	PROCESO	ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA DENTRO DEL SGSSS	CÓDIGO	PJFL02
	FORMATO	SENTENCIA	VERSIÓN	3

SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD

SENTENCIA S2020-001637 28 AGO 2020

REFERENCIA:	NURC	1-2014-128432	FECHA:	23/12/2014
EXPEDIENTE:	J-2015-0037			
DEMANDANTE:	FAMISANAR E.P.S.			
DEMANDADOS:	<ul style="list-style-type: none"><li>• ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD – ADRES (en lugar de LA NACIÓN – MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL - FOSYGA)</li><li>• FIDUCIARIA COLOMBIANA DE COMERCIO EXTERIOR S.A “FIDUCOLDEX”</li><li>• FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A. FIDUPREVISORA S.A.</li><li>• ASESORIA EN SISTEMATIZACIÓN DE DATOS SOCIEDAD ANONIMA A.S.D. S.A.</li><li>• SERVIS OUTSOURCING INFORMÁTICO S.A.</li><li>• ASSENDA S.A.S. (hoy CARVAJAL TECNOLOGÍA Y SERVICIOS S.A.S.)</li></ul>			
LLAMADA EN GARANTÍA:	ALLIANZ SEGUROS S.A.			


La Superintendente Delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación de la Superintendencia Nacional de Salud, en uso de las funciones jurisdiccionales consagradas en el artículo 41 de la Ley 1122 de 2007, modificado y adicionado por los artículos 126 y 127 de la Ley 1438 de 2011, emite la presente providencia judicial

1. ANTECEDENTES:

La abogada **YADIRA DEL PILAR GARCIA O.**, identificada con la cédula de ciudadanía No. 52.644.301 de Bogotá y portadora de la T.P. No. 80.328 del Consejo Superior de la Judicatura, actuando en calidad de apoderada de **FAMISANAR E.P.S.**, presentó demanda mediante el escrito de la referencia, en contra de la **NACIÓN - MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL, FIDUCIARIA COLOMBIANA DE COMERCIO EXTERIOR S.A. “FIDUCOLDEX”, FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A. “FIDUPREVISORA S.A.”, ASESORIA EN SISTEMATIZACIÓN DE DATOS SOCIEDAD ANONIMA A.S.D. S.A., SERVIS OUTSOURCING INFORMÁTICO S.A. y ASSENDA S.A.S.**, haciendo uso de la acción consagrada en el Artículo 41 de la Ley 1122 de 2007, adicionado por el Artículo 126 de la Ley 1438 de 2011 en lo correspondiente al literal f), con base en los siguientes:

1.1. HECHOS Y ARGUMENTOS DE LA DEMANDA

Señala que FAMISANAR E.P.S. presentó ante el FONDO DE SOLIDARIDAD Y GARANTÍA DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD EN SALUD -FOSYGA-, **DOS MIL CIENTO SESENTA Y NUEVE (2169)** cuentas de recobro, para el pago de las facturas por prestación de servicios de salud no incluidos en el Plan Obligatorio de Salud P.O.S., ordenados en fallos de tutela y/o por autorización de Comité Técnico-Científico (CTC), las cuales fueron glosadas según se detalla en cada caso, por valor de **OCHOCIENTOS NOVENTA Y SEIS MILLONES CIENTO CINCUENTA Y DOS MIL CUATROCIENTOS SESENTA Y DOS PESOS M/Cte (\$896.152.462).**

	PROCESO	ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA DENTRO DEL SGSSS	CÓDIGO	PJFL02
	FORMATO	SENTENCIA	VERSIÓN	3

1.2. RAZONES DE DERECHO

(I) RAZÓN I: Marco Constitucional del Sistema de Seguridad Social en Salud

1. El derecho y servicio público de salud

La apoderada de la demandante, tras esbozar sus consideraciones sobre la salud, como derecho y servicio público, invocando diferentes preceptos legales y constitucionales, concluyó que: *“En suma, se deduce que el núcleo esencial del derecho a la salud está dado por todas aquellas condiciones físicas, orgánicas, funcionales y psicológicas que le permitan a todos los seres humanos, desarrollar su vida en condiciones óptimas de dignidad humana y que comprende la obligación del Estado en garantizar el acceso en condiciones de calidad, oportunidad y eficiencia a los servicios de salud tanto en su fase de prevención, diagnóstico, curación, rehabilitación y promoción de conformidad con el principio de integralidad que sostiene el Sistema General de Seguridad Social en Salud.”*

2. Estructura orgánica del Sistema General de Seguridad Social en Salud

La demandante realiza una reseña de las funciones asignadas a los integrantes del Sistema de Seguridad Social en Salud para asegurar la prestación del servicio público esencial en salud, entre los cuales resalta a los siguientes actores:


Organismos de dirección, vigilancia y control	Organismos de administración y financiación	Prestación del servicio
Los Ministerios de Salud y Trabajo El Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud	Entidades Promotoras de salud Fondo de Solidaridad y Garantía-FOSYGA	Instituciones Prestadoras de Salud Públicas o Privadas

3. Estructura financiera del Sistema General de Seguridad Social: Relación UPC y POS

Sobre este aspecto, la apoderada de la demandante, señaló lo siguiente: *“Se deduce entonces que el único recurso que la Empresa Promotora de Salud puede utilizar para financiar los medicamentos, procedimientos, tratamientos e intervenciones son aquellos provenientes de la UPC, pues como ya se indicó la diferencia entre el valor de la UPC y el valor de la cotización debe ser girado inmediatamente al FOSYGA, así las cosas cualquier otro costo que deba asumir la entidad deberá ser sufragado con recursos propios o con los recursos de sus reservas técnicas como en su momento lo permitió la misma ley, pero en todo caso esa sobrefinanciación o esfuerzo económico de la Entidad genera riesgos sobre está y sobre la garantía misma del derecho a la salud de todos sus afiliados”.*

