIFICADA – GRUPO ASD S.A.S (antes, ASESORÍA EN SISTEMATIZACIÓN DE DATOS SOCIEDAD ANÓNIMA – A.S.D. S.A.) y SERVIS OUTSOURCING INFORMÁTICO SOCIEDAD POR ACCIONES SIMPLIFICADA. – SERVIS S.A.S. (antes, SERVIS OUTSOURCING INFORMÁTICO SOCIEDAD ANÓNIMA – SERVIS S.A.), cuyo objeto es realizar la auditoría en salud, jurídica y financiera de las reclamaciones por los beneficios con cargo a la Subcuenta de eventos catastróficos y accidentes de tránsito - ECAT y las solicitudes de recobros por servicios de salud no incluidos en el POS ordenados por fallos de tutelas u autorizados por los Comités Técnico Científicos de las EPS. Se resalta que sus obligaciones contractuales solamente cobraron vigencia desde el momento en que el Ministerio de Salud y Protección Social aprobó las garantías contractuales que le fueron exigidas a dichas sociedades (cláusula vigésima séptima del contrato No. 055), lo cual sucedió el 29 de diciembre de 2011, y conforme lo dispuesto en la cláusula séptima en el aparte referido a las obligaciones de auditoría, numeral 17 del contrato de consultoría No. 055, que estableció que la Unión Temporal Nuevo FOSYGA debería, en todo caso, realizar la auditoría en salud, jurídica y financiera de los recobros radicados desde el mes de octubre de 2011, de manera que los hechos acaecidos con anterioridad son completamente ajenos al ámbito de su objeto contractual.

En cuanto a la finalización de las labores de auditoría por parte de la Unión Temporal Nuevo FOSYGA debe señalarse que los últimos recobros auditados fueron aquellos radicados hasta el **31 de diciembre de 2013**, en virtud de lo dispuesto en la cláusula segunda de la Modificación No. 2 al Contrato de Consultoría No. 055 de 2011, que en su tenor literal reza: “Modificar el Plazo de ejecución en la cláusula tercera el cual quedará en los siguientes términos: El plazo de ejecución del contrato será hasta el 31 de marzo de 2014, contado a partir de la fecha de la firma del acta de inicio. **No obstante, las labores de auditoría sobre recobros NO POS y reclamaciones ECAT se ejecutaran únicamente respecto de los recobros y reclamaciones radicadas hasta el 31 de diciembre de 2013**, sin perjuicio del

reconocimiento y pago de las comisiones fijas a favor del contratista a las que haya lugar por el periodo comprendido entre el 1° de enero y el 31 de marzo del mismo año. Se exceptúa de las labores de auditoría, los recobros NO POS radicados por el proceso ordinario durante el mes de diciembre de 2013, a través de los formatos MYT-01 y MYT-02.” (Negrilla fuera de texto original).

Vale la pena destacar que si bien es cierto el Contrato de Consultoría No. 055 de 2011, fue prorrogado hasta el 31 de diciembre de 2014 (Prórroga No. 1 y No. 2), dicha prórroga se circunscribía a las prestaciones asociadas y requeridas para la efectiva y oportuna ejecución del proceso de reintegro de recursos reconocidos y/o apropiados sin justa causa, según consta en el documento contentivo de la Prórroga No. 2; se reitera que de acuerdo con la Modificación No. 2 al Contrato de Consultoría No. 055 de 2011, la Unión Temporal sólo ejerció sus labores de auditoría respecto de las reclamaciones y recobros radicados hasta el 31 de diciembre de 2013.

- UNIÓN TEMPORAL FOSYGA 2014: Contrato Consultoría No. 043 de 2013, unión temporal conformada por CARVAJAL TECNOLOGÍA Y SERVICIOS S.A.S. (antes, ASSENDA S.A.S.), GRUPO ASESORÍA EN SISTEMATIZACIÓN DE DATOS, SOCIEDAD POR ACCIONES SIMPLIFICADA – GRUPO ASD S.A.S (antes, ASESORÍA EN SISTEMATIZACIÓN DE DATOS SOCIEDAD ANÓNIMA – A.S.D. S.A.) y SERVIS OUTSOURCING INFORMÁTICO SOCIEDAD POR ACCIONES SIMPLIFICADA. – SERVIS S.A.S. (antes, SERVIS OUTSOURCING INFORMÁTICO SOCIEDAD ANÓNIMA – SERVIS S.A.), cuyo objeto es “Realizar la auditoría en salud, jurídica y financiera a las solicitudes de recobro por servicios extraordinarios no incluidos en el plan general de beneficios y a las reclamaciones por Eventos Catastróficos y Accidentes de Tránsito – ECAT con cargo a los recursos de las subcuentas correspondientes del Fondo de Solidaridad y Garantía – FOSYGA del Sistema General de Seguridad Social en Salud.”

En cuanto a la finalización del contrato inicialmente en la cláusula tercera se estableció como plazo de ejecución cuarenta y ocho (48) meses y quince (15) días o hasta que se agotara la disponibilidad presupuestal que ampara el valor del mismo, lo que ocurriera primero, contados a partir de la fecha de suscripción del acta de inicio, pero se precisó que en todo caso el plazo de ejecución no podría superar el 31 de diciembre de 2017.

Posteriormente, el plazo de ejecución fue modificado hasta el **31 de octubre de 2018**, en los siguientes términos: “El plazo de ejecución será hasta el 31 de octubre de 2018, término que incluye además de la práctica de la auditoría integral de recobros y reclamaciones hasta el agotamiento de la disponibilidad presupuestal que ampara dicha actividad, la realización de las actividades del proceso de reintegro de los recursos apropiados o reconocidos sin justa causa, así como la ejecución del proceso de revisión de los recobros que hacen parte de los procesos judiciales”.

Aclarado lo anterior, resulta necesario insistir en la inexistencia de conducta alguna por parte de mis representadas que se relacione con los hechos y circunstancias que se aducen frente a **5 RECOBROS** involucrados en la presente demanda, de manera que se configura la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva y por ende no hay lugar a predicar ningún tipo de responsabilidad respecto de los mismos.

Ahora bien, para que el Despacho pueda comprobar lo aquí enunciado, se aporta Copia del Oficio No. 201633202015121 del 25 de octubre de 2016 y del medio magnético que lo acompaña, proferido por el Ministerio de Salud y Protección Social radicado ante la Unión Temporal el día 27 del mencionado mes y año, por medio del cual se dio respuesta al derecho de petición radicado por las uniones temporales de las cuales mis representadas

hacen parte, en el que se solicitaba indicar durante qué períodos el CONSORCIO FIDUFOSYGA 2005, LA UNIÓN TEMPORAL NUEVO FOSYGA y la UNIÓN TEMPORAL FOSYGA 2014 realizaron auditoría integral de recobros por prestaciones extraordinarias no incluidas en el Plan Obligatorio de Salud y para ello se solicitaba identificar clara y detalladamente cuáles fueron todos y cada uno de los paquetes de recobros por prestaciones extraordinarias no incluidas en el Plan Obligatorio de Salud que fueron objeto de auditoría integral por las firmas auditoras anteriormente citadas.

En el medio magnético señalado, el Ministerio permite verificar que la auditoría surtida en mecanismos ordinarios, en líneas MYT 01 y MYT02 en los paquetes: 0910 (septiembre de 2010), 1010 (octubre de 2010) y 0211 (febrero de 2011); y en mecanismo de objeción a la glosa MYT04: MYT04502011 (mayo de 2011), MYT04462011 (junio de 2011) y MYT04472011 (julio de 2011), no fue efectuada por la Unión Temporal Nuevo FOSYGA, ni por la Unión Temporal FOSYGA 2014, **sino por el Consorcio FIDUFOSYGA en el marco del Contrato 242 de 2005.**

Con fundamento en el **numeral 3 del artículo 278 del Código General del Proceso**, solicito que en cuanto se encuentre acreditada la falta de legitimación en la causa de mis representadas, cualquiera fuere el estado del proceso, **se dicte sentencia anticipada en relación con éstas, ordenando su desvinculación del proceso.**

4.2. INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN DE PAGO CON RECURSOS PROPIOS POR PARTE DE LA UNIÓN TEMPORAL NUEVO - FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA.

La legitimación en la causa es un elemento de la denominada “*capacidad para ser parte*” y, considerada desde la parte pasiva de la relación procesal, exige que aquel que es llamado a responder por la obligación demandada sea el titular de la relación jurídico sustancial debatida o, si se quiere, sea el deudor de la obligación reclamada.

Como lo ha determinado el Consejo de Estado, “*el análisis sobre la legitimación material en la causa se contrae a dilucidar **si existe, o no, relación real de la parte demandada o de la demandante con la pretensión que ésta fórmula o la defensa que aquella realiza, pues la existencia de tal relación constituye condición anterior y necesaria para dictar sentencia de mérito favorable a una o a otra.** En consonancia con lo anterior, se ha indicado que la falta de legitimación en la causa no impide al fallador pronunciarse de fondo sobre el petitum de la demanda, comoquiera que la aludida legitimación constituye un elemento de la pretensión y no de la acción, en la medida en que se trata de “... una condición propia del derecho sustancial y no una condición procesal, que, cuando no se dirige correctamente contra el demandado, constituye razón suficiente para decidir el proceso adversamente a los intereses del demandante, por no encontrarse demostrada la imputación del daño a la parte demandada”* (énfasis agregado)⁹.

Pues bien, resulta claro que respecto de las sociedades aquí demandadas se configura la **falta de legitimación en la causa material por pasiva**, en el sentido que no existe una relación jurídico-material entre la demandante y la unión temporal, ni entre aquella y las sociedades que integran estas últimas, así como tampoco la obligación de pago que la demandante reclama está legalmente radicada en sus cabezas.

Antes bien, la **obligación de pago** de los recobros NO POS se encuentra expresamente radicada, y de manera exclusiva, en cabeza del Ministerio, con cargo al entonces FOSYGA

⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Expediente No. 70001-23-31-000-1995-05072-01 (17720).

(hoy ADRES) y no de la unión temporal ni de cada una de las sociedades que la conforman. Es más, independientemente de que el Ministerio haya contratado la realización de la auditoría integral sobre las solicitudes radicadas, es en él y ahora en la ADRES en quien recae la obligación de pagar los recobros, sin que pueda entenderse que, en virtud de la relación contractual, esta obligación se desplace y se radique en la unión temporal o se extienda y los cobije a ambos por igual.

Así las cosas, no solamente le corresponde al Ministerio ahora la ADRES pagar las solicitudes de recobro, sino que la propia ley le indica con cuáles recursos debe hacerlo, recursos que ciertamente no son los de las sociedades que conforman la unión temporal. En efecto, sin que implique aceptación alguna de responsabilidad, es preciso señalar que los recursos con los cuales se reconocen los recobros por prestaciones no incluidas del POS en Sistema de Seguridad Social en Salud provienen del entonces FOSYGA (hoy de la ADRES). La determinación del origen de dichos recursos ha sido claramente definida en las normas que regularon el trámite de **los recobros objeto del presente asunto** durante la ejecución del Contrato de Consultoría No. 055 de 2011 (*cji*- Resoluciones 3099 con todas sus modificaciones y adiciones y la jurisprudencia constitucional (*cji*- Sentencias SU- 480 de 1997 y T-760 de 2008).

Resulta necesario insistir en que la determinación del **origen de dichos** recursos ha sido claramente definida en las normas que han previsto el trámite de los recobros, así como la jurisprudencia de la Corte Constitucional. A continuación se enlistan y transcriben apartes de algunas de ellas:

- Resolución 2948 de 2003: *“Por la cual se subrogan las Resoluciones 05061 de 1997 y 02312 de 1998 y se dictan otras disposiciones para la autorización y el recobro ante el FOSYGA de medicamentos o incluidos en el Acuerdo 228 de CNSSS autorizados por el Comité Técnico Científico”*
- Resolución 3797 de 2004: *“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 no incluidos en el Plan Obligatorio de Salud, POS y de fallos de tutela”*
- Resolución 2933 de 2006: *“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 no incluidos en el Plan Obligatorio de Salud, POS y de fallos de tutela”*
- Resolución 3099 de 2008: *“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”*
- 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”*
- Resolución 5395 de 2013: *“Por la cual se establece el procedimiento de recobro ante el Fondo de Solidaridad y Garantía (FOSYGA) y se dictan otras disposiciones”*
- Acuerdo Número 376 de 2007: *“Por el cual se aprueba el Presupuesto del Fondo de Solidaridad y Garantía - FOSYGA para la vigencia fiscal 2008 y se dictan otras*

disposiciones “(...) Fallos de Tutela y cobros por medicamentos no incluidos en el plan obligatorio de salud. Los pagos por fallos de tutela deberán ceñirse a lo previsto en el Código Contencioso Administrativo, en particular a lo definido en el artículo 176 del citado código. El pago de cobros por medicamentos no incluidos en el Plan Obligatorio de Salud, deberá efectuarse teniendo en cuenta las disposiciones contenidas en los Acuerdos No. 228, 236, 263 y 282 del CNSSS y la Resolución 2933 de 2006 del Ministerio de la Protección Social o las normas que los adicionen o modifiquen. (...)”

- Decreto 1281 de 2002: “Por el cual se expiden las normas que regulan los flujos de caja y la utilización oportuna y eficiente de los recursos del sector salud y su utilización en la prestación”: Artículo 13. Términos para cobros o reclamaciones con cargo a recursos del FOSYGA”.
- Decreto Ley 019 de 2012: “**Por el cual se dictan normas para suprimir o reformar regulaciones, procedimientos y trámites innecesarios existentes en la Administración Pública**”. Artículo 111. Término para Efectuar cualquier tipo de Cobro o Reclamación con Cargo a Recursos del FOSYGA.”
- Decreto Número 4474 de 2010: “Por el cual se adoptan medidas para establecer el valor máximo para el reconocimiento y pago de recobro de medicamentos con cargo a los recursos del Fondo de Solidaridad y Garantía - FOSYGA”

“(…) Que, de conformidad con lo establecido en el parágrafo 4° del artículo 13 de la Ley 1122 de 2007, el Ministerio de la Protección Social cumple las funciones de **administrador de los recursos del Fondo de Solidaridad y Garantía - FOSYGA, por lo cual, los pagos de medicamentos no incluidos en los planes de beneficios que se realicen con cargo a estos recursos,** requieren la definición de valores máximos para evitar el desequilibrio financiero y para reducir las pérdidas del Sistema.