4. Actualización del POS, concepto de lo No POS y garantía del derecho a la salud

Luego de enunciar el marco normativo referente a las regulaciones del Plan Obligatorio de Salud, y señalar sus características primordiales, la apoderada de la demandante, indicó, entre otras cosas, que: *“En suma, el Plan Obligatorio de Salud cuya garantía de prestación está en cabeza de las Empresas Promotoras de salud por delegación del Estado, fue concebido desde la estructuración del Sistema como una lista restringida de servicios que se le ha de prestar a los afiliados de la respectiva EPS, no obstante es claro que existe una gran variedad de tecnologías en Salud que allí no se encuentran consagradas pero que en determinados casos son esenciales para el tratamiento de una enfermedad o patología, por lo que queda el interrogante si dicho medicamento o tratamiento deberá ser provisto por la*

	PROCESO	ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA DENTRO DEL SGSSS	CÓDIGO	PJFL02
	FORMATO	SENTENCIA	VERSIÓN	3

EPS al paciente, aunque este no sea su obligación al no estar dentro de los alcances de la delegación hecha por el Estado y menos financiada por el valor de la Unidad de Pago por Capitación”.

**5. Juez Constitucional y Comités Técnicos Científicos: Garantía del Derecho Fundamental a la Salud**

Aludiendo nuevamente a las restricciones del Plan Obligatorio de Salud, se refirió al papel fundamental del juez de tutela en la garantía del derecho a la salud, ordenando el suministro de servicios o medicamentos excluidos. También hizo alusión a los Comités Técnico Científicos, los cuales fueron concebidos para tal efecto, en los siguientes terminos: “Así mismo el Gobierno Nacional a través de la Cartera de Salud, reglamenta unos organismos que habían nacido con la Ley 100 de 199330 denominados Comités Técnico Científicos y que se encargarían previó la solicitud del médico tratante y de la valoración de pertinencia, decidir acerca del suministro de un medicamento No POS, decisión que quedaría plasmada en un Acta”.

“Es decir, que una vez canceladas las facturas por servicios No POS autorizados según la Constitución y la Ley por parte de las EPS a las Instituciones Prestadoras de Salud, aquellas deben dirigirse ante el Estado para que en ejecución de su obligación de garante del servicio esencial de salud, cancele los valores que fueron sufragados por la EPS, pues de no hacerlo se colocaría en riesgo el carácter privado de los recursos que se usaron para pagar las facturas o de los recursos parafiscales si se hizo uso de estos de acuerdo con la reglamentación que las reservas técnicas contemplan al respecto.”

Concluye indicando que: “Como colofón habrá de entender que el procedimiento de recobro surge como una garantía de la prestación del servicio esencial de salud a todos los colombianos, por lo tanto, se deberá observar que la imposibilidad de obtener el pago de los recobros, hará que lentamente el Sistema sufra fisuras irreparables, como quiera que sin presupuesto para el sostenimiento financiero del Servicio irremediamente este se verá expuesto a no poder prestar las coberturas POS y mucho menos las No POS”.


**6. No pago de los recobros por parte del Estado**

Finalmente, y conectando a los aspectos previamente descritos, la apoderada advirtió sobre el efecto del no pago de los recobros en el Sistema de Salud, así: “No obstante lo anterior, y aunque lo normal sería que el Administrador Fiduciario del Fosyga o la entidad que adelante el proceso de auditoría de las reclamaciones según el caso, después de revisar las cuentas de recobro las cancelara, reconociendo así el derecho a las EPS, lo que ha venido sucediendo es precisamente lo contrario, pues como se verá más adelante una vez se presentaron todas las cuentas relacionadas en el acápite de hechos la Unión Temporal aplicó la figura de la glosa de integralidad o causal de devolución o rechazo denominada el medicamento, servicio médico o prestación de salud objeto de la solicitud de recobro no corresponde a lo ordenado por el fallo de tutela o al autorizado por el Comité Técnico - Científico, negando por tanto su cancelación y desconociendo el derecho que tienen las EPS a recobrar y el deber del Estado en garantizar el servicio a la salud.”.

Advierte que: “El fenómeno descrito, atenta en contra de las disposiciones de la Constitución Política que se enunciaron al inicio de este escrito, pero también viola los derechos a la propiedad privada, al orden justo y primordialmente el Derecho a la Salud, pues una vez más se afirma que el Estado al negarse al pago del recobro lo que está produciendo es una falla sistémica que menoscaba los recursos de las Empresas Promotoras de Salud para prestar el servicio que les fue encomendado”.

**(II) Razón II. Fundamentos Jurídicos**

Este Despacho, se permite transcribir algunos apartes de los argumentos de la demanda referentes a los fundamentos jurídicos:


Supersalud 	PROCESO	ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA DENTRO DEL SGSSS	CÓDIGO	PJFL02
	FORMATO	SENTENCIA	VERSIÓN	3

“Ahora, EPS FAMISANAR, prestó Tecnologías en Salud33 NO POS, dando cumplimiento a fallos de tutela en los que se ordenó suministrar la atención integral requerida por cada usuario del Sistema General de Seguridad Social en Salud, conforme la determinación del médico tratante. Se tiene entonces que la EPS se vio obligada a brindar todos los servicios, medicamentos, insumos y/o procedimientos requeridos por los usuarios en aras de la protección de sus derechos fundamentales, y así presentar posteriormente la cuenta de recobro ante el Fosyga como lo ha indicado la jurisprudencia constitucional. No obstante, el administrador fiduciario del Fosyga de turno previa la auditoría integral financiera, técnica y jurídica realizada a las cuentas, rechazó las cuentas de recobro objeto de la presente demanda, en la mayoría de los casos aduciendo que el medicamento, servicio, elemento o insumo objeto de la solicitud, no está ordenado en el fallo de tutela que se anexa en el recobro, en concordancia con la causal de rechazo contenida en el literal b) del artículo 15 de la Resolución 3099 de 200834 que establece: “Cuando el medicamento, servicio médico o prestación de salud objeto de la solicitud de recobro no corresponda a lo ordenado por el fallo de tutela o al autorizado por el Comité Técnico-Científico, según el caso” y en otras ocasiones argumentando causales de no pago tales como: I) No hay evidencia de la entrega del medicamento, servicio o prestación de salud No Pos al paciente, II) La factura no cumple con el literal c) del artículo 617 del Estatuto Tributario III) Cuando en el recobro no se indique correctamente el código del medicamento, servicio médico o prestación de salud No Pos autorizado por CTC o por fallo de tutela y entregado al afiliado, entre otras que se relacionan en la base de datos.

Se advierte entonces que, aun cuando en la Sentencia T-760 de 2008 la Corte Constitucional señaló que en estos casos en que se presta una atención integral, el recobro debe realizarse ante el Fosyga, los resultados de las auditorías han justificado que los servicios que se suministren en estos casos NO son objeto de pago por cuanto se tratan de insumos, que NO están expresamente consagrados en la parte resolutive del fallo de tutela que ordenó la prestación del servicio NO POS, pese a que la orden del juez constitucional es que se presten de forma integral servicios NO POS y cuya finalidad es la protección constitucional de los derechos del usuario en materia de salud. Lo anterior, conforme el alcance del PRINCIPIO DE INTEGRALIDAD y la aplicación que de éste hizo la EPS en la prestación del servicio de Salud, por lo cual se entrará a examinar lo concerniente a dicho tema. Así mismo y respecto a la aplicación de las diversas glosas o causales de no pago anunciadas líneas arriba, el Administrador Fiduciario o Auditor del FOSYGA ha desconocido el principio contenido en el Art. 228 de la CP denominado “prevalencia del Derecho Sustancial”, sobre el cual se volverá más adelante.”

### 1. Principio De Integralidad

“La Ley 100 de 1993 que dio origen al Sistema General de Seguridad Social en Salud, en su artículo 153 estableció dentro de las reglas y principios rectores de éste servicio público la CALIDAD, señalando que “El sistema establecerá mecanismos de control a los servicios para garantizar a los usuarios calidad en la atención oportuna, personalizada, humanizada, integral, continua y de acuerdo con estándares aceptados en procedimientos y práctica profesional. De acuerdo con la reglamentación que expida el Gobierno, las Instituciones Prestadoras deberán estar acreditadas ante las entidades de vigilancia” (Subrayas y negrillas fuera del texto). De ahí que la INTEGRALIDAD en la prestación del servicio, se encuentre prevista en el marco de la calidad en la atención, desde ese momento.35 Por otra parte el artículo 156 de la referida Ley, señala que todos los afiliados al sistema, deben recibir un plan integral de protección en salud, como característica básica del Sistema General de Seguridad Social de Salud, lo cual amplía el concepto y aplicación respecto del Principio de INTEGRALIDAD y de ahí que la jurisprudencia constitucional se haya ocupado de problemas recurrentes en este tema objeto de la demanda, a los cuales ha respondido aludiendo al mencionado principio, que ha sido desarrollado por la Corte Constitucional con base en diferentes normas legales y que, como se mencionó, se refiere a la atención y el tratamiento completo a que tienen derecho los usuarios del sistema de seguridad social en salud, según lo prescrito por el médico tratante.

	PROCESO	ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA DENTRO DEL SGSSS	CÓDIGO	PJFL02
	FORMATO	SENTENCIA	VERSIÓN	3

(...)

Así las cosas, ha estimado la Corte que el principio de integralidad funge como complemento a la normatividad vigente para que la persona reciba una atención de calidad y completa, confinada a mejorar su condición y su estado de salud. Los afiliados tienen derecho a que la prestación del servicio sea óptima, en el sentido de que los actores del sistema cumplan con la finalidad primordial de éste, es decir, brindar una atención oportuna, eficiente y de calidad. En conclusión “el derecho a la salud debe entenderse como un derecho al disfrute de toda una gama de facilidades, bienes, servicios y condiciones necesarios para alcanzar el más alto nivel posible de salud”.<sup>38</sup>

(...)


Lo anterior, de igual forma con fundamento en del Principio de Integralidad, en el entendido que el juez de tutela debe ordenar el suministro de todos los servicios médicos que sean necesarios para conservar o restablecer la salud del paciente, por lo cual la Corte Constitucional ha estimado que el reconocimiento de los tratamientos integrales, tiene una estrecha relación con el Principio señalado como fundamento de la presente demanda “por virtud del cual se establece en cabeza del Estado y de las EPS, el deber de asegurar y de propender por la mejoría en las condiciones de salud y de calidad de vida de los habitantes del territorio nacional. En términos prácticos, este principio implica que el servicio de salud debe ser prestado de forma eficiente, por lo que se deben autorizar todos los tratamientos, medicamentos, intervenciones, procedimientos, exámenes, controles, seguimientos y demás que el paciente requiera con ocasión del cuidado de su enfermedad y que sean considerados como necesarios por el médico tratante.”<sup>41</sup>

(...)

prestación de salud objeto de la solicitud de recobro no corresponda a lo ordenado por el fallo de tutela (...),” no corresponde realmente a la situación fáctica de cada caso, pues como se ha dicho, no es que la Entidad Promotora de Salud haya presentado solicitud de recobro por una Tecnología en Salud NO POS, que no corresponda con lo ordenado por el fallo de tutela, contrario sensu en el proceso de auditoría el Fosyga, no tiene en cuenta como criterio que por virtud del mismo fallo, la EPS está en la obligación de garantizar la prestación integral del servicio a la salud, en el entendido de que la atención integral ordenada tiene como finalidad brindar todos los servicios, medicamentos, insumos y/o procedimientos requeridos por los usuarios aún en el proceso de rehabilitación y/o recuperación en aras de la protección de sus derechos fundamentales.