Que, en aras de garantizar la sostenibilidad del Sistema General de Seguridad Social en Salud y de velar por la correcta utilización de sus recursos, se hace necesario adoptar medidas tendientes a la regulación, estandarización y racionalización del valor máximo de **recobro de algunos medicamentos autorizados por los Comités Técnicos Científicos u ordenados en fallos de tutela, cuyo reconocimiento y pago se realiza con cargo a los recursos del FOSYGA.** (...)” (Subraya y negrita fuera del texto)

- Decreto 780 de 2016 “Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Salud y Protección Social”

“Artículo 2.6.1.1.4. Utilización de los recursos de la Subcuenta de Compensación Interna del Régimen Contributivo. Los recursos que recauda la Subcuenta de Compensación Interna del Régimen Contributivo, se utilizarán en el pago de las Unidades de Pago por Capitación, prestaciones económicas y demás gastos autorizados por la ley. Hasta el cinco (5%) del superávit del proceso de giro y compensación que se genere mensualmente, se destinara para la constitución de una reserva en el patrimonio de la subcuenta para futuras contingencias relacionadas con el pago de UPC y/o licencias de maternidad y/o paternidad del Régimen Contributivo. El Ministerio de Salud y Protección Social definirá el porcentaje aplicable.

Los otros conceptos de gasto de la Subcuenta de Compensación Interna del Régimen Contributivo, tales como apoyo técnico, auditoría, remuneración fiduciaria **y el pago de recobros por prestaciones no incluidas en el Plan Obligatorio de Salud, se podrán efectuar sin afectar esta reserva.** (Artículo 4° del Decreto 4023 de 2011).

- Decreto 1429 de 2016 “Por el cual se modifica la estructura de la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud — ADRES- y de dictan otras disposiciones”

“Artículo 3 Funciones: Son funciones de la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud —ADRES, las siguientes: 1. Administrar los recursos del Sistema, de conformidad con lo previsto en los artículos 66 y 67 de la Ley 1753 de 2015 y las demás disposiciones que la reglamenten, modifiquen, adicionen o sustituyan.”

- Ley 1753 de 2015 “Por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018 “Todos por un nuevo país”

“ARTÍCULO 67. RECURSOS QUE ADMINISTRARÁ LA ENTIDAD ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD. La Entidad administrará los siguientes recursos:

(...)

Estos recursos se destinarán a:

a) El reconocimiento y pago a las Entidades Promotoras de Salud por el aseguramiento y demás prestaciones que se reconocen a los afiliados al Sistema General de Seguridad Social en Salud, incluido el pago de incapacidades por enfermedad de origen común que superen los quinientos cuarenta (540) días continuos. El Gobierno Nacional reglamentará, entre otras cosas, el procedimiento de revisión periódica de la incapacidad por parte de las EPS, el momento de calificación definitiva, y las situaciones de abuso del derecho que generen la suspensión del pago de esas incapacidades.

(...)

h) Al pago de prestaciones no incluidas en el plan de beneficios, que venían siendo financiados con recursos del FOSYGA. (...) (Negrilla y subraya fuera del texto original).-

- Sentencia T-760-2008:

“(...) 4.4.3.4. En conclusión, toda persona tiene el derecho a que se le garantice el acceso a los servicios de salud que requiera. Cuando el servicio que requiera no está incluido en el plan obligatorio de salud correspondiente, debe asumir, en principio, un costo adicional por el servicio que se recibirá. No obstante, como se indicó, la jurisprudencia constitucional ha considerado que si carece de la capacidad económica para asumir el costo que le corresponde, ante la constatación de esa situación de penuria, es posible autorizar el servicio médico requerido con necesidad y permitir que la EPS obtenga ante el FOSYGA el reembolso del servicio no cubierto por el POS (...)”

“(…) La Corte ha afirmado que “los servicios de salud que se deba continuar prestando pueden estar o no incluidos en los Planes Obligatorios (POS y POSS). Para la Corte, si tales servicios (i) se encuentran fuera del Plan, (ii) venían siendo prestados por la entidad accionada (ARS, EPS o empresa solidaria de salud a la que se encuentre afiliado el menor), y (iii) son necesarios para tratar o diagnosticar una patología grave que padece, entonces, será la entidad accionada (EPS, ARS, o empresa solidaria de salud a la que se encuentre afiliado) la encargada de continuar con su suministro, **con cargo a recursos del FOSYGA**, hasta tanto otra entidad prestadora de servicios de salud asuma de manera efectiva la prestación de los servicios requeridos. Una vez suministrado el servicio médico excluido del Plan, la entidad respectiva tendrá derecho a repetir contra este fondo. De otro lado, considera la Corte que si los servicios requeridos (i) se encuentran dentro del Plan (POS o POSS), (ii) venían siendo prestados por la entidad accionada (EPS, ARS o por la empresa solidaria de salud a la que se encuentre afiliado el menor) y (iii) fueron ordenados por su médico tratante, entonces, será la entidad accionada (EPS, ARS o la empresa solidaria de salud a la que se encuentre afiliado el menor), la encargada de continuar con su suministro, con cargo a sus propios recursos.”(…)

“(…) **Se advierte que los reembolsos al FOSYGA únicamente operan frente a los servicios médicos ordenados por jueces de tutela o autorizados por el CTC en el régimen contributivo.** (…)” (Subraya y negrita fuera del texto)

- Sentencia C-463-2008:

“(…) aborda el Ministerio el tema de los servicios y beneficios no incluidos en el Plan Obligatorio de Salud -POS-. A este respecto, explica que, en cuanto el POS no puede ser ilimitado, en razón a que se encuentra restringido por la disponibilidad de recursos, cualquier otra prestación que no se encuentre incluida en el Plan Obligatorio de Salud - POS no se encuentra financiada en la UPC que el Régimen Contributivo reconoce a las Entidades Promotoras de Salud - EPS para la prestación de los servicios. Afirma que no obstante lo anterior, **las prestaciones no incluidas en el POS que autorizan los Comités Técnico Científicos son cubiertas con los recursos del mismo Régimen Contributivo, lo cual se ha venido haciendo a través de la figura del recobro al FOSYGA** por parte de las entidades que asumen el suministro del medicamento. (…)”

“(…) no sólo el FOSYGA para el caso del Régimen Contributivo, sino también las EPS deben responder económicamente por los servicios de salud que no se encuentren incluidos en el POS cuando éstos sean ordenados por el médico tratante, en cuyo caso como se ha anotado, dichos requerimientos adquieren el estatus de fundamentales para el paciente, razón por la que esta Corte considera falaz el argumento según el cual la medida restrictiva protege especialmente las finanzas del sistema. (…)”

“(…) advierte la Corte que el Estado **se encuentra obligado jurídicamente a destinar las partidas presupuestales necesarias dentro del gasto público para el cubrimiento de las necesidades básicas en salud de la población colombiana, lo cual también incluye las prestaciones en salud No-POS ordenadas por el médico tratante que sean necesarias para restablecer la salud de las personas, las cuales deben ser cubiertas por el FOSYGA** en el Régimen Contributivo y las entidades territoriales en el Régimen Subsidiado, y ello precisamente con la finalidad de lograr el equilibrio del sistema en salud. (…)” (subraya y negrita fuera del texto)

- Sentencia C-316-2008:

“(…) la Corte Constitucional ha desarrollado una importante doctrina constitucional, señalando que procede la acción de tutela contra la EPS que ha negado los respectivos tratamientos o medicamentos, a fin de que sea obligada a suministrarlos. Ha señalado igualmente la mencionada doctrina, que, en tales eventos, por estar **los respectivos medicamentos o tratamientos excluidos del plan de beneficios, las EPS tienen acción contra el Fondo de Solidaridad y garantía - FOSYGA- con la finalidad de que les sea reconocido por el mencionado fondo los costos respectivos**, toda vez que no están las EPS obligadas a asumir costos adicionales a los que corresponden a los tratamientos y medicamentos incluidos en el plan de beneficios (…)”

- Sentencia C- 607 de 2012:

“Se concluye entonces que los recursos destinados a la seguridad social, ya sea que provengan de aportes directos de los empleadores, de los trabajadores, del Estado o de cualquier otro actor del sistema, tienen necesariamente destinación específica. Sobre la manera en que ingresan y se administran dichas sumas, se pronunció esta Corporación en Sentencia SU-480 de 1997[28]. Dijo la Corte:

7.1. Recursos del sistema

El sistema de seguridad social en Colombia es, pudiéramos decir, mixto.

Los afiliados al régimen contributivo deben cotizar mediante aportes que hará el patrono 8% y el trabajador 4% o sea, que el sistema recibe el 12% del salario del trabajador (Art. 204 Ley 100).

La seguridad social prestada por las E.P.S. tiene su soporte en la TOTALIDAD de los ingresos de su régimen contributivo.

Por consiguiente, forman parte de él:

a) Las cotizaciones obligatorias de los afiliados, con un máximo del 12% del salario base de cotización, el cual no podrá ser inferior al salario mínimo.

b) También, ingresan a este régimen contributivo las cuotas moderadoras, los pagos compartidos, (artículo 27 del decreto 1938 de 1994) las tarifas, las bonificaciones de los usuarios.

c) Además los aportes del presupuesto nacional.

Lo importante para el sistema es que los recursos lleguen y que se destinen a la función propia de la seguridad social. Recursos que tienen el carácter de parafiscal.

Como es sabido, los recursos parafiscales “son recursos públicos, **pertenecen al Estado**, aunque están destinados a favorecer solamente al grupo, gremio o sector que los tributa”[29], por eso se invierten exclusivamente en beneficio de éstos. **Significa lo anterior que las cotizaciones que hacen los usuarios del sistema de salud, al igual que, como ya se dijo, toda clase de tarifas, copagos, bonificaciones y similares y los aportes del presupuesto nacional, son dineros públicos que las EPS y el Fondo de solidaridad y garantía**

administran sin que en ningún instante se confundan ni con patrimonio de la EPS, ni con el presupuesto nacional o de entidades territoriales, porque no dependen de circunstancias distintas a la atención al afiliado.”

De acuerdo con lo anterior, no existe ninguna disposición legal o interpretación jurisprudencial que establezca la obligación de pago de los recobros por beneficios extraordinarios no incluidos en el POS con recursos de terceros diferentes a los del entonces FOSYGA.

Según el Contratos de Consultoría No. 055 de 2011, suscrito con el Ministerio de Salud y Protección Social, la auditoría en salud, jurídica y financiera de las solicitudes de recobro efectuada por dicha Unión Temporal, **es un mecanismo de control previo para definir sobre el reconocimiento de éstos**, los cuales, en etapa posterior, serán pagados por el administrador de los recursos del entonces FOSYGA, con recursos propios de dicha cuenta, si se cumple el lleno de requisitos de la normatividad vigente.

Dicho de otro modo, la Unión Temporal Nuevo FOSYGA tan solo es un contratista del Ministerio, cuya labor se circunscribe a auditar las solicitudes radicadas por las entidades recobrantes, de manera que no administran las subcuentas del entonces FOSYGA (ADRES), no les corresponde efectuar el pago de los recobros con cargo a las mismas y, mucho menos, realizar el pago empleando su propio patrimonio.

Sobre el tema, la Sala Laboral del H. Tribunal Superior de Bogotá, Magistrada Ponente: María Isabel Arango Secker, en sentencia del 24 de abril de 2018, precisó que los recobros presentados por las Entidades Promotoras de Salud ante el Ministerio de Salud y Protección no deben ser pagados por las entidades encargadas de realizar la auditoría en salud, jurídica y financiera de las solicitudes de recobro por beneficios extraordinarios no incluidos en el POS de la siguiente forma:

*“De otra parte, en lo que se refiere a la condena que solidariamente se impartió a la UNIÓN TEMPORAL NUEVO FOSYGA, se considera que **no hay lugar a la misma, como quiera que las normas que regulan el pago de los recobros y/o reembolso de los costos de los servicios de salud no POS a favor de las EPS, como ya se indicó al inicio de estas consideraciones, está a cargo del Fondo de Solidaridad y Garantía, FOSYGA con recursos propios**; y en este caso, no hay lugar a la solidaridad mencionada en el fallo de primer grado por cuanto la condena no obedeció a una causa imputable a las demandadas, por el contrario la Unión Temporal actuó en consonancia con las normas legales al momento de auditar las cuentas de cobro, glosándolas por extemporaneidad, tal como se explicó en precedencia, de modo pues que actuó en cumplimiento de un deber legal lo que rompe con cualquier nexo de causalidad frente a un posible daño que haya sufrido la EPS demandada, en la medida que la falta de pago de los recobros ocurrió por su culpa exclusiva, esto es, no haberlos efectuado dentro de los 6 meses como lo prescriben las normas antes anotadas. De esta manera, habrá de exonerarse de la condena impuesta, a dicha Unión Temporal en su calidad de auditor y como consecuencia de ellos, por sustracción de materia no hay lugar a pronunciamiento alguna frente al llamamiento en garantía que esta entidad provocó en el proceso.”(...)[2] (Negrita fuera del texto original)*

[2] TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ D.C. – Sala Laboral. Magistrada Ponente: María Isabel Arango Secker. Radicado: 11001-31-05-000-2017-002075-01. Demandante: Entidad Promotora de Salud FAMISANAR CAFAM – Colsubsidio Ltda. Demandado: Ministerio de Salud y Protección Social – Fiduciaria Colombiana de Comercio Exterior S.A. – Fidulcodex – Fiduciaria La Previsora S.A. – Asesoría en Información de Datos S.A. – Servis Outsourcing Informático S.A. y Assenda S.A.S. Bogotá, D.C. 24 de abril de 2018.

En similar sentido, se pronunció esa misma Corporación en sentencia de 16 de abril de 2018^[3], mediante la cual modificó la decisión de 28 de julio de 2017, proferida por el Superintendente Delegado para la Función Jurisdiccional y de Conciliación de la Superintendencia Nacional de Salud, al señalar lo siguiente:

“En relación con el argumento de la Unión Temporal en cuanto a que no debe haber solidaridad entre ella y el Ministerio, se observa que lo reclamado es el pago de servicios NO POS y tanto el Consorcio SAYP 2011 integrado por FIDUPREVISORA Y FIDUCOLDEX y LA UNIÓN TEMPORAL FOSYGA 2014, integrado por ASD S.A., ASSEDA SAS Y CARVAJAL S.A son terceros que sólo tienen una relación de auditoría, recaudo y administración derivados del contrato de fiducia, luego no deben responder por el pago de los recobros generados, pues es el Ministerio quien deberá cancelarlos.