Así, cabe señalar que si bien el juez de tutela no indica taxativamente en la parte resolutive del fallo, las tecnologías en salud que deben ser prestadas por la EPS, sí determina que se debe brindar la referida atención integral, que debe prestarse conforme el criterio del médico tratante quien es el especialista en materia de salud. Por otra parte, en tal sentido la EPS está en la obligación de proteger los derechos fundamentales y garantizar la prestación de todos los servicios requeridos por el paciente, pues de lo contrario, tal situación generaría que el usuario acudiera a la administración de justicia en vía de tutela tantas veces como le fuese necesario y que requiriera que se le preste bien sean procedimientos, intervenciones y medicamentos que no se encuentran contenidas en el Plan de Beneficios, por una misma patología. De ahí que la atención integral ordenada por el juez de tutela, esté encaminada a la protección de los derechos constitucionalmente consagrados como la vida, la salud y el acceso a la administración de justicia.

Se colige entonces que jurisprudencialmente se ha dicho que el fin en estos casos, es brindar la protección inmediata de los derechos fundamentales a los usuarios del sistema. Sin embargo, ello no es óbice para considerar que el financiamiento de las Tecnologías en Salud prestadas por la EPS, recaigan sobre la entidad misma, pues como se ha dicho y en virtud del artículo 49 Superior, la atención en salud es un servicio público a cargo del Estado,

Supersalud 	PROCESO	ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA DENTRO DEL SGSSS	CÓDIGO	PJFL02
	FORMATO	SENTENCIA	VERSIÓN	3

por lo cual, conforme el Principio de Integralidad desarrollado jurisprudencialmente, los recobros presentados por servicios prestados, son susceptibles de reconocimiento y pago por parte del Fosyga.”

## 2. Del Principio de la prevalencia del Derecho Sustancial.

“Por otra parte, la Constitución Política del 91 le da prevalencia expresa al Derecho Sustancial en los siguientes términos:

“ARTICULO 228º—La Administración de Justicia es función pública. Sus decisiones son independientes. Las actuaciones serán públicas y permanentes con las excepciones que establezca la ley y en ellas prevalecerá el derecho sustancial. Los términos procesales se observarán con diligencia y su incumplimiento será sancionado. Su funcionamiento será desconcentrado y autónomo.” (Subrayas fuera del texto Constitucional).

De ahí que la Corte Constitucional haya señalado que “la Constitución consagra el respeto de los derechos fundamentales, lo cual implica que esta protección debe prevalecer sobre normas procesales que de ser aplicadas conducirían la negación de los mismos.”45

Así, en desarrollo del principio en comento, la Corporación Constitucional ha estimado que “un defecto procedimental por exceso ritual manifiesto se presenta cuando un funcionario utiliza o concibe los procedimientos como un obstáculo para la eficacia del derecho sustancial (...)”46 lo cual, para el presente caso, la aplicación de la formalidad en un sentido extremo, resulta contrario al derecho que tiene la EPS de que se le reconozca el pago del recobro por el servicio prestado y que fue pagado por la Entidad a la IPS.”


## 3. De la responsabilidad patrimonial del Estado.

“En síntesis, el daño que ha sido causado a **EPS FAMISANAR LTDA** es un daño antijurídico, y es un daño que debe ser reparado por el Estado, en la medida en que **EPS FAMISANAR LDA** en su condición de Entidad Promotora de Salud, no tiene el deber jurídico de soportar un perjuicio que le es ocasionado, cuando el Estado no le ha cancelado dineros por concepto de recobros por prestación de Tecnologías en Salud NO POS aprobadas por el Comité Técnico y Científico u ordenados por Jueces de la República que han resuelto Acciones de Tutela a favor de los afiliados.”

“La posibilidad con la que cuenta **EPS FAMISANAR**, para repetir contra el Estado por los valores antedichos tiene su origen en la Ley, porque es esta misma la que faculta a la EPS para que exceda su ámbito obligacional frente a la prestación de un servicio o suministro de un medicamento que no se encuentra dentro de las coberturas del POS, otorgándole la facultad de solicitar un reembolso de lo pagado en exceso cuyo cargo está en cabeza del Estado. La EPS de buena fe agota los procedimientos de índole administrativa para considerar y aprobar los medicamentos que requieren los usuarios, que sin estar incluidos en el listado de medicamentos, actividades, suministros, procedimientos o intervenciones, se aprueban por parte del Comité Técnico y Científico de la EPS en procura de la salud y la vida de los afiliados, en espera del cumplimiento por parte del ESTADO de las obligaciones que, constitucional y contractual le corresponden para el caso objeto de la presente demanda.”

## 4. Principio de igualdad de las cargas públicas

“Este principio, analizado desde la óptica de la Administración, indica que al Estado en el ejercicio de sus funciones no le es dable romper el Equilibrio de las Cargas Publicas que existe para todos sus asociados, pues de probarse, el Estado sería generador de un **daño especial** el cual está en la obligación de reparar; en virtud de esto surge el concepto del **Deber Jurídico, que en sentido general** es una norma que impone a algunas o a todas las personas una determinada conducta para beneficio de otras o de la sociedad.”

	PROCESO	ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA DENTRO DEL SGSSS	CÓDIGO	PJFL02
	FORMATO	SENTENCIA	VERSIÓN	3

*“Dicho en otra voz, la **EPS FAMISANAR** ha sufrido un detrimento en sus derechos patrimoniales al tener que soportar un daño derivado de la falta de pago por parte del Estado Colombiano de los recobros que fueron presentados ante el Administrador Fiduciario de los recursos del FOSYGA, por concepto de suministro de servicios a los usuarios del Sistema General de Seguridad Social en Salud; servicios que al no estar consagrados dentro del Plan Obligatorio de Salud, debieron ser costeados a través de los recursos propios de mi defendida, concluyendo esto en la ruptura del Principio del Equilibrio frente a las Cargas Públicas, toda vez que se ocasionó un daño a la demandante como quiera que debió ser la Administración quien debió sufragar y además financiar el cargo económico por la prestación de estos servicios”.*

**(III) Razón III. Fundamentos del enriquecimiento sin causa**

Frente al enriquecimiento sin causa, concluyó que: *“(…) que los requisitos para que el Enriquecimiento Sin Justa Causa, sea fuente de las obligaciones, por parte de una persona o una institución son: i) que una parte se enriquezca; ii) correlativamente a lo anterior que otra parte se empobrezca o vea disminuido su patrimonio; iii) debe existir una relación de causalidad entre quien se enriqueció y quien se empobreció o vio disminuido su patrimonio; iv) que tal enriquecimiento no tenga fundamento legal ni contractual y que no exista dentro del ordenamiento jurídico otra acción que le permita reclamar el perjuicio ocasionado.; y v) que el empobrecimiento no haya sido causado por quien lo alega”.*


Expuso como, ante el no pago de los recobros, convergen los requisitos para la configuración del enriquecimiento sin causa, ya que, al ser el Estado el titular de la prestación del servicio público esencial de la salud, éste debe restituir los recursos por los servicios pagados por tecnologías NO POS.

**(IV) Razón IV. Procedencia del pago de intereses**

*“En concreto, el Artículo 65 de la ley 45 de 1990 define el interés de mora como toda suma que se cobre al deudor como sanción por el simple retardo o incumplimiento del plazo de una obligación dineraria, cualquiera sea su denominación, así mismo, el H. Consejo de Estado ha manifestado que: “Los intereses de mora corresponden a aquellas sumas que se deben pagar a título de indemnización de perjuicios desde el momento en que se constituye en mora el deudor, es decir, desde el cumplimiento de la obligación principal” contrario sensu a lo que acontece con el interés remuneratorio que solo operan en caso de que la partes lo hayan pactado expresamente o cuando la ley expresamente lo señala, de esta manera, según lo preceptuado por concepto de la H. Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, las mencionadas sentencias de la H. Corte Constitucional y el marco legal y reglamentario esbozado, el Estado debe pagar a la parte actora los intereses moratorios ocasionados por el incumplimiento de su obligación de pago a esta, con ocasión de un daño y perjuicio que implica para la EPS el que el Estado se configure en situación de mora con esta, la cual se constituye desde el momento en que se vence el plazo para informar los resultados de las auditorías realizadas a los recobros, es decir desde el día 61 contados a partir de la radicación de la cuenta de recobro ante la Unión Temporal Nuevo Fosyga, así las cosas, se puede apreciar con claridad que a través de estas regulaciones se ha impuesto el deber de sufragar por parte de los demandados los intereses de mora que se causen por atender por fuera de los plazos previstos en la Ley las reclamaciones que por concepto de recobros presenten las EPS y en tal sentido los aquí demandados deberán cancelar a favor de EPS FAMISANAR, los intereses moratorios sobre el valor de las reclamaciones que ha glosado y cuyo pago se reclama en virtud de la presente acción”.*

**(V) Agotamiento de la reclamación administrativa como requisito de procedibilidad**

La apoderada arguyó que, previa a la presentación de la presente demanda, se radicó reclamación administrativa en el marco del trámite de la solicitud de pago de los recobros y, posteriormente, se llevó a cabo conciliación prejudicial. Por lo tanto, manifestó que: *“En*

	PROCESO	ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA DENTRO DEL SGSSS	CÓDIGO	PJFL02
	FORMATO	SENTENCIA	VERSIÓN	3

conclusión, se entiende agotado el requisito de procedibilidad en relación a la reclamación administrativa previsto en el numeral 5° artículo 26 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social se cumplió en la medida en que con los dos tramites que adelantó la EPS brindo a la administración la posibilidad de revisar su actuación y reconsiderar el pago de su obligación con la EPS, la cual a la presentación de esta demanda no se ha cumplido”.

### 1.3. PRETENSIONES

La demandante presentó sus pretensiones principales y subsidiarias ante la Superintendencia Delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación de la Superintendencia Nacional de Salud, con fundamento en las razones de hecho y de derecho que se sustentan ampliamente en la demanda, con el fin de obtener condena solidaria de reconocimiento y pago de lo que se detalla a continuación:

#### 1.3.1. PRINCIPALES:

Ordenar el pago de **OCHOCIENTOS NOVENTA Y SEIS MILLONES CIENTO CINCUENTA Y DOS MIL CUATROCIENTOS SESENTA Y DOS PESOS M/Cte (\$896.152.462).**, a razón de **DOS MIL CIENTO SESENTA Y NUEVE (2169) CUENTAS DE RECOBRO.**

##### 1.3.1.1. Consecuenciales:

**1.3.1.1.1. Intereses de mora:** Solicita la demandante que, se condene a los demandados al pago de los intereses de mora previstos y calculados de acuerdo al artículo 4 del Decreto 1281 de 2002, de los recobros que sean reconocidos en el proceso.

**1.3.1.1.2. Gastos administrativos:** En relación con el gasto que ha tenido que asumir la entidad, con ocasión de la atención al usuario favorecido con la decisión de tutela o del comité técnico científico, suma que deberá corresponder como mínimo al 10% por recobro.