Se reitera, las funciones de aquellas sólo son entre otras, las de auditoría y administración incluyendo desde luego, según se desprende de los contratos de fiducia, el radicar y tramitar los documentos soportes de los recobros presentados por personas naturales y jurídicas con cargo a las subcuentas de compensación y solidaridad del FOSYGA bajo la normatividad vigente a la fecha de cada presentación, las distribuciones que impartiére el Ministerio de Salud y de la Protección Social y lo contemplado en el contrato de encargo fiduciario, así como en el manual de operación del FOSYGA y ello resalta la Sala solo, indica que apoyan o asesoran a la demandada en cuanto (sic) a la procedencia o no de los recobros, pero de ninguna manera implica que resulten afectadas con una posible o eventual condena.

Por lo anterior, se modificará la decisión tomadas por la Superintendencia en el sentido de declarar que no existe solidaridad entre la Unión Temporal Nuevo Fosyga y el Ministerio de Salud.”

Por su parte, la Superintendente Delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación, sentencia de primera instancia proferida el 17 de septiembre de 2018, dentro del proceso J-2015-0792, iniciado por Famisanar, declaró probada la excepción de inexistencia de la obligación de pago con recursos propios por parte de la Unión Temporal Nuevo FOSYGA, para tal efecto, señaló que su entendimiento sobre la responsabilidad solidaria cambió en atención a los fallos de segunda instancia del Tribunal Superior de Bogotá antes citadas, en su tenor literal señaló:

*“Así las cosas, bajo el derrotero dado por el Tribunal Superior de Bogotá, cobra relevancia y se configura la excepción de Inexistencia de la obligación de pago con recursos propios por parte de la Unión Temporal Nuevo Fosyga, formulada por el apoderado de la UT, **pues como lo ilustran las decisiones del Tribunal , ni las labores que desarrollan los miembros de la Unión Temporal ni el ordenamiento legal y/o contractual generan obligación de pago de recobros con recurso diferentes a los del FOSYGA.** Con lo que, al estar configurada la excepción propuesta, así se declarará y, consecuentemente, ha de entenderse eximida a la Unión Temporal Nuevo Fosyga de cualquier responsabilidad frente al pago por concepto de los recobros reclamados en este proceso jurisdiccional”*

[3] TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ D.C. – Sala Laboral. Magistrada Ponente: Marleny Rueda Olarte. Radicado: 11001-31-05-000-2018-00027-01. Demandante: Entidad Promotora de Salud FAMISANAR CAFAM – Colsubsidio Ltda. Demandado: Ministerio de Salud y Protección Social – Fiduciaria Colombiana de Comercio Exterior S.A. – Fidulcodex – Fiduciaria La Previsora S.A. – Asesoría en Información de Datos S.A. – Servis Outsourcing Informático S.A. y Assenda S.A.S. Bogotá, D.C. 16 de abril de 2018.

“(…) DÉCIMO: DENEGAR las pretensiones de la demanda frente a la UNIÓN TEMPORAL NUEVO FOSYGA (integrada por CARVAJAL TECNOLOGÍA Y SERVICIOS S.A.S., GRUPO ASESORÍA EN SISTEMATIZACIÓN DE DATOS S.A.S., SERVIS OUTSOURCING INFORMÁTICO S.A.S) al prosperar la excepción de Inexistencia de la obligación de pago con recursos propios por parte de la Unión Temporal Nuevo Fosyga, conforme a las consideraciones hechas por este Despacho.” (Negrilla fuera de texto original).

Consecuencia natural de la falta de legitimación en la causa por pasiva es que en el evento remoto en que el Despacho encuentre que las solicitudes de recobro objeto de la presente demanda debieron ser canceladas por quien ostentaba en ese momento la administración de los recursos del entonces FOSYGA, deberá ser con cargo a dichos recursos que se realice el pago de una eventual condena judicial, declarando absueltas a mis representadas de las solicitudes que obran en su contra, tal y como sucedió en el precedente analizado por la Sala Laboral del H. Tribunal Superior de Bogotá el 24 de abril de 2018, donde se indicó que los cobros presentados por las Entidades Promotoras de Salud ante el Ministerio de Salud y Protección no deben ser pagados por las entidades encargadas de realizar la auditoría en salud, jurídica y financiera de las solicitudes de recobro por beneficios extraordinarios no incluidos en el POS de la siguiente forma:

*“De otra parte, en lo que se refiere a la condena que solidariamente se impartió a la UNIÓN TEMPORAL NUEVO FOSYGA, se considera que **no hay lugar a la misma, como quiera que las normas que regulan el pago de los cobros y/o reembolso de los costos de los servicios de salud no POS a favor de las EPS, como ya se indicó al inicio de estas consideraciones, está a cargo del Fondo de Solidaridad y Garantía, FOSYGA con recursos propios (...)**”¹⁰ (Negrilla fuera del texto original)*

Con fundamento en el artículo 278 del CGP, solicito que en cuanto se encuentre acreditada la falta de legitimación en la causa de mis representadas, cualquiera fuere el estado del proceso, se dicte sentencia anticipada en relación con éstas.

4.3. LIMITACIÓN DE COMPETENCIA DE LA JURISDICCIÓN ORDINARIA LABORAL PARA RESOLVER SOBRE LA RESPONSABILIDAD DE LAS SOCIEDADES QUE CONFORMAN LA UNIÓN TEMPORAL NUEVO FOSYGA

El Código Procesal del Trabajo establece en el artículo 2º la competencia de la jurisdicción ordinaria laboral y de seguridad social, señalando en el artículo 4º modificado por el artículo 622 de la Ley 1564 de 2012 que esta jurisdicción es competente para conocer de: *“Las controversias relativas a la prestación de los servicios de la seguridad social que se susciten entre los afiliados, beneficiarios o usuarios, los empleadores y las entidades administradoras o prestadoras, salvo los de responsabilidad médica y los relacionados con contratos.”*

Es importante señalar que el Sistema General de Seguridad Social en Salud está compuesto por: (i) Las entidades del Estado (Ministerio de Salud y Protección Social y Superintendencia Nacional de Salud), (ii) los aseguradores que son las Entidades Promotoras de Salud EPS y las Administradoras de Riesgos Laborales (ARL), y (ii) las instituciones prestadoras de salud (IPS).

¹⁰ TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ D.C. – Sala Laboral. Magistrada Ponente: María Isabel Arango Secker. Radicado: 11001-31-05-000-2017-002075-01. Demandante: Entidad Promotora de Salud FAMISANAR CAFAM – Colsubsidio Ltda. Demandado: Ministerio de Salud y Protección Social – Fiduciaria Colombiana de Comercio Exterior S.A. – Fidulcodex – Fiduciaria La Previsora S.A. – Asesoría en Información de Datos S.A. – Servis Outsourcing Informático S.A. y Assenda S.A.S. Bogotá, D.C. 24 de abril de 2018.

La Unión Temporal Nuevo FOSYGA y las empresas particulares que las conforman CARVAJAL TECNOLOGÍA Y SERVICIOS S.A.S. (antes, ASSENDA S.A.S.), GRUPO ASESORÍA EN SISTEMATIZACIÓN DE DATOS, SOCIEDAD POR ACCIONES SIMPLIFICADA – GRUPO ASD S.A.S (antes, ASESORÍA EN SISTEMATIZACIÓN DE DATOS SOCIEDAD ANÓNIMA – A.S.D. S.A.) y SERVIS OUTSOURCING INFORMÁTICO SOCIEDAD POR ACCIONES SIMPLIFICADA. – SERVIS S.A.S. (antes, SERVIS OUTSOURCING INFORMÁTICO S.A., tienen es un vínculo contractual con el Ministerio de Salud y Protección Social. En este sentido, la Unión Temporal fue contratista estatal del Ministerio de Salud y Protección Social **y no así, entidad del Sistema General de Seguridad Social en Salud.**

La misma disposición citada establece que la competencia se deriva de controversias referentes al sistema general de seguridad social integral que se susciten **entre los afiliados, beneficiarios o usuarios, los empleadores y las entidades administradoras o prestadoras**, como quiera que la naturaleza jurídica de mis representadas no se encaja en ninguna de las figuras citadas en la norma, no puede entonces indicarse que es competencia de la jurisdicción ordinaria laboral.

La Unión Temporal Nuevo Fosyga, responde frente al Ministerio de Salud y Protección Social como contratista del Estado y su responsabilidad deriva de la ejecución de las obligaciones relacionadas con el objeto y alcance de los servicios contratados por el Ministerio y frente a un caso de incumplimiento contractual, el mismo se da es a instancias de las normas de contratación estatal plenamente aplicables y frente al juez del contrato estatal.

De manera que no le es dable al juez ordinario laboral como lo pretende el accionante, determinar la responsabilidad de la Unión Temporal Nuevo FOSYGA sobre el pago de unos recursos que son del sistema general de seguridad social en salud.

Cabe resaltar que la auditoría la realiza el contratista estatal en atención a las obligaciones adquiridas por virtud de dicho contrato, atendiendo siempre las normas y verificando el cumplimiento de lo dispuesto en sus términos, situación que en ningún caso ha sido controvertida por el Ministerio de Salud y Protección Social, a la fecha.

En virtud de lo previsto en el artículo 141 del C.P.A.C.A. establece el medio de control de controversias contractuales, en virtud del cual se tramitan los asuntos relacionados con incumplimientos en contratos estatales. Sobre el particular, a manera de ejemplo me permito citar la siguiente sentencia del Consejo de Estado¹¹, en la que se manifestó:

*“(...) A través del medio de control de controversias contractuales consagrado en el artículo 141 del CPACA, las partes de un contrato estatal pueden solicitar que “se declare su existencia o su nulidad, que se ordene su revisión, **que se declare su incumplimiento**, que se declare la nulidad de los actos administrativos contractuales, **que se condene al responsable a indemnizar los perjuicios**, y que se hagan otras declaraciones y condenas”.*

Al respecto, cabe recordar que, tal y como ocurría en vigencia del Decreto 01 de 1984 - artículo 87 -, para que una pretensión pueda ser resuelta a través del medio de control de controversias contractuales, es necesario que la misma tenga por origen un contrato estatal, pues en virtud de este medio es procedente solicitar, entre otras pretensiones, la del incumplimiento del contrato y el consecuente restablecimiento y/o indemnización de perjuicios”

¹¹ Fallo Consejo de Estado con radicado No. 25000-23-36-000-2012-00403-01(46112), proferida el 10 de julio de 2013, Consejero Ponente: Hernán Andrade Rincón.

Por su parte, la Corte Constitucional en Sentencia C- 388 de 1996, estableció el alcance de la competencia de la jurisdicción contencioso administrativa en materia de controversias contractuales indicando:

*“Actuando en una forma congruente y siendo coherente con la determinación de crear una sola categoría de contratos para el sector público, **el legislador también procedió a unificar el juez competente para resolver las controversias derivadas de los mismos, dentro de las cuales se encuentran no sólo las que se presentan en la etapa precontractual y contractual sino también en la postcontractual, competencia que radicó en la jurisdicción contencioso administrativa, como aparece en el artículo 75 de la ley 80 de 1993, que es objeto de acusación parcial en este proceso.**”*
(negrillas fuera de texto)

Frente al objeto de conocimiento de la jurisdicción contencioso administrativa descrito en el artículo 104¹² del CPACA, la sentencia de tutela del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, M.P. Hugo Fernando Bastidas Bárcenas, expediente 2016-02299, proferida el 10 de octubre de 2016, señaló que acude a criterios orgánicos, en tanto en las controversias de su conocimiento figuran entidades públicas, y materiales porque los conflictos son derivados de actos, contratos, hechos, omisiones y operaciones sujetos a derecho administrativo, concluyendo que *“para que un asunto sea de conocimiento de la jurisdicción de lo contencioso administrativo es necesario que una de las partes del conflicto sea el Estado o un particular en ejercicio de función administrativa y que el conflicto se origine en expresiones estatales sometidas a derecho administrativo”*, requisitos que se cumplen a cabalidad en el asunto de la referencia, cuando se pretende imputar responsabilidad a mis representadas por la ejecución de los contratos celebrados con el Ministerio de Salud y Protección Social.

En este sentido, debe recordarse que la Constitución Política prevé expresamente en el artículo 29 que nadie podrá ser juzgado sino ante juez o tribunal competente, lo que ha sido interpretado por la jurisprudencia constitucional en sentencias como la C – 755 de 2013, como que no basta con ser juzgado por un juez, sino que el juez que conoce del asunto debe contar con la competencia para resolverlo.

En todo caso, desde antes de ser proferida la modificación legal indicada la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia Sala Civil, consideraba como límites de la jurisdicción ordinaria laboral, aquellos asuntos que involucraran la responsabilidad médica civil, estatal o penal, y se reitera, si en este asunto se debate la responsabilidad de mis representadas por un incumplimiento contractual, debería entonces acudir a la jurisdicción pertinente, esto es la contenciosa administrativa para resolver este asunto. La Sala Civil frente a la incompetencia del juez laboral, para resolver asuntos de responsabilidad médica, en la sentencia del 4 de mayo de 2009, M.P. William Namén Vargas, radicado: 05001-3103-002-2002-00099-01, manifestó los siguientes argumentos que deberán ser tomados en cuenta de manera semejante a lo expuesto en los casos de responsabilidad médica, por tratarse de controversias relacionadas con contratos:

“[...] la inteligencia genuina de la locución seguridad social integral, concebida como el conjunto armónico de sujetos públicos y privados, normas y procedimientos inherentes a los regímenes de pensiones, salud, riesgos

¹² ARTÍCULO 104. DE LA JURISDICCIÓN DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. La Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo está instituida para conocer, además de lo dispuesto en la Constitución Política y en leyes especiales, de las controversias y litigios originados en actos, contratos, hechos, omisiones y operaciones, sujetos al derecho administrativo, en los que estén involucradas las entidades públicas, o los particulares cuando ejerzan función administrativa.

profesionales y servicios sociales complementarios definidos por el legislador para procurar la efectiva realización de los principios de solidaridad, universalidad y eficiencia enunciados en el artículo 48 de la Constitución Política y desarrollados por la Ley 100 de 1993 y sus normas complementarias, no comprende la atribución de competencias a los jueces ordinarios laborales, más que de estos asuntos, sin involucrar la responsabilidad médica civil, estatal o penal, siendo evidente, la competencia de esta Sala para decidir el recurso de casación.