**1.3.1.1.3. Intereses Corrientes:** Generados por cada una de las cuentas de recobro, entre el momento en que la EPS pagó la prestación del servicio y la fecha en que los demandados debieron haber cancelado oportunamente el importe.

##### 1.3.1.1.4. Indexación IPC.

##### 1.3.1.1.5. Reconocimiento de cualquier perjuicio demostrado en el proceso.

**1.3.1.1.6. Costas, gastos de notificación, pago de peritos, curadores, publicaciones y pagos de honorarios.**

#### 1.3.2. SUBSIDIARIAS:

**Enriquecimiento sin causa:** Por valor de **OCHOCIENTOS NOVENTA Y SEIS MILLONES CIENTO CINCUENTA Y DOS MIL CUATROCIENTOS SESENTA Y DOS PESOS MCTE (\$896.152.462.00)**, en cumplimiento de las órdenes de los jueces de tutela y las órdenes del comité técnico científico de las EPS, cuyas cuentas fueron glosadas.


##### 1.3.2.1. Consecuenciales:

**1.3.2.1.1. Indexación** de las sumas reconocidas a la variación del IPC.

**1.3.2.1.2. Resarcimiento** de cualquier otro perjuicio, demostrado en el transcurso del proceso.

**1.3.2.1.3. Costas, gastos de notificación, pago de peritos, curadores, publicaciones y pagos de honorarios.**



	PROCESO	ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA DENTRO DEL SGSSS	CÓDIGO	PJFL02
	FORMATO	SENTENCIA	VERSIÓN	3


1.4. PRUEBAS

Solicita la demandada la práctica de la prueba pericial, en los términos previstos en el artículo 51 del Código Procesal del Trabajo, en concordancia con el artículo 233 del Código de Procedimiento Civil, para que con la intervención de un perito experto, contable y financiero en auditoría, verifique los recobros objeto de la demanda.

2. TRÁMITE DE LA SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD

En la Superintendencia Delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación se han surtido las siguientes actuaciones:

- 2.1. **Inadmisión de la demanda:** Por medio del Auto A-2015-0300-000006 del 10 de junio de 2015, este Despacho inadmitió la demanda, para que la parte demandante complementara la información y soportes relacionados con los recobros objeto de la demanda.
- 2.2. **Auto de Admisión y requerimientos:** Una vez subsanada la demanda, esta Delegada profirió Auto de Admisión No. A2015-J-2015-0037-001204 de fecha 10 de noviembre de 2015, requiriendo a la NACIÓN- MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL - FONDO DE SOLIDARIDAD Y GARANTÍA DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD EN SALUD (FOSYGA), al ADMINISTRADOR FIDUCIARIO y FAMISANAR EPS, para que aportaran información referente a los recobros relacionados en la misma providencia. El Auto fue notificado a las partes respetando así el debido proceso, derecho de defensa y contradicción.
- 2.3. **Auto concede plazo, admite llamamiento en garantía y notifica a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado:** Mediante Auto A2016-000435 del 15 de marzo de 2016, se concedió a la NACIÓN – Ministerio de Salud y Protección Social, y a Fiduciaria Colombiana de Comercio Exterior SA, Fiduciaria la Previsora SA, integrantes del CONSORCIO SAYP 2011, un término adicional de treinta (30) días calendario contados a partir de la notificación de esa decisión, para contestar la demanda y aportar pruebas, admitió llamamiento en garantía presentado por CARVAJAL TECNOLOGÍA Y SERVICIOS S.A.S. (antes ASSENDA S.A.S.) en contra de la sociedad ALLIANZ SEGUROS S.A. y se ordenó notificar sobre el proceso a la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO y al MINISTERIO PÚBLICO.
- 2.4. **Auto corre traslado de las excepciones previas:** Mediante Auto A2016-001837 del 1 de septiembre de 2016, este Despacho corrió traslado a FAMISANAR E.P.S. del escrito de excepciones previas presentado por el Representante Legal para Asuntos Judiciales de Allianz Seguros S.A.
- 2.5. **Auto resuelve recurso y se adoptan otras determinaciones:** Por medio de proveído A2019-002060 del 18 de junio de 2019, este Estrado reconoció personería a la abogada Ana Carolina Ramírez Zambrano, para actuar en representación de las sociedades **CARVAJAL TECNOLOGÍA Y SERVICIOS S.A.S.**, el **GRUPO ASESORÍA EN SISTEMATIZACIÓN DE DATOS SOCIEDAD DE ACCIONES SIMPLIFICADA - GRUPO ASD S.A.S.**, y de **SERVIS OUTSOURCING INFORMÁTICO SOCIEDAD POR ACCIONES SIMPLIFICADA – SERVIS S.A.S.**, integrantes de las uniones temporales **UT NUEVO FOSYGA** y **UT FOSYGA 2014**; a **JHONATAN ALEXANDER MOLINA ORTEGA**, en calidad de apoderado del **CONSORCIO SAYP 2011** en liquidación, y a la abogada **DIANA PATRICIA TORRES POVEDA** en calidad de apoderada especial de **LA NACIÓN -MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCION SOCIAL**; Negó la solicitud de desvinculación del proceso al

	PROCESO	ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA DENTRO DEL SGSSS	CÓDIGO	PJFL02
	FORMATO	SENTENCIA	VERSIÓN	3

CONSORCIO SAYP 2011 en liquidación; declaró a la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud – ADRES, SUCESORA PROCESAL del MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL, en su carácter de parte demandada dentro del presente proceso; **negó** la solicitud de pérdida automática de competencia que establece en el artículo 121 del C.G.P. elevada por la apoderada de la UT NUEVO FOSYGA.; y negó el recurso de reposición presentado por la apoderada especial de **CARVAJAL TECNOLOGÍA Y SERVICIOS S.A.S.** contra el Auto A2016-001837 del 1 de septiembre de 2016.

3. ARGUMENTOS DE LAS DEMANDADAS

3.1. ARGUMENTOS DE LA UNIÓN TEMPORAL UT NUEVO FOSYGA

La abogada **MARTHA ISABEL ORTIZ HURTADO**, identificada con cedula de ciudadanía No. 36.861.141 y tarjeta profesional No. 161.291 del Consejo Superior de la Judicatura, actuando en calidad de apoderada especial de **CARVAJAL TECNOLOGÍA Y SERVICIOS S.A.S.**<sup>1</sup>, el **GRUPO ASESORÍA EN SISTEMATIZACIÓN DE DATOS SOCIEDAD DE ACCIONES SIMPLIFICADA - GRUPO ASD S.A.S. -**<sup>2</sup>, y de **SERVIS OUTSOURCING INFORMÁTICO SOCIEDAD POR ACCIONES SIMPLIFICADA – SERVIS S.A.S.**<sup>3</sup>, integrantes de la **UNIÓN TEMPORAL NUEVO FOSYGA**, mediante escrito radicado **NURC: 1-2015-160825** del 22 de diciembre de 2015, presentó la contestación de la demanda, exponiendo lo siguiente:

3.1.1. Frente a las peticiones:

La apoderada del DEMANDADO se opuso a todas las pretensiones, señalando con respecto a las principales que, la Unión Temporal no dispone de los recursos del FOSYGA, empero su relación con el Ministerio de Salud y la Protección Social es resultado del contrato de consultoría N° 55, cuyo fin es la auditoría en salud, jurídica y financiera a las solicitudes de recobro, que es un mecanismo de control previo al reconocimiento. Así mismo, advierte que no existe obligación legal de reconocer los recobros porque todos fueron glosados por no cumplir con los requisitos para acreditar el derecho al pago. Agrega que la unión temporal no realizó la auditoria sobre **2150 cuentas de recobro**.


En lo atinente a las pretensiones consecuenciales, señaló que, al constituirse en una obligación accesoria de la principal, no se adeuda nada a FAMISANAR, habida cuenta que hubo una indebida presentación de los recobros, dada la ausencia del cumplimiento de los requisitos que impidió el nacimiento de la obligación, y advierte que en el hipotético caso en que se accediera a las pretensiones principales, el derecho a recobrar 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. Preciso que ante la inexistencia de la obligación no hay lugar al pago de los intereses moratorios ni otras sanciones de carácter pecuniario.

En lo que respecta a la pretensión subsidiaria, consistente en condenar a título de enriquecimiento sin justa causa a las personas jurídicas demandadas, indicó que no se dan los 5 elementos definidos por el Consejo de Estado para su configuración, esto es: 1. Enriquecimiento (ventaja patrimonial), 2. empobrecimiento correlativo en virtud de la equivalencia causal, 3. desequilibrio entre los dos patrimonios sin causa jurídica, 4. carencia de otra acción para su reclamación, 5. la acción es improcedente cuando la pretensión es esquivar una disposición jurídica, en tal sentido, en lo atinente a las peticiones

<sup>1</sup> Antes **ASSENDA S.A.S.**

<sup>2</sup> Antes **ASESORÍA EN SISTEMATIZACIÓN DE DATOS SOCIEDAD ANÓNIMA – A.S.D. S.A.**

<sup>3</sup> Antes **SERVIS OUTSOURCING INFORMÁTICO SOCIEDAD ANÓNIMA – SERVIS S.A.**

	PROCESO	ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA DENTRO DEL SGSSS	CÓDIGO	PJFL02
	FORMATO	SENTENCIA	VERSIÓN	3

consecuenciales que se derivan de la pretensión subsidiaria acudió a lo explicado sobre estas en el acápite de las principales.

**3.1.2. Frente a los hechos y omisiones:**

Para el efecto señaló que no les consta a sus representados los hechos relacionados en la demanda, arguyendo que *“desconocen si por medio de fallos de tutela o en cumplimiento de órdenes impartidas en CTC se ordenó a EPS FAMISANAR el suministro de tecnologías en servicio no POS, así como las gestiones que este haya adelantado esa entidad con sus IPS para efectuar el pago, pues esto pertenece al fuero interno de FAMISANAR en desarrollo de su objeto.”*

**3.1.3. Fundamento normativo y razones jurídicas de la defensa:**

Planteó argumentos generales del SGSSS, para destacar que la prestación del servicio público de salud está a cargo del Estado, que debe ser materializada por el Ministerio de Salud y Protección Social - Fondo de Solidaridad y Garantía FOSYGA- y no por la entidad privada UT NUEVO FOSYGA; Retomó lo dicho entorno a la naturaleza jurídica de la unión temporal y las obligaciones contractuales derivadas de la consultoría, asimismo, hizo precisiones de cobertura del SGSSS y el derecho al recobro de las EPS, la obligación del recobrante de cumplir cabalmente los requisitos normativos para la presentación de recobros ante el FOSYGA.

Expuso que la Unión Temporal Nuevo Fosyga, no realizó la auditoria sobre 2150 recobros, configurándose la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva, y agrega que los hechos de la demanda relacionados con tales 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.

Expresa que de los **2169** recobros que involucra la demanda, únicamente **19** recobros fueron auditados por la Unión Temporal Nuevo Fosyga en los paquetes 1011 y ART122011212, frente a los cuales señala que **3** recobros se encuentran aprobados parcialmente, **15** recobros tienen estado de "aprobado condicionado", y **1** recobro tiene estado de "no aprobado":

Indicó que no había responsabilidad del Estado en la medida que no se acreditó la existencia del daño antijurídico y que a nadie le es dable alegar su propia culpa para obtener provecho de ello, alegando la inaplicabilidad del principio de igualdad de las cargas públicas e inexistencia del enriquecimiento sin causa.