En suma, la Sala, reitera íntegra su jurisprudencia sobre la competencia privativa, exclusiva y excluyente de la jurisdicción civil para conocer de los asuntos atañedores a la responsabilidad médica, con excepción de los atribuidos a la jurisdicción de lo contencioso administrativo y a la jurisdicción ordinaria laboral en materia de seguridad social integral, en cuanto hace exclusivamente al régimen económico prestacional y asistencial consagrado en la Ley 100 de 1993 y sus disposiciones complementarias”

Nótese como en el presente caso, el obligado a responder legalmente es el Ministerio de Salud y Protección Legal y no mis representadas, y la responsabilidad de la persona jurídica que represento solo puede devenir del incumplimiento del contrato estatal, de manera que la norma prevista no atribuye competencia a la jurisdicción ordinaria laboral para conocer de estos asuntos.

Finalmente, es importante resaltar que el hecho de que se haya atribuido la competencia a los jueces laborales para conocer de los asuntos propios de la seguridad social integral frente a la relación del afiliado, beneficiario o usuario, con la respectiva entidad administradora o prestadores de servicios de seguridad social integral, y que en virtud de lo anterior conozca de los conflictos relacionados con el no reconocimiento de los recobros y reclamaciones ECAT presentadas con cargo a los recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud, esto no hace extensivo la competencia para establecer condenas en contra de mis representadas quienes se reitera, no hacen parte del Sistema de Seguridad Social Integral y cumplen sus funciones de conformidad con los contratos celebrados con el Ministerio de Salud.

Por lo anterior, es dable afirmar que se escapa de la competencia de la Jurisdicción Ordinaria Laboral establecer la responsabilidad de la Unión Temporal Nuevo FOSYGA como contratista del Ministerio de Salud y Protección Social, en la medida en que el escenario judicial para discutir cualquier tipo de responsabilidad relacionado con el cumplimiento del Contrato de Consultoría 055 de 2011 es la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, a través de los medios de control previstos en el C.P.A.C.A., en cuyo caso el legitimado para hacerlo es el mencionado ente Ministerial como contratante y no cualquier tercero.

De otra parte, incluso para establecer los presuntos perjuicios ocasionados a terceros por la ejecución del Contrato de Consultoría 055 de 2011, la Jurisdicción Ordinaria Laboral, tampoco tiene competencia jurisdiccional para resolver tal controversia, pues dentro de los asuntos que se encuentran a su cargo, no está el de dirimir conflictos asociados a la responsabilidad extracontractual, asunto que debe tramitarse bajo el medio de control de reparación directa, en atención a lo dispuesto en el artículo 140 del C.P.A.C.A.

De conformidad con lo expresado existe falta de competencia por parte del juez laboral para examinar la responsabilidad de mis representadas, y consecuentemente condenarlas en



virtud de la auditoría en salud, jurídica y financiera realizada en cumplimiento del Contrato No. 055 de 2011.

4.4. CUMPLIMIENTO ESTRICTO DE OBLIGACIONES DE ORDEN LEGAL Y CONTRACTUAL.

En la cláusula séptima (obligaciones generales) numeral 1° del Contrato de Consultoría No. 055 celebrado entre la Unión Temporal Nuevo FOSYGA y el Ministerio de Salud y Protección Social, se estableció que ésta debería *“Auditar las reclamaciones ECAT y recobros por beneficios extraordinarios cumpliendo con todas las obligaciones legales y reglamentarias sobre el funcionamiento del FOSYGA y en particular las obligaciones relacionadas con los requerimientos previstos en la normatividad vigente, y los procesos, procedimientos e instrucciones suministrados por el Ministerio o quien haga sus veces y lo estipulado en el Anexo Técnico de este documento”*.

Así las cosas, tal como se expresa claramente en el Contrato de Consultoría No. 055 de 2011, la auditoría de los recobros se debe realizar en estricto cumplimiento de las normas vigentes y los procesos, procedimientos e instrucciones suministrados por el Ministerio de Salud y Protección Social.

El marco jurídico general relacionado con la auditoría de los recobros objeto de la presente demanda, que resulta de obligatorio cumplimiento y ejecución para la Unión Temporal Nuevo FOSYGA, incluye normas de naturaleza sustantiva (*cf.* Resolución 5261 de 1.994 del entonces Ministerio de Salud (CNSSS), los Acuerdos 008 de 2009 y 029 de 2011 de la CRES) en la que se disponen los contenidos del Plan Obligatorio de Salud y disposiciones de carácter adjetivo (*cf.* Resoluciones 3099 de 2008- incluidas sus modificaciones y adiciones) en las cuales se establecen los requisitos, criterios y el procedimiento que se debe implementar para efectos de tramitar los recobros por prestaciones extraordinarias no incluidas en el Plan Obligatorio de Salud. De ahí que en la auditoría adelantada por la Unión Temporal Nuevo FOSYGA se hubiesen aplicado estrictamente las normas anteriormente enunciadas y como consecuencia de ello se aplicaron las glosas y observaciones explicadas a lo largo del presente escrito.

4.5. INEXISTENCIA DE CULPA EN CABEZA DE LA UNIÓN TEMPORAL NUEVO FOSYGA

Para efectos de predicar la responsabilidad patrimonial de mis representadas por los hechos y circunstancias que se aducen en la demanda, es necesario establecer si se configuran los elementos estructurales de la responsabilidad patrimonial, que se pueden resumir en la existencia de un hecho o conducta dañosa imputable, el daño y un nexo de causalidad.

La prosperidad de las pretensiones frente a mis representadas requerirá la demostración de una culpa o falla en la auditoría. La culpa implicaría una violación del contenido obligacional impuesto a mis representadas, consistente en haber efectuado la auditoría a los recobros desconociendo el marco general de regulación del Plan Obligatorio de Salud y las normas relacionadas con el procedimiento de recobro de beneficios extraordinarios no incluidos en dicho plan, situación que no se presentó pues mis representadas actuaron de conformidad con la normatividad vigente.

De esta forma, al momento de realizar la auditoría, la Unión Temporal Nuevo FOSYGA actuó al amparo de la regulación expedida por la Comisión de Regulación en Salud y el Ministerio de Salud y Protección Social, aplicándola de forma estricta, sistemática e integral. En especial, no era posible que mis representadas autorizaran servicios incluidos en las normas que regulan el POS.

En ese orden de ideas, la Unión Temporal Nuevo FOSYGA, al haber dado aplicación integral, sistemática y estricta a los Acuerdos 008 de 2009 y 029 de 2011 de la CRES y a la Resolución 3099 de 2008 y sus modificaciones, efectuó la correspondiente auditoría de la forma establecida en los actos administrativos de carácter general que regulan la materia y por tal motivo cumplió con sus obligaciones legales, obrando diligente y cuidadosamente, sin que pueda imputarse falla o culpa en su actuar, respecto de los **11 recobros** auditados por mis representadas.

De otra parte, frente a los **5 recobros** que habrían sido formulados por la demandante ante el entonces Ministerio de la Protección Social y el Consorcio FIDUFOSYGA 2005, la Unión Temporal Nuevo FOSYGA, conformada por mis representadas, no desplegó ninguna conducta activa u omisiva relacionada con las decisiones que se cuestionan en la demanda, motivo por el cual, no es posible efectuar imputación jurídica a partir de ningún título de imputación, bien sea éste de carácter subjetivo u objetivo.

4.6 INEXISTENCIA DE RESPONSABILIDAD SOLIDARIA

En el caso objeto de estudio no se dan los supuestos necesarios para que ante una eventual condena se predique la solidaridad de mis representadas para con el Ministerio de Salud y Protección Social (ahora ADRES) como quiera que la responsabilidad no está en cabeza de terceros sino de manera exclusiva del Estado y en este sentido no se cumplen los supuestos del artículo 1568 del Código Civil¹³ según los cuales para que una obligación sea solidaria necesariamente debe estar a cargo de una pluralidad de sujetos.

Así pues, se reitera que las pretensiones económicas de la entidad accionante, no están en cabeza de varios sujetos, pues la obligación de pago en caso de una eventual condena se predica únicamente frente al Estado, hoy en día a través de la Entidad Administradora del Sistema General de Seguridad Social en Salud –ADRES, de manera que si bien aparecen diferentes sujetos vinculados en el proceso, esto no es indicio de que frente a cada sujeto procesal que obre en la parte pasiva se predique una obligación para con el demandante.

En el presente caso, entonces, no existe multiplicidad de deudores, sino que ante una eventual condena, esta se deberá dirigir en contra de la Entidad Administradora del Sistema General de Seguridad Social en Salud –ADRES, quien administra los recursos de salud con los que se financian las prestaciones objeto de la presente acción, afirmar lo contrario sería imponer una carga a particulares que no les corresponde, e inclusive propiciar la figura de un enriquecimiento sin justa causa frente a mis representadas por cuanto no existe disposición legal o contractual que las obligue a responder con su peculio por prestaciones que deben ser asumidas por el Sistema General de Seguridad Social en Salud.

Adicionalmente, es preciso resaltar que la obligación solidaria se caracteriza, según el Doctor David Namen¹⁴, por:

“Estas concepciones permitirían decir que la obligación solidaria, es una obligación que necesariamente requiere una pluralidad subjetiva, demanda una unidad en la relación obligatoria, existe una paridad de trato y necesariamente debe tener una tipicidad legal o negocial, sin perjuicio de la presunción propia del Código de Comercio.

¹³ ARTÍCULO 1568. En general cuando se ha contraído por muchas personas o para con muchas la obligación de una cosa divisible, cada uno de los deudores, en el primer caso, es obligado solamente a su parte o cuota en la deuda, y cada uno de los acreedores, en el segundo, sólo tiene derecho para demandar su parte o cuota en el crédito. Pero en virtud de la convención, del testamento o de la ley puede exigirse cada uno de los deudores o por cada uno de los acreedores el total de la deuda, y entonces la obligación es solidaria o in solidum.

¹⁴ “La regla de la división de la deuda en el Régimen Civil y la Presunción de Solidaridad en materia Mercantil”. Revista e-Mercatoria Volumen 16, Número 1 (enero- junio de 2017)

A su vez, en esta clase de obligaciones el acreedor o los acreedores puede satisfacer coactivamente la prestación contra uno o varios de los deudores, quienes deberán el todo y por entero, sin importar la naturaleza del objeto

El código civil colombiano no alude a la naturaleza de la obligación in solidum. Tan solo se limita a consagrar el principio de la divisibilidad y enfatiza que la solidaridad debe tener su fuente en la “convención”, el “testamento” ó la “ley”¹⁸. Lo anterior implica, que la solidaridad puede ser activa ó pasiva, dependiendo del lugar donde concurra la pluralidad y en ambos casos debe dimanar de la ley ó del negocio jurídico, es decir, debe ser expresamente declarada, de lo contrario, se entiende que la obligación es divisible.”

Tal y como se ha argumentado, no es cierto que mis representadas estén en igualdad de condiciones que el Ministerio de Salud y Protección Social o la ADRES, ni que a estas pueda exigírseles el todo por el todo, pues se trata de particulares que no deben asumir con sus propios recursos aquellos destinados al cubrimiento del aseguramiento en salud.

Así mismo, vale la pena resaltar que al tenor de lo dispuesto en el Código Civil, conforme citaba el doctrinante, las obligaciones solidarias tienen su fuente en la Ley, los contratos o el testamento, y en el presente caso no se dispuso ni en la Ley, ni en un negocio jurídico, ni mucho menos en una disposición testamentaria dicha obligación frente a mis representadas, por lo que también hay ausencia de esta declaración, y en consecuencia no se cumplen los presupuestos dispuestos en este estatuto.

La responsabilidad solidaria se predica de obligaciones solidarias, y en este caso se advierte que no existe ni siquiera una obligación que haya surgido de mis representadas frente a la EPS accionante, por cuanto no tuvo una relación jurídica con esta, y su participación en el proceso de auditoría se hacía en calidad de contratista del Ministerio de Salud y Protección Social (luego de la ADRES en virtud de la supresión del FOSYGA), es decir que no existe una relación obligatoria frente al demandante y la determinación de si existió una responsabilidad en la ejecución de las obligaciones contractuales de mis representadas se predica es frente al ente Ministerial mas no frente a la EPS demandante. En este sentido, se debe recordar que las obligaciones surgen de contratos, cuasicontratos, delitos y cuasidelitos y en ausencia de cualquiera de estas causas frente al demandante se predica la inexistencia obligacional y consecuentemente la inexistencia de responsabilidad.

En este punto es preciso traer a colación varios antecedentes, del todo semejantes a la controversia que aquí nos convoca, a saber:

- Mediante auto de 29 de enero de 2018, el **Juzgado 37 Laboral del Circuito de Bogotá** rechazó la demanda interpuesta por Salud Total EPS-S S.A. contra la Unión Temporal Nuevo Fosyga y, a la vez, la admitió, únicamente, respecto de la ADRES.
- A su turno, mediante autos de 5 de marzo de 2018 y de 9 de abril de 2018, el **Juzgado 5 Laboral del Circuito de Bogotá**, respecto de procesos similares a este con números de radicado 2015-00040, 2015-00162 y 2016- 00044 respectivamente, ordenó desvincular, entre otros, a las sociedades que conformaban tanto la Unión Temporal Nuevo Fosyga, como la Unión Temporal Fosyga 2014 y, al mismo tiempo, ordenó integrar el contradictorio con la ADRES. Lo mismo sucedió en el proceso adelantado ante dicho juzgado con número de radicado 2014- 00525, en el que se aceptó la solicitud de desvinculación mediante auto del 15 de agosto de 2018, así como en el 2015- 00100 en el que en la etapa de saneamiento se dispuso la desvinculación de mis representadas y consecuentemente del llamado en garantía en audiencia del 01 de octubre de 2018; por citar solo algunos de los autos proferidos en este sentido.

- El **Juzgado 11 Laboral del Circuito de Bogotá** también ha proferido autos aceptando la desvinculación de las sociedades que conforman la Unión Temporal Nuevo FOSYGA, como puede comprobarse en el proceso 2015- 000821, en el que en audiencia del 25 de junio de 2018, se resolvió desvincular a mis representadas al tomar como consideración que lo pretendido en ese proceso era el reconocimiento y pago de los recobros de servicio de salud, no contenidos en el POS, en los que, como quiera que se sufragan con los recursos del FOSYGA, la titularidad de la obligación de pago recae directamente en el Estado representado por la entidad ADRES, por tanto es a este ente a quien le corresponde dirigir o adelantar mancomunadamente el respectivo proceso de pago, reconociendo que la actuación de la Unión Temporal es meramente administrativa o interadministrativa, por lo que no da lugar a continuar el proceso con estas figuras asociativas. En dicho juzgado también se profirieron autos desvinculando a mis representadas en los procesos 2015- 00388 (auto del 18 de julio de 2018) y 2015- 00794 (auto del 11 de julio de 2018).
- Por su parte, el **Juzgado 14 Laboral del Circuito de Bogotá** en audiencia celebrada el 6 de abril de 2018, en el proceso 2014-00420 resolvió desvincular a la Unión Temporal FOSYGA, toda vez que consideró que aquella solamente desplegó *“una actividad de auditoría que era necesaria únicamente en sede administrativa, en sede judicial, no se ha reportado como imperativa su comparecencia en tanto se considera que quien ha estar vinculado es el ente pagador que en este caso la ADRES que ahora maneja totalmente los recursos para la salud”*.

De manera similar, dicho Despacho Judicial, procedió a desvincular a mis representadas en los procesos: 2015-00228 (mediante auto del 19/02/2019 notificado el 05/03/2019), 2014- 00477, 2014- 00464 y 2015- 00061 (mediante auto del 16 de julio de 2019).

- Así mismo, el **Juzgado 15 Laboral del Circuito de Bogotá**, en auto del 14 de mayo de 2019 procedió a la desvinculación de mis representadas en el proceso 2015- 00626.
- De manera similar, el **Juzgado 27 Laboral del Circuito de Bogotá** en audiencia celebrada el 25 de junio de 2009 en el proceso 2015- 00390, resolvió desvincular a las sociedades que integran la Unión Temporal Nuevo FOSYGA con fundamento en que *“... Es absolutamente claro, que ante la entrada en vigencia del artículo 66 de la Ley 1753 de 2015 es la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud ADRES, por disposición general la única entidad encargada de asumir el manejo unificado de los recursos destinados a la financiación del Sistema General de Seguridad Social en Salud incluidas entre ellas todas las funciones que tenía el FOSYGA, no es procedente que continuemos el presente proceso contra las demandadas ... GRUPO ASESORÍA EN SISTEMATIZACIÓN DE DATOS SAS, SERVIS OUTSOURCING INFORMÁTICO SAS, y CARVAJAL TECNOLOGÍA Y SERVICIOS S.A.S razón por la cual se ordena su desvinculación del presente proceso y por sustracción de materia también se desvincula a la llamada en garantía ALLIANZ SEGUROS SA por lo que el proceso continuará únicamente contra la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud que está debidamente vinculada a este proceso como sucesora procesal del Ministerio de Salud y Protección Social (minuto 8:01 y siguientes)”*.
- Adicionalmente, es importante señalar que en concordancia con los argumentos citados, al resolver el recurso de reposición frente a esta decisión interpuesto por la parte demandante, la honorable juez manifestó: *“... Considera el Despacho que ya no tiene razón de ser continuar con esas entidades en la medida en que, contrario a lo manifestado por el apoderado de la parte actora, en nada se tienen porqué ver perjudicadas esas administradoras, porque ellas... perdón, esas entidades o personas jurídicas, en la medida en que ellas ya no administran los recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud. Aquí la única afectación, por decirlo de alguna manera, que eventualmente pudo existir es respecto de los recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud, no respecto del patrimonio*

de alguna de las entidades que se encuentran vinculadas, y teniendo en cuenta que esas entidades ya no administran los recursos sino que la única entidad que administra esos recursos es la ADRES, es la única entidad que tiene que estar vinculada a este proceso, reitero la única afectación es de los recursos del Sistema y no frente a sus patrimonios, por lo que el despacho mantiene su decisión de desvincular a las entidades a las que se hizo referencia (minuto 9: 56 y siguientes) ”

- Así mismo, en el proceso 2016- 00729, mediante auto del 5 de julio de 2019, el Juzgado dejó sin efecto el auto del 4 de abril de 2018, a través del cual se dispuso admitir la demanda en contra de mis representadas, al considerar que la admisión de la demanda sólo procedía en contra de la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud- ADRES, por cuanto *“a partir del 1 de agosto de 2017 es la única entidad encargada de asumir el manejo unificado de los recursos destinados a la financiación del Sistema General de la Seguridad Social en Salud”*.
- Más aun, la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, en sentencia de 16 de abril de 2018¹⁵, mediante la cual modificó la decisión de 28 de julio de 2017, proferida por el Superintendente Delegado para la Función Jurisdiccional y de Conciliación de la Superintendencia Nacional de Salud, concluyó, en una controversia semejante a esta, que no existía solidaridad entre la Unión Temporal Nuevo Fosyga y el Ministerio de Salud, habida cuenta que entre ellos solamente existió una relación de auditoría y que, por contera, aquella no estaba llamada a responder por el pago de los recobros. En dicha oportunidad, la Sala concluyó que la Unión Temporal y el Consorcio SAYP 2011 solamente *“apoyan o asesoran a la demandada en cuanto (sic) a la procedencia o no de los recobros, pero de ninguna manera implica que resulten afectadas con una posible o eventual condena”*.
- En concordancia con la providencia anterior, la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, en sentencia de 24 de abril de 2018, mediante la cual modificó la decisión de 11 de julio de 2017, proferida por el Superintendente Delegado para la Función Jurisdiccional y de Conciliación de la Superintendencia Nacional de Salud, en el proceso 11001220500020172075-01 se dispuso: *“... en lo que se refiere a la condena que solidariamente se impartió a la UNIÓN TEMPORAL NUEVO FOSYGA, se considera que no **hay lugar a la misma, como quiera que las normas que regulan el pago de recobros y/o reembolso de los costos de los servicios de salud no POS a favor de la EPS, como ya se indicó al inicio de estas consideraciones, está a cargo del Fondo de Solidaridad y Garantía, FOSYGA con recursos propios.**(...) De esta manera, habrá de exonerarse de la condena impuesta, a dicha Unión temporal en su calidad de auditor y como consecuencia de ello, por sustracción de materia no hay lugar a pronunciamiento alguno frente al llamamiento en garantía¹⁶”*. (Negrita fuera del texto original)
- Por su parte, la Superintendente Delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación, en sentencia de primera instancia proferida el 17 de septiembre de 2018, dentro del proceso J-2015-0792, iniciado por Famisanar, declaró probada la excepción de inexistencia de la obligación de pago con recursos propios por parte de la Unión Temporal Nuevo FOSYGA, para tal efecto, señaló que su entendimiento sobre la

¹⁵ TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ D.C. – Sala Laboral. Magistrada Ponente: Marleny Rueda Olarte. Radicado: 11001-31-05-000-2018-00027-01. Demandante: Entidad Promotora de Salud FAMISANAR CAFAM – Colsubsidio Ltda. Demandado: Ministerio de Salud y Protección Social – Fiduciaria Colombiana de Comercio Exterior S.A. – Fidulcodex – Fiduciaria La Previsora S.A. – Asesoría en Información de Datos S.A. – Servis Outsourcing Informático S.A. y Assenda S.A.S. Bogotá, D.C. 16 de abril de 2018.

¹⁶ TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ D.C. – Sala Laboral. Magistrada Ponente: María Isabel Arango Secker. Radicado: 11001-31-05-000-2017-002075-01. Demandante: Entidad Promotora de Salud FAMISANAR CAFAM – Colsubsidio Ltda. Demandado: Ministerio de Salud y Protección Social – Fiduciaria Colombiana de Comercio Exterior S.A. – Fidulcodex – Fiduciaria La Previsora S.A. – Asesoría en Información de Datos S.A. – Servis Outsourcing Informático S.A. y Assenda S.A.S. Bogotá, D.C. 24 de abril de 2018.

responsabilidad solidaria cambió en atención a los fallos de segunda instancia del Tribunal Superior de Bogotá proferidos al respecto y en su tenor literal señaló:

*“Así las cosas, bajo el derrotero dado por el Tribunal Superior de Bogotá, cobra relevancia y se configura la excepción de Inexistencia de la obligación de pago con recursos propios por parte de la Unión Temporal Nuevo Fosyga, formulada por el apoderado de la UT, **pues como lo ilustran las decisiones del Tribunal , ni las labores que desarrollan los miembros de la Unión Temporal ni el ordenamiento legal y/o contractual generan obligación de pago de recobros con recurso diferentes a los del FOSYGA.** Con lo que, al estar configurada la excepción propuesta, así se declarará y, consecuentemente, ha de entenderse eximida a la Unión Temporal Nuevo Fosyga de cualquier responsabilidad frente al pago por concepto de los recobros reclamados en este proceso jurisdiccional”*

“(…) DÉCIMO: DENEGAR las pretensiones de la demanda frente a la UNIÓN TEMPORAL NUEVO FOSYGA (integrada por CARVAJAL TECNOLOGÍA Y SERVICIOS S.A.S., GRUPO ASESORÍA EN SISTEMATIZACIÓN DE DATOS S.A.S., SERVIS OUTSOURCING INFORMÁTICO S.A.S) al prosperar la excepción de Inexistencia de la obligación de pago con recursos propios por parte de la Unión Temporal Nuevo Fosyga, conforme a las consideraciones hechas por este Despacho.” (Negrilla fuera de texto original).

4.7. PAGO POR EL ENTONCES FOSYGA DE LOS VALORES RECLAMADOS A TRAVÉS DE LA UNIDAD DE PAGO POR CAPITACIÓN E IMPOSIBILIDAD DE RECOBRAR EXCLUSIONES DEL POS QUE CORRESPONDEN A PRESTACIONES QUE NO PUEDEN SER FINANCIADAS CON RECURSOS DEL SGSSS

Como se ha explicado a lo largo del presente escrito, los recobros presentan la glosa denominada “*Los valores objeto de recobro ya hayan sido pagados por el FOSYGA*” lo cual implica que lo recobrado debe ser asumido por la Entidad Promotora de Salud porque se encuentra incluido dentro del plan obligatorio de salud, y por lo tanto, el insumo o tecnología en salud está cubierto y pagado por el entonces FOSYGA a través de la Unidad de Pago por Capitación – UPC.

El Plan Obligatorio de Salud se refiere a un conjunto básico de servicios, procedimientos, medicamentos, intervenciones para la atención de toda y cualquier condición de salud, enfermedad o patología a que tienen derecho los afiliados sin importar el régimen al que pertenezcan. El POS es objeto de actualización por parte del Ministerio de Salud y Protección Social atendiendo la estructura demográfica de la población, el perfil epidemiológico nacional, la tecnología disponible en el país y las condiciones financieras del Sistema.

Además el Plan Obligatorio de Salud tiene como finalidad la recuperación de la salud, prevención de la enfermedad y el cubrimiento de ingresos de manera transitoria, a través de prestaciones económicas, en los eventos que se presenta incapacidad de trabajar por enfermedad, accidentes o por licencia de maternidad.

Para poder cubrir el conjunto de servicios contemplado en el Plan Obligatorio de Salud, el Sistema General de Seguridad Social en Salud prevé el reconocimiento anual por cada afiliado de la Unidad de Pago por Capitación que no es otra cosa que el valor que se reconoce a cada Entidad Promotora de Salud por la organización y garantía de la prestación de los servicios de salud contenidos en el mencionado plan, es una especie de “*prima*” del seguro en el sistema de seguridad social en salud.

En virtud de lo dispuesto en el artículo 182 de la Ley 100 de 1993, la unidad de pago por capitación se calcula en función del perfil epidemiológico de la población relevante, de los riesgos cubiertos y de los costos de prestación del servicio en condiciones medias de calidad, tecnología y hotelería.

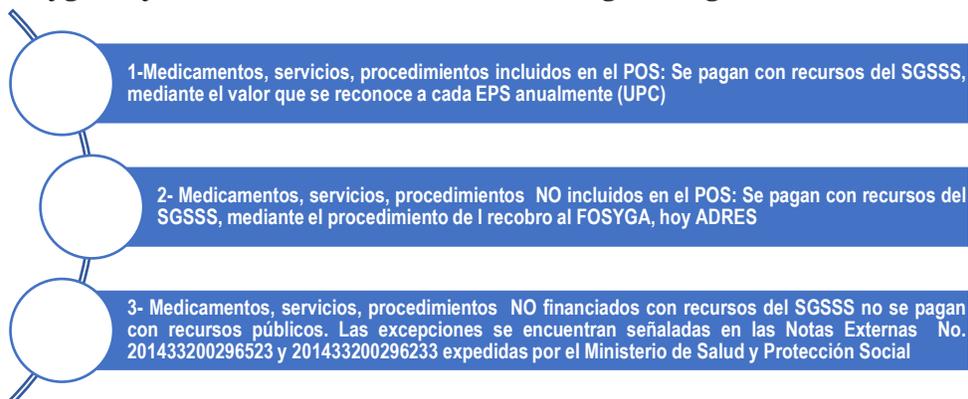
La definición y actualización de la UPC inicialmente estaba a cargo del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, posteriormente, en virtud de lo dispuesto en la Ley 1122 de 2007 dicha tarea se asignó a la Comisión de Regulación en Salud (CRES) y luego con ocasión de la expedición del Decreto 2560 de 2012, esta última comisión fue liquidada y sus funciones fueron trasladadas al Ministerio de salud y Protección Social.

A su vez, en consideración a lo previsto en el artículo 177 de la Ley 100 de 1993, las Entidades Promotoras de Salud tienen como función principal organizar y garantizar la prestación del Plan Obligatorio de Salud a sus afiliados.

Así las cosas, las Entidades Promotoras de Salud no pueden acudir bajo la figura del recobro a solicitar el pago de servicios, medicamentos, insumos o tecnologías en salud **incluidos** dentro del POS, habida cuenta que por ellos, el FOSYGA le ha reconocido y pagado la Unidad de Pago por Capitación, razón por la cual en el caso concreto, respecto de los recobros objeto de la presente demanda, no existe obligación del FOSYGA de pagar ningún valor, de lo contrario se estaría incurriendo en dobles pagos por un mismo servicio que ya fue cubierto con la UPC.