**3.1.4. Excepciones**

**3.1.4.1. Falta de Jurisdicción y Competencia de la Superintendencia Nacional de Salud,** al considerar que las autoridades administrativas no están facultadas para resolver controversias en las que se encuentren involucradas entidades públicas, siendo competencia de la jurisdicción contencioso administrativa el asunto materia de demanda.

**3.1.4.2. Prescripción del derecho:**

Como sustento de la prescripción, refiere el artículo 151 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social y en consecuencia solicita al Despacho que se determine la procedencia respecto de todos y cada uno de los recobros objeto de la presente demanda.

Agrega que los 19 recobros que fueron auditados por la Unión Temporal Nuevo FOSYGA objeto de la presente demanda se encuentran prescritos.

	PROCESO	ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA DENTRO DEL SGSSS	CÓDIGO	PJFL02
	FORMATO	SENTENCIA	VERSIÓN	3

**3.1.4.3. Pago por el FOSYGA de algunos de los valores reclamados a través de la Unidad de Pago por Capitación.**

Explica que una (1) de las cuentas recobradas presenta la glosa denominada "los valores objeto de recobro ya hayan sido pagados por el FOSYGA", la 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 FOSYGA a través de la Unidad de Pago por Capitación - UPC.

**3.1.4.4. Cumplimiento estricto de obligaciones de orden legal y contractual:**

Refiere que de conformidad con lo expresado en el contrato de consultoría No. 055 de 2011, la UNIÓN TEMPORAL NUEVO FOSYGA debe auditar los recobros en estricto cumplimiento de las normas vigentes y los procesos, procedimientos e instrucciones suministradas por el Ministerio de Salud y Protección Social. Dentro de la normatividad de obligatorio cumplimiento y ejecución, señala los Acuerdos 008 de 2009, 028 y 029 de 2011 CRES, las Resoluciones 3099 y 3754 de 2008, 4377 y 548 de 2010.

**3.1.4.5. Inexistencia de la obligación de pago con recursos propios por parte de la UNIÓN TEMPORAL NUEVO FOSYGA:**

Advirtió que conforme a lo dispuesto en la resolución 3099 de 2008 y la jurisprudencia constitucional (sentencias SU-480 de 1997 y T-760 de 2008), los recursos con los cuales se reconocen los recobros por prestaciones no incluidas del POS en el sistema de seguridad social en salud, provienen del FOSYGA y que por tal motivo, no existe obligación de pago con recursos propios por parte de la unión temporal.

*Solicita que en el "remoto evento en que el despacho encuentre que las solicitudes de recobro objeto de la presente demanda debieron ser cancelados por quien ostentaba en ese momento la administración de los recursos del FOSYGA, deberá ser con cargo a dichos recursos -hoy administrados por el CONSORCIO SAYP 2011- que se realice el pago de una eventual condena judicial."*

**3.1.4.6. Improcedencia de reconocimiento de interés de mora u otras sanciones pecuniarias:**


En este punto, el demandando justifica la improcedencia del pago de los intereses reclamados, teniendo en cuenta que la auditoria en salud, jurídica y financiera realizada a los recobros presentados por la EPS FAMISANAR, se realizó de conformidad con los actos administrativos vigentes para esa fecha, aunado a que los mismos no reunían los requisitos legales para su debido pago y advierte que en el hipotético caso que se accediera a las pretensiones principales, el derecho a recobrar 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.

**3.1.5. Pruebas:**

La abogada Ortiz Hurtado, además de aportar las pruebas documentales que refiere en la contestación de la demanda, solicitó la práctica de las siguientes:

**3.1.5.1. Testimoniales:**

Se decreta el testimonio de **MARÍA ESPERANZA ROZO GÓMEZ**, para obtener declaración sobre las obligaciones contractuales adquiridas por la **UNIÓN TEMPORAL NUEVO FOSYGA**, el inicio de la ejecución contractual, el origen de los recursos con los cuales se

	PROCESO	ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA DENTRO DEL SGSSS	CÓDIGO	PJFL02
	FORMATO	SENTENCIA	VERSIÓN	3

cancelan los recobros del Sistema General de seguridad Social en salud, la auditoria efectuada por la mencionada firma, los demás hechos materia de la Litis.

### 3.1.5.2. Documentales:

Se oficie al Consorcio SAYP 2011, para que informara sobre las glosas aplicadas a los recobros objeto de la demanda, el resultado de auditoria y certifique el valor total de los mismos y de los recobros aprobados y pagados.

## 3.2. RESPUESTA DEL CONSORCIO SAYP 2011

Mediante escrito radicado bajo el NURC 1-2015-160919 del 22 de diciembre de 2015, el **CONSORCIO SAYP 2011** allegó la respuesta a la demanda, por intermedio de la abogada **Mary Dayana Sánchez Rojas**, identificada con cédula de ciudadanía No. 37.625.914 de Puente Nacional (Santander) y T.P. 164.770 de Consejo Superior de la Judicatura, en calidad de apoderada del consorcio SAYP 2011, manifestando lo siguiente:

### 3.2.1. Consideraciones previas, argumentos fácticos y jurídicos:

Para el efecto, señaló las características del contrato fiduciario No. 467 del 21 de septiembre de 2011, cuyo objeto es el recaudo, administración y pago de los recursos del FOSYGA; asimismo, destacó el objeto de la subcuenta de compensación y promoción del FOSYGA y la reglamentación aplicable. A su vez, determinó el trámite que surten los recobros, para destacar que su representado sólo está obligado a lo que ordene el Ministerio, siendo un receptor de la información del auditor de cuentas, lo que permitiría acreditar la indebida *legitimatío ad processum* por incapacidad jurídica y procesal para atender el requerimiento del accionante.

### 