De otra parte, tal y como se comentó anteriormente existe un listado de servicios o tecnologías que se encuentran como exclusiones del POS que no pueden ser financiadas con recursos del SGSSS y que por ende no se reconocerán ni pagarán mediante mecanismo de recobros, por corresponder a prestaciones suntuarias y servicios exclusivamente cosméticos, servicios experimentales sin evidencia científica, o servicios que no son propios del ámbito de la salud, por ejemplo.

En resumen de lo expuesto, se tiene que existen diversas prestaciones que pueden ser suministradas por las EPS, unas se encuentran incorporadas en el POS, otras son NO POS, y otras corresponden a las denominadas exclusiones o tecnologías no financiadas con los recursos del sistema de salud, pero no todas son susceptibles de recobro ante el entonces FOSYGA, hoy ADRES, como se sintetiza en la siguiente gráfica:



4.8. IMPROCEDENCIA DE RECONOCIMIENTO DE INTERÉS DE MORA U OTRAS SANCIONES PECUNIARIAS.

Como se indicó anteriormente en el acápite de peticiones no es viable el pago de interés alguno en el presente caso, pues la auditoría en salud, jurídica y financiera realizada a los

recobros objeto de la presente litis se efectuó conforme a los actos administrativos vigentes en ese momento por lo que no es procedente el reconocimiento de ningún tipo de interés de mora.

Los intereses moratorios constituyen una obligación accesoria a la obligación principal, es decir si ésta última prospera, eventualmente podrían causarse los intereses moratorios de encontrarse probado el perjuicio ocasionado. Así las cosas, teniendo en cuenta que mis representadas no le adeudan a SANITAS EPS SA los valores recobrados a través del presente proceso, por no reunir los requisitos legales para su debido pago, no existe obligación principal y al seguir la pretensión accesoria la suerte de la principal tampoco habría lugar al reconocimiento de intereses moratorios ni ningún otro tipo de sanciones de carácter pecuniario.

Adicionalmente, en consideración a que la auditoría en salud, jurídica y financiera realizada a los recobros de SANITAS EPS SA se efectuó conforme a los actos administrativos vigentes en ese momento y que no existió un “incumplimiento” de mis representadas, en relación con la EPS demandante, no es procedente el reconocimiento de ningún tipo de interés de mora.

Se precisa que cuando la Unión Temporal Nuevo FOSYGA cumplió con su labor contractual de realizar la respectiva auditoría a los recobros presentados por las EPS al entonces FOSYGA, si dicho proceso culmina en la no aprobación o rechazo de un recobro es evidente que no se da lugar a obligación alguna por parte del Ministerio de la Salud y la Protección Social para con la EPS que ha presentado indebidamente los recobros.

De igual manera, que una EPS decida pagar por un procedimiento médico o el suministro de un medicamento o tratamiento a uno de los usuarios afiliados a ella, no genera per se una condición de obligación por parte del Ministerio y del FOSYGA a reembolsar los pagos realizados por la EPS, escasamente establece para la EPS una de las condiciones necesarias pero no es suficiente para la aprobación del recobro. La etapa de la auditoría es un procedimiento establecido por la ley para que el Estado a través del Ministerio de Salud y Protección Social determine si hay lugar a aprobar y posteriormente reconocer las solicitudes de recobro presentadas, así las cosas, la obligación económica puede ser entendida solamente configurada a partir de la aprobación del recobro.

El interés moratorio, es aquel interés que con objeto sancionatorio se aplica una vez se haya vencido el plazo para que se reintegre el capital cedido o entregado en calidad de préstamo y no se haga el reintegro o el pago, dicho interés, sólo opera una vez vencidos los plazos pactados.

Resulta claro entonces que no hay lugar al vencimiento de ninguna obligación entre el Ministerio de la Salud y la Protección Social y la entidad promotora de salud, pues ante una remota condena la obligación se declarará en el fallo lo cual a las luces del ordenamiento jurídico no tiene sustento para su procedencia por vía administrativa dadas las causales de glosa que ostentan y el incumplimiento de los requisitos legales para su debido pago.

Para que se pueda hablar de interés moratorio aplicable, se hace pues necesaria la concurrencia de todos los criterios y elementos que hacen exigible la obligación, así como su posterior vencimiento, en ese orden de ideas, erróneamente se asume que la simple presentación de los recobros ante el FOSYGA da origen a la obligación. Así las cosas, como reza el principio general del derecho: *“nadie puede alegar su propia culpa en beneficio propio”*. Existe un deber de coherencia entre el actuar del demandante y lo solicitado por

este, siendo pues improcedente que a raíz de su propia culpa el accionante alegue ahora la necesidad de liquidar intereses moratorios en concurrencia con corrección monetaria sin que la obligación se haya originado, por causas que le son imputables a él.

Ahora bien, en el hipotético caso de que se accedieran a las pretensiones principales, resulta pertinente señalar que el derecho a recobrar los procedimientos, servicios médicos e insumos recobrados nacería o surgiría con el reconocimiento que se haga en la sentencia que resuelva la presente controversia, habida cuenta que se ordenaría un pago que a las luces del ordenamiento jurídico no tiene sustento para su procedencia por vía administrativa dadas las causales de glosa que ostentan y el incumplimiento de los requisitos legales para su debido pago. Entonces, no habría lugar a ordenar el pago de intereses moratorios, esto es, castigar la mora del “deudor” porque el derecho al pago de la obligación principal se constituiría en el fallo judicial, desdibujándose así la principal característica de esta sanción; se insiste que en el sub lite no se configura mora alguna, en la medida en que la EPS demandante no tiene derecho al reconocimiento de los valores recobrados como quiera que existe sustento legal que impide su reconocimiento y pago.

Además teniendo en cuenta que algunos de los recobros objeto de la presente demanda presentan la causal de glosa de extemporaneidad, debe darse aplicación a lo dispuesto en el artículo 7° del Decreto Ley 1281 de 200217, norma que dispone:

“Artículo 7°. Trámite de las cuentas presentadas por los prestadores de servicios de salud. Además de los requisitos legales, quienes estén obligados al pago de los servicios, no podrán condicionar el pago a los prestadores de servicios de salud, a requisitos distintos a la existencia de autorización previa o contrato cuando se requiera, y a la demostración efectiva de la prestación de los servicios.

Cuando en el trámite de las cuentas por prestación de servicios de salud se presenten glosas, se efectuará el pago de lo no glosado. Si las glosas no son resueltas por parte de la Institución Prestadora de Servicios de Salud, IPS, en los términos establecidos por el reglamento, no habrá lugar al reconocimiento de intereses, ni otras sanciones pecuniarias.

En el evento en que las glosas formuladas resulten infundadas el prestador de servicios tendrá derecho al reconocimiento de intereses moratorios desde la fecha de presentación de la factura, reclamación o cuenta de cobro.

Las cuentas de cobro, facturas o reclamaciones ante las entidades promotoras de salud, las administradoras del régimen subsidiado, las entidades territoriales y el FOSYGA, se deberán presentar a más tardar dentro de los seis (6) meses siguientes a la fecha de la prestación de los servicios o de la ocurrencia del hecho generador de las mismas. Vencido este término no habrá lugar al reconocimiento de intereses, ni otras sanciones pecuniarias”. (Negrilla y subraya fuera de texto original).

En virtud de la norma antes transcrita, es dable afirmar que en consideración a que los recobros objeto de la presente controversia presentan glosa de extemporaneidad, no existe asomo de duda que **NO** hay lugar a ordenar el pago de intereses moratorios ni de otras sanciones de carácter pecuniario.

¹⁷ “Por el cual se expiden las normas que regulan los flujos de caja y la utilización oportuna y eficiente de los recursos del sector salud y su utilización en la prestación”

4.9. ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA EN CABEZA DEL MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL Y AHORA DE LA ADMINISTRADORA DE RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD - ADRES.

De conformidad con lo anteriormente expuesto, el enriquecimiento sin causa se configura cuando se acreditan, principalmente, los siguientes tres elementos: (i) el incremento patrimonial a favor de una persona; (ii) la correlativa disminución patrimonial que sufre otra; (iii) la ausencia de causa que se justifique las anteriores situaciones.

Así las cosas, en el remoto evento en que el Despacho llegara a considerar que la Unión Temporal Nuevo FOSYGA o las sociedades que la integran se encuentran obligadas a pagar con sus propios recursos, los valores de los recobros por ellas glosados, el resultado no sería otro sino el enriquecimiento sin causa a favor del Ministerio de Salud y Protección Social y ahora la ADRES.

En semejante escenario, el referido Ministerio ahora la ADRES, es titular de la obligación legal de asumir los valores de los recobros con cargo a las cuentas del entonces FOSYGA (hoy del Sistema General de Seguridad Social en Salud), y contando con los recursos para ello, dejaría de hacerlo sin ninguna causa que así lo justifique.

Aunado a lo anterior, es de resaltar que, el hecho de que algunas de las glosas impuestas como fruto de la auditoría desarrollada por la Unión Temporal Nuevo FOSYGA puedan llegar a ser reversadas por este Despacho, en manera alguna desvirtúa la obligación legal impuesta al Ministerio ahora la ADRES de atender con los recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud los recobros, menos aún la traslada a los contratistas, es decir, a la Unión Temporal Nuevo FOSYGA.

4.10. IMPOSIBILIDAD DE APLICAR DE MANERA ANALÓGICA EL PÁRRAFO 3 DEL ARTÍCULO 6 DEL DECRETO 1295 DE 1994:

La parte actora solicita que de manera analógica se aplique el porcentaje de gasto administrativo establecido para las Administradoras de Riesgos Laborales contemplado en el párrafo 3 del artículo 6 del Decreto 1295 de 1994, norma que en su tenor literal frente a las prestaciones asistenciales contempla:

Artículo 6°. Prestación de los servicios de salud.

Las entidades administradoras de riesgos profesionales reembolsarán a las Entidades Promotoras de salud, las prestaciones asistenciales que hayan otorgado a los afiliados al sistema general de riesgos profesionales, a las mismas tarifas convenidas entre la entidad promotora de salud y la institución prestadora de servicios de salud, en forma general, con independencia a la naturaleza del riesgo. Sobre dichas tarifas se liquidará una comisión a favor de la entidad promotora que será reglamentada por el Gobierno Nacional, y que en todo caso no excederá al 10%, salvo pacto en contrario entre las partes.

De la norma que se viene de leer, se observa que para los eventos de prestaciones asistenciales derivadas de accidentes de trabajo o enfermedades profesionales prestadas a los afiliados de las administradoras de riesgos laborales se contempló además del reembolso de las mismas, el reconocimiento de una comisión del diez por ciento 10%.

Sobre el particular, es necesario precisar que no hay lugar a aplicar por analogía dicha norma, para el remoto evento en que se acceda a las súplicas de la demanda y se reconozcan

los recobros objeto de la misma, como quiera que frente al tema no existe un vacío normativo en consideración a que los presuntos gastos administrativos inicialmente estarían cubiertos en principio dentro del giro normal de las actividades de esta reconocidos a través de la UPC, en virtud de lo dispuesto en el artículo 23 de la Ley 1438 de 2011 y otros estarían contemplados en los servicios, prestaciones o tecnologías en salud recobradas, motivo por el cual, el reconocimiento de lo que la EPS denomina gastos administrativos generarían un doble pago.

Por otro lado, se advierte que las Administradoras de Riesgos Laborales reconocen la comisión del diez por ciento 10%, en consideración a que ellas deben pagar los gastos administrativos en que incurre el afiliado para la prestación de los servicios derivados de un accidente laboral o enfermedad profesional, situación que no guarda ningún tipo de relación con las prestaciones No contempladas en los planes de beneficios, habida cuenta que el Estado les reconoce a las EPS dentro de la UPC un porcentaje para los gastos administrativos y posteriormente reconoce el valor de las prestaciones, medicamentos, servicios o tecnologías en salud no incluidas en los planes de beneficios, es decir, están cubiertos, todos los gastos en que incurre la EPS recobrante.

4.11. EL RECONOCIMIENTO DEL PAGO DE LOS RECOBROS EN VÍA JUDICIAL NO SE TRADUCE EN ERROR DE AUDITORÍA Y MUCHO MENOS LA CONDENA CONLLEVA AL CAMBIO DE LA FUENTE DE FINANCIACIÓN DE LAS PRESTACIONES EXCLUIDAS DE LOS PLANES DE BENEFICIOS

El reconocimiento en vía judicial del pago de los recobros, no puede ser interpretado como error de la auditoría, pues dicha situación puede obedecer a que el Juez estime que pese al no cumplimiento de los requisitos en vía administrativa (de acuerdo con la normatividad aplicable) es viable su pago en sede judicial, en consideración a la jurisprudencia de la Corte Constitucional (C-510 de 2004) como ocurre con la glosa de extemporaneidad, o que el estudio de su procedencia para pago se haga en virtud de normas posteriores a las aplicables, como por ejemplo, normas de mecanismos excepcionales, las cuales flexibilizaron los requisitos como medida de saneamiento y con el fin de garantizar el flujo de recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud; o puede referirse a prestaciones o tecnologías aclaradas a través del mecanismo de divergencias recurrentes, en otras palabras, el juez puede considerar viable el pago de los recobros en vía judicial en atención a jurisprudencia constitucional, por cambio normativo o aclaraciones del contenido del plan obligatorio de salud o los planes de beneficios, situaciones que de ningún modo son atribuibles a mis representadas, como quiera que la auditoría en salud, jurídica y financiera se realizó en cumplimiento de la normatividad vigente e instrucciones impartidas por el contratante, es decir, las glosas impuestas obedecieron al acatamiento estricto de un deber legal y contractual, lo cual rompe cualquier nexo de causalidad.

Conforme a lo expuesto, el levantamiento de las glosas en sede judicial no implica que sean atribuibles a un error de auditoría y en todo caso, dicha situación no tiene como consecuencia que sociedades de carácter privado asuman un pago que legal y jurisprudencialmente radica exclusivamente en cabeza del Estado, a través de la ADRES como entidad administradora de los recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud.

4.12. PRESCRIPCIÓN DEL DERECHO

Según se ha argumentado a lo largo de este escrito, la EPS demandante no puede reclamarle a la UNIÓN TEMPORAL NUEVO FOSYGA el pago de unos recobros que no fueron

auditados por esta y que, de ser procedentes, deben ser pagados con los recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud.

En todo caso, si en gracia de discusión se admitiese la posibilidad de formular estas pretensiones en contra de mis representadas, es importante advertir que gran parte de las supuestos obligaciones –o mejor, de los recobros- se encontrarían prescritos, como pasa a explicarse.

La prescripción es *“el fenómeno mediante el cual el ejercicio de un derecho se adquiere o se extingue con el solo transcurso del tiempo de acuerdo a las condiciones descritas en las normas que para cada situación se dicten bien sea en materia adquisitiva o extintiva”*¹⁸. Sobre el particular, el artículo 151 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, establece:

“Las acciones que emanen de las leyes sociales prescribirán en tres años, que se contarán desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible. El simple reclamo escrito del trabajador, recibido por el {empleador}, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpirá la prescripción pero sólo por un lapso igual”

De conformidad con lo señalado en la norma antes transcrita los derechos regulados en dicho Código prescriben en tres (3) años que se cuentan desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible.

La demanda en este caso se dirige a reclamar el valor de 16 recobros cuyo reconocimiento fue rechazado mediante las denominadas “glosas” y “Observaciones”. El término de prescripción –al igual que el de caducidad- debería contarse, para este caso, a partir del día siguiente al de la notificación de la glosa (decisión negativa frente a la solicitud de recobro) a los recobros reclamados.

Dichas glosas, que se reitera fueran efectuadas y notificadas por el CONSORCIO FIDUFOSYGA 2005, y mis representadas datan de los años 2011, 2012 y 2013.

Mis representadas no fueron convocadas a ningún trámite previo de conciliación prejudicial y la eventual interrupción de la prescripción se habría consolidado frente a estas, con la expedición del auto del 08 de octubre de 2020, por medio del cual el Juzgado 18 Laboral del Circuito de Bogotá vínculo a mis representadas en calidad de llamadas en garantía. Lo anterior teniendo en cuenta que solamente hasta ese momento mis representadas fueron vinculadas al proceso, ya que la demanda ordinaria laboral no se habían formulado pretensiones en su contra.

De ser procedentes, de los 16 recobros cuyo pago se pretende en la demanda, la totalidad de ellos habrían sido exigibles más de 3 años antes de que se vinculara a mis representadas al proceso. En otros términos, frente a los 16 recobros, se habría consolidado el término de prescripción para el ejercicio de la acción correspondiente ante la jurisdicción ordinaria en su especialidad laboral. **En consecuencia, aún si frente a dichos recobros hubiese existido alguna obligación en cabeza de mis representadas, ésta se ha extinguido por prescripción extintiva, excepción de mérito que expresamente proponen mis representadas.**

¹⁸ Consejo de Estado Sección Segunda, Sentencia del 9 de julio de 2015, Expediente: 27001233300020130034601 – radicado interno (03272014).

En síntesis, la demandante contaba con tres (3) años para presentar en debida forma la acción correspondiente, término que habría comenzado a correr –en la forma en que resulta más beneficiosa para ella- a partir de la notificación de cada una de las glosas a las solicitudes de recobro por las que se reclama en la demanda. Frente a mis representadas no operó ninguna causal de suspensión o interrupción de la prescripción previa a la vinculación oficiosa al proceso y en ese entendido, en el caso de los 16 recobros objeto de la demanda se consolidó la prescripción por haber transcurrido más de tres (3) años del término con el que contaba la demandante para el ejercicio de la acción correspondiente.

Con fundamento en el inciso final del artículo 97 del CPC y el numeral 3 del artículo 278 del CGP, solicito que en cuanto se encuentre acreditada la prescripción de las supuestas obligaciones que pretende atribuirse a mis representadas, cualquiera fuere el estado del proceso, se dicte sentencia anticipada en relación con éstas.

Finalmente, otro aspecto a tener en cuenta en relación con la figura de la prescripción extintiva y su interrupción es que, según el artículo 94 del CGP, “*aplicable a los procesos del trabajo por remisión del artículo 145 del CST, el término de prescripción tan solo se interrumpe con la presentación de la demanda, siempre y cuando el auto admisorio se notifique al demandado dentro del año siguiente a la notificación de dicha providencia al demandante. Pasado ese lapso, los efectos sólo se producirán con la data de notificación al accionado. Así lo precisó la Sala Laboral de la en CSJ SL2532-2018 reiterada en decisión CSJ SL4627-2019” (SL1397-2021 Rad 72031 M.P. Dolly Amparo Caguasango)*. Es decir que, con la aplicación del artículo 94 la presentación de la demanda sólo tiene el efecto de interrumpir la prescripción si el auto admisorio fue notificado al demandado dentro del año siguiente.

4.13. EXCEPCIÓN GENÉRICA DE PAGO A TRAVÉS DE MECANISMOS ORDINARIOS O EXCEPCIONALES:

Sin que implique aceptación alguna de responsabilidad, fundamento así este motivo de defensa:

Según la información contenida en el anexo técnico suministrado por la ADRES, cuya copia se anexa al presente escrito, se debe indicar que la SANITAS EPS S.A. con posterioridad a la auditoría inicial, radicó algunos recobro a través del mecanismo excepcional de divergencias recurrentes y como resultado de la nueva auditoría en salud, jurídica y financiera en dichos mecanismos se puede evidenciar que **2** recobros contentivos de **2** ítems fueron **aprobados totalmente**, como se puede evidenciar a continuación:

ÍTEMS DE RECOBRO APROBADOS TOTALMENTE EN MECANISMO EXCEPCIONAL DE DIVERGENCIA RECURRENTE							
NÚMERO DE RECOBRO INICIAL	NÚMERO DE RECOBRO MECANISMO EXCEPCIONAL	ÍTEM	TECNOLOGÍA	VALOR RECOBRO \$(INFORMACIÓN ADRES)	VALOR APROBADO \$(INFORMACIÓN ADRES)	VALOR GLOSADO \$(INFORMACIÓN ADRES)	NÚMERO PAQUETE (INFORMACIÓN ADRES)
25122406	104284770	1	IMMUNATE 500 UI FACTOR VIII DE COAGULACION	\$ 6.171.000,00	\$ 6.171.000,00	\$ 0,00	DR020714
51907906	104285193	1	IMMUNATE 500 UI FACTOR VIII DE COAGULACION	\$ 3.411.000,00	\$ 3.411.000,00	\$ 0,00	DR020714

Es importante aclarar que respecto de estos recobros, es probable que ya hayan sido objeto de pago con recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud, razón por la cual, se remitió derecho de petición a la Administradora de Recursos del Sistema de Salud (ADRES) a fin de que certifique dicha situación, cuya copia se anexa al presente escrito se

solicitó al actual administrador fiduciario de los recursos del entonces FOSYGA (ahora recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud), la Administradora de Recursos del Sistema ADRES, , no obstante, en consideración a que los recobros pueden cambiar de estado en virtud de la radicación de estos en el marco de los mecanismos excepcionales establecidos por el Ministerio de Salud y Protección Social, **de manera respetuosa le solicito que dicha información sea actualizada al momento de proferir fallo.**

En consecuencia, en la etapa probatoria deberá determinarse cuáles de los recobros objeto de la demanda han sido pagados a la parte demandante, con el fin de excluirlos de cualquier pronunciamiento en la sentencia.

5. OPOSICIÓN A MEDIO PROBATORIO

Respetuosamente me opongo al decreto y práctica de este medio de prueba por las siguientes razones:

5.1. INSPECCIÓN JUDICIAL CON DICTAMEN PERICIAL:

La inspección según la solicitud de la prueba tiene por objeto *“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”*. En cuanto a la procedencia de la inspección judicial el inciso 2° del artículo 236 del Código General del Proceso señala que *“Salvo disposición en contrario, solo se ordenará la inspección cuando sea imposible verificar los hechos por medio de videgrabación, fotografías u otros documentos, o mediante dictamen pericial o por cualquier otro medio de prueba”*. Lo anterior en concordancia con lo establecido en el artículo 55 del Código de Procedimiento del Trabajo y de la S.S., de manera que en ningún momento se señala que la inspección procede en caso para verificar la autenticidad de los documentos, por lo que resulta improcedente el medio probatorio solicitado.

Adicionalmente, de la simple lectura del objeto de la intervención en la inspección judicial del perito contador, se observa que la prueba solicitada no es procedente de conformidad con el artículo 226 del Código General del Proceso, esto es, que se requiera de conocimientos especiales, científicos, técnicos o artísticos. Solicita la demandante un perito para revisar los soportes físicos de los recobros, fechas y demás datos, actividades para las cuales no se necesita de pericia ni de un concepto técnico - científico para indicar e identificar los recobros, un contador desempeña funciones específicas tales como realizar balances, cuentas, planillas etc. Pero para el caso que nos ocupa es totalmente innecesaria su intervención, con la simple lectura el señor Juez puede identificar la veracidad de los hechos expuestos.

De otra parte, se solicita que no se decrete la intervención del perito Contador solicitado por cuanto la parte demandante a través de su decreto lo que pretende es que este corrobore aspectos como: *“pagos efectuados a los prestadores o proveedores, confronte el contenido de la base de datos de la demanda con los documentos que la soporten y cuantifique la liquidación de intereses”*, por lo que la prueba solicitada resulta impertinente como quiera que, **expresamente en la ley se prohíbe la condena en intereses moratorios** frente a las decisiones judiciales que puedan ordenar el pago de recobros, de conformidad con lo dispuesto en el párrafo quinto del **artículo 237 de la Ley 1955 de 2019, “Por la cual**



se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2018- 2022. “Pacto por Colombia, Pacto por la Equidad” en el que se indica: “Las decisiones judiciales que ordenen el pago de recobros distintos se indexarán utilizando el Índice de Precios al Consumidor - IPC, sin lugar a intereses de mora”, con el ánimo de garantizar la sostenibilidad financiera del Sistema General de Seguridad Social en Salud.

En este sentido, y según el artículo 336 de la citada Ley, a partir de la publicación de la misma, esto es el 25 de mayo de 2019, quedan derogadas aquellas disposiciones contrarias, por lo que conforme al efecto general inmediato de dicha disposición normativa sería contrario a derecho emitir una condena en contra de la ADRES o de mis representadas dirigida al reconocimiento de intereses de mora, pues la única consecuencia derivada de una decisión judicial que ordene el pago de recobros es la indexación utilizando Índice de Precios al Consumidor – IPC, ya que de manera expresa se enfatizó en que una condena en tal sentido no daría lugar a intereses de mora, **motivo por el cual no se debería decretar la prueba (solicitada por el demandante o que el señor juez decreto mediante oficio)**

5.2. DOCUMENTALES EN PODER DE LA DEMANDA:

La parte demandante indica que en poder de la demandada obran documentos relacionados con algunos recobros objeto de la presente acción. Al respecto, debe advertirse al Despacho que la Unión Temporal Nuevo FOSYGA, una vez finalizaba el trámite de la auditoría en salud, jurídica y financiera devolvía los recobros y sus soportes a las EPS recobrantes en los eventos en que el resultado de la auditoría fuese no aprobado, rechazada o devuelto, y en aquellos casos en que se aprobaba total o parcialmente el recobro, tales documentos eran enviados al administrador fiduciario de la época para que obraran como soporte del pago al que hubiese lugar. En otras palabras, en custodia de dicha Unión Temporal no existe ninguno de los documentos radicados con el fin de llevar a cabo el trámite de la auditoría.

Con salvedad de lo anterior, es importante precisar al Despacho que quien esta en posición de certificar la calidad de usuarios o afiliados a la EPS Sanitas, es esta última pues es quien por sus funciones desempeña dicha actividad, por lo que mis representadas no tiene injerencia directa o indirecta frente al particular.

6. MEDIOS DE PRUEBA

6.1 DOCUMENTOS:

Solicito al Despacho que se tengan como pruebas los documentos que a continuación se relacionan y que son suministrados a través de enlace o link en OneDrive por el peso de los documentos:

6.1.1 Una carpeta adjunta denominada “*CONTRATO 055 DE 2011*” que contiene los siguientes documentos:

- a) Copia auténtica del Contrato de Consultoría No. 055 suscrito entre el Ministerio de Salud y Protección Social y la Unión Temporal Nuevo FOSYGA.
- b) Copia de la comunicación No. 420100-28014, por medio del cual el Ministerio de Salud y Protección Social aprobó las garantías contractuales que le fueron exigidas a mis representadas.

- c) Copia auténtica del acta de inicio de ejecución del contrato de consultoría No. 055 suscrito entre el Ministerio de Salud y Protección Social y la Unión Temporal Nuevo FOSYGA.
 - d) Copia del documento de conformación de la Unión Temporal Nuevo FOSYGA.
 - e) Copia de las adiciones 1, 2 y 3 al Contrato de Consultoría No. 055 de 2011.
 - f) Copia de la Modificación No. 2 del Contrato de Consultoría No. 055 de 2011.
 - g) Copia de las prórrogas 1 y 2 del Contrato de Consultoría No. 055 de 2011.
 - h) Copia del Acta de Liquidación del Contrato de Consultoría No. 055 de 2011.
 - i) Copia de Certificación expedida por el Ministerio de Salud y Protección Social el 16 de agosto de 2016 sobre la liquidación del Contrato 055 de 2011.
- 6.1.2** Una carpeta denominada “*DETALLE RECOBROS - ANEXO TÉCNICO*” que contiene la siguiente información: i) los recobros auditados por el Consorcio FIDUFOSYGA 2005, frente a los cuales se predica la falta de legitimación en la causa por pasiva, ii) los recobros auditados por la Unión Temporal Nuevo FOSYGA, junto con las glosas aplicadas, iii) el recobro aprobado por mecanismo excepcional y iv) anexo técnico remitido por la ADRES denominado “*PJU_2014-00537 UT EPS SANTAS_Reporte*”
- 6.1.3** Una carpeta denominada “*DERECHO DE PETICION ADRES*” que contiene una copia del derecho de petición elevado ante la Administradora de Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud- ADRES dirigido al Dr. Fabio Ernesto Rojas Conde en su calidad de Jefe de la Oficina Asesora Jurídica, al igual que al correo de notificaciones judiciales de la entidad, para que se certifique si los recobros objeto de la presente demanda fueron pagados a través de mecanismos excepcionales o mecanismos ordinarios. Se acompaña el correo electrónico que soporta la petición.
- 6.1.4** Copia del derecho de petición por medio del cual se solicitó el Ministerio de Salud y Protección Social, expedir una certificación en los siguientes términos:
- Se sirva indicar, clara y detalladamente, de conformidad con el Contrato de Encargo Fiduciario No. 242 de 2005, el Contrato de Consultoría No. 055 de 2011 y el Contrato de Consultoría No. 043 de 2013, durante qué períodos el CONSORCIO FIDUFOSYGA 2005, LA UNIÓN TEMPORAL NUEVO FOSYGA y la UNIÓN TEMPORAL realizaron auditoría integral de recobros por prestaciones extraordinarias no incluidas en el Plan Obligatorio de Salud, respectivamente.
 - Se sirva indicar e identificar clara y detalladamente cuáles fueron todos y cada uno de los paquetes de recobros por prestaciones extraordinarias no incluidas en el Plan Obligatorio de Salud que fueron objeto de auditoría integral por parte del CONSORCIO FIDUFOSYGA 2005, señalando el valor pagado con cargo a los recursos del FOSYGA por cada uno de dichos paquetes.
 - Se sirva indicar e identificar clara y detalladamente cuáles fueron todos y cada uno de los paquetes de recobros por prestaciones extraordinarias no incluidas en el Plan Obligatorio de Salud que fueron objeto de auditoría integral por parte de la UNIÓN

TEMPORAL NUEVO FOSYGA, señalando el valor pagado con cargo a los recursos del FOSYGA por cada uno de dichos paquetes.

- Se sirva indicar e identificar clara y detalladamente cuáles han sido todos y cada uno de los paquetes de recobros por prestaciones extraordinarias no incluidas en el Plan Obligatorio de Salud objeto de auditoría integral por parte de la UNIÓN TEMPORAL FOSYGA 2014, señalando el valor pagado con cargo a los recursos del FOSYGA por cada uno de dichos paquetes.
- 6.1.5** Copia del Oficio No. 201633202015121 del 25 de octubre de 2016, radicado ante la Unión Temporal el día 27 del mencionado mes y año, por medio del cual se dio respuesta al derecho de petición relacionado con anterioridad. En el numeral 4° del Oficio del Ministerio de Salud y Protección Social se señala que “En el medio magnético adjunto, en archivo Excel se relacionan los paquetes tramitados por cada uno de las firmas contratadas por este Ministerio para adelantar la auditoría de recobros MYT, identificados en pestañas con el número de Contrato respectivo”.
- 6.1.6** En el archivo Excel adjunto a la respuesta del Ministerio, es posible verificar que los paquetes de líneas MYT 01 y MYT02 en los paquetes: 0910 (septiembre de 2010), 1010 (octubre de 2010) y 0211 (febrero de 2011); y en mecanismo de objeción a la glosa MYT04: MYT04502011 (mayo de 2011), MYT04462011 (junio de 2011) y MYT04472011 (julio de 2011), no fueron auditados ni resueltos por la Unión Temporal Nuevo FOSYGA, ni por la Unión Temporal FOSYGA 2014 sino por el Consorcio FIDUFOSYGA en el marco del Contrato 242 de 2005.
- 6.1.7** Una carpeta denominada “*NOTAS EXTERNAS Y OFICIO MSPS*” que contiene la siguiente información (Notas externas que se citan en el acápite de líneas o mecanismos de los recobros):
1. Nota Externa No. 201333200184293: Firma de certificaciones para la presentación de recobros y reclamaciones en virtud del mecanismo dispuesto en la Resolución 832 de 2013.
 2. Nota Externa No. 201433200849761: Ampliación período de pre radicación de Junio 2014 (MYT-01-02). Establece el período de radicación de Glosa administrativa de junio y el período de pre radicación de julio (MYT-01-02)-Resolución 5395 de 2013.
 3. Nota Externa 201433200100153 de 2014: Precisiones para efectos de la presentación de los recobros por concepto DIVERGENCIAS RECURRENTE
 4. Nota Externa 201433200140123 de 2014: Período de radicación de julio (14-31) de Divergencias Recurrentes.
 5. Nota Externa 201433200296233 de 2014: Período de radicación, Divergencias recurrentes Exclusiones del POS y prestaciones no financiadas con Recursos del SGSSS.
 6. Nota Externa 201433200296573 de 2014: Período de radicación de divergencias recurrentes.
 7. Nota Externa 201433200325243 de 2014: Período de radicación- Divergencias recurrentes.

8. Nota Externa 201533200002583 de 2015: Giro previo Divergencias recurrentes - Resolución 5648 de 2014.
9. Nota Externa 201533200021483 de 2015: Periodo de radicación - Divergencias recurrentes.
10. Nota Externa 201433200083073 de 2014: Periodo de Radicación de mayo de 2014 - Divergencias Recurrentes.
11. Nota Externa 201433210469851 del 7 de abril de 2014.
12. Nota Externa 201433100142683 de 2014: Precisiones Resolución 5395 de 2013, Sentencia T-160 de 2008
13. Nota Externa 201433200009753 de 2014: Amplía período de radicación de MYT01-02 para el mes de enero de 2014 - Resolución 5395 de 2013
14. Nota Externa 201433200014303 de 2014: Formatos y Anexos Técnicos para el proceso de verificación, control y pago de solicitudes de Recobro
15. Nota Externa 201433200040343 de 2014: Amplía período de radicación de MYT01-02 para el mes de enero de 2014 - Resolución 5395 de 2013
16. Nota Externa 201433200063693 de 2014: Amplía período de radicación de MYT01-02 para el mes de marzo de 2014 - Resolución 5395 de 2013
17. Nota Externa 201433200152233 de 2014: Adopción del anexo técnico de Comparadores Administrativos para medicamentos no incluidos en el Plan de Beneficios
18. Nota Externa 201433200170103 de 2014: Validaciones excepcionales BDUA radicación mes de julio de 2014
19. Nota Externa 201433200174923 de 2014: Ampliación período de recepción de soportes documentales de recobros con validaciones excepcionales BDUA - Radicación mes de julio de 2014
20. Nota Externa 201433200188663 de 2014: Período de radicación agosto de 2014 - Resolución 5395 de 2014
21. Nota Externa 201433200207053 de 2014: Periodo de aplicación Nota Externa 20143320019009 del 01-08-2014
22. Nota Externa 201433200208153 de 2014: Conciliación de etapas de pre radicación y radicación del proceso ordinario (MYT 01-02) de Recobros
23. Nota Externa 201433200214183 de 2014: Pre radicación de solicitudes de recobros con excepciones de validación de BDUA
24. Nota Externa 201433200266343 de 2014: Ampliación periodo de radicación octubre de 2014 - Resolución 5395 de 2013

25. Nota Externa 201433200293623 de 2014: Entrada en vigencia formato de justificación médica de tecnologías en salud ordenadas por fallos de tutela que no sean expresos o que ordenen tratamiento integral con o sin comparador administrativo y formato de acta de comité técnico científico.
26. Nota Externa 201433200296523 de 2014: Lineamientos y criterios técnicos respecto de exclusiones del POS y prestaciones que no pueden ser financiadas con recursos del Sistema General de Seguridad Social en salud (SGSSS)
27. Nota Externa 201433200306443 de 2014: Ampliación periodo para la nueva presentación de recobros con resultados de auditoría integral, Resolución 5395 de 2013
28. Nota Externa 201433200308473 de 2014: Ampliación periodo de radicación de noviembre de 2014, Resolución 5395 de 2013
29. Nota Externa 201433200679191 de 2014: Ampliación periodo de radicación mayo de 2014 - Resolución 5395 de 2013
30. Nota Externa 201533200009313 de 2015: Ampliación periodo de radicación de enero de 2015
31. Nota Externa 201433200161573 de 2014: Ampliación periodo para la presentación de objeción a los resultados de auditoría
32. Nota Externa 201433200190093 de 2014: Formatos para la presentación de objeción de los resultados de auditoría integral - Artículo 31 de la Resolución 5395 de 2013.
33. Nota Externa 201433200271553 de 2014: Ampliación periodo para la presentación de objeción a los resultados de auditoría integral Resolución 5395 de 2013
34. Nota Externa No. 3993 de 2012: Instructivo para la presentación de recobros y reclamaciones en trámite de conciliación prejudicial.
35. Nota Externa 201733200087993 de 2017
36. Nota externa 201733200149353 de 2017
37. Oficio No 201433201753111 del 05 de diciembre de 2014: Criterios de Auditoría del Comité de Definición de Criterios y Lineamientos Técnicos para el Reconocimiento de Tecnologías en Salud NO POS

6.1.8 PRECEDENTES:

- a. Copia de la sentencia de segunda instancia de fecha 16 de abril de 2018, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá- Sala de Decisión Laboral, MP. Dra. Marleny Rueda Olarte.
- b. Copia de la sentencia de fecha 24 de abril de 2018, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá- Sala de Decisión Laboral, MP. Dra. María Isabel Arango Secker.

- c. Copia de la Sentencia de fecha 17 de septiembre de 2018 proferida por esa delegada, dentro del proceso radicado J-2015-00792, que corresponde a un precedente frente a la ausencia de responsabilidad de mis representadas.
- d. Copia de la Sentencia de fecha 20 de diciembre de 2018 proferida por esa delegada, dentro del proceso radicado J-2015-0367, que corresponde a un precedente frente a la ausencia de responsabilidad de mis representadas
- e. Copia de la Sentencia de fecha 25 de abril de 2019 proferida por esa delegada, dentro del proceso radicado J-2015-0003, que corresponde a un precedente frente a la ausencia de responsabilidad de mis representadas.

Los documentos pueden ser consultados en el siguiente link: https://grupoasdmv.sharepoint.com/:f/g/personal/maria_chaves_grupoasd_onmicrosoft.com/EnWEDKlC83RNlOSVPvrIKy4BpyoKw6gGMSqZ2Sk12bWeTg?e=wOMjSI

6.2 TESTIMONIOS:

6.2.1 Solicito que se decrete el testimonio de **MARÍA ESPERANZA ROZO GÓMEZ**, mayor de edad, con domicilio en Bogotá D.C., quien se localiza en la Calle 32 No. 13 – 07 y en el correo electrónico: esperanza.rozo@utfosyga2014.com. La testigo declarará sobre las obligaciones contractuales adquiridas por la Unión Temporal FOSYGA 2014, la ejecución del Contrato de Consultoría No. 043 de 2013, el origen de los recursos con los cuales se cancelan los recobros en el Sistema General de Seguridad Social en Salud, las auditorías efectuadas por la mencionada firma, las directrices e instrucciones impartidas por el Ministerio de Salud y Protección Social en el trámite de auditoría (notas externas, circulares), los criterios tomados en cuenta para efectuar la auditoría integral, los demás hechos de la demanda, su contestación y las excepciones.

6.2.2 De igual manera, solicito que se decrete el testimonio de **SINDY LORENA CAÑOLA HIGUERA** y en el correo electrónico: sindy.canola@utfosyga2014.com, en su calidad de médica - Jefe de Conceptos Técnicos de la Unión Temporal FOSYGA 2014 (o quien haga sus veces), mayor de edad, con domicilio en Bogotá D.C., quien se localiza en la Calle 32 No. 13 – 07, y declarará sobre las tecnologías en salud recobradas en la presente demanda, las glosas impuestas, las directrices e instrucciones impartidas por el Ministerio de Salud y Protección Social en el trámite de auditoría, entre otros asuntos relacionados con el trámite de la auditoría a los recobros.

6.3 OFICIOS

Toda vez que para la fecha de presentación de la presente respuesta a la demanda no se obtuvo respuesta al derecho de petición presentado por la suscrita ante la Administradora de Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud- ADRES (actuaciones adelantadas en cumplimiento de lo previsto en el numeral 10 del artículo 78 del Código General del Proceso), solicito respetuosamente al Despacho que se oficie o exhorte a dicha entidad para que con destino a este proceso allegue certificación o informe si los recobros objeto de la presente demanda han sido pagados a través de mecanismos excepcionales o mecanismos ordinarios.

7 ANEXOS

Presento los siguientes:

7.1 Documentos anunciados en el capítulo de pruebas.

7.2 En escrito separado formulo llamamiento en Garantía a la ADRES.

Los documentos anunciados pueden ser consultados en el siguiente link o hipervínculo: https://grupoasd-my.sharepoint.com/:f/g/person/maria_chaves_grupoasd_onmicrosoft.com/EnWEDKlC83RNIOSVPvrlIKy4BpyoKw6gGMSqZ2SkI2bWeTg?e=wOMjSI

8 DIRECCIONES Y NOTIFICACIONES

De conformidad con lo preceptuado en el Artículo 3 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, Se remite copia del presente escrito al momento de su envío al Despacho a las siguientes direcciones electrónicas:

8.1 DEMANDANTE: EPS SANITAS S.A.S.:

- Dirección electrónica de notificación judicial: notificajudiciales@keralty.com
- Dirección electrónica de notificaciones Apoderado judicial: jliriarte@colsanitas.com

8.2 ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD- ADRES:

- Dirección electrónica de notificación judicial: notificaciones.judiciales@adres.gov.co
- Dirección electrónica de notificaciones Apoderada judicial: cristian.paez@adres.gov.co

En lo que se refiere a mis representadas, informo que recibirán notificaciones en las siguientes direcciones:

8.3 CARVAJAL TECNOLOGÍA Y SERVICIOS S.A.S.:

- Domicilio y notificaciones: Calle 29 Norte # 6^a-40- Santiago de Cali.
- Teléfono: (1) 410 04 00 Extensión 18400
- Correos electrónicos: impuesto.carvajal@carvajal.com

8.4 GRUPO ASESORÍA EN SISTEMATIZACIÓN DE DATOS SOCIEDAD POR ACCIONES SIMPLIFICADA – GRUPO ASD S.A.S.:

- Domicilio y notificaciones: Calle 32 No. 13-07-Bogotá D.C.
- Teléfono: 340 25 01
- Correos electrónicos: clizarazo@grupoasd.com.co

8.5 SERVIS OUTSORCING INFORMÁTICO SOCIEDAD POR ACCIONES SIMPLIFICADA – SERVIS S.A.S.:

- Domicilio y notificaciones: Calle 32 No. 13-07- Bogotá D.C.
- Teléfono: 340 25 01
- Correos electrónicos: clizarazo@grupoasd.com.co

8.6 APODERADA DE LAS SOCIEDADES QUE INTEGRARON LA UTF2014



MARÍA ANGÉLICA CHAVES GÓMEZ - Recibiré notificaciones en el correo electrónico maria.chaves@utfosyga2014.com, celular: 3007895997.

Cordialmente,

MARÍA ANGÉLICA CHAVES GÓMEZ
C.C. No. 1.077.032.324 de Subachoque
T.P. No. 184.709 del C. S. de la J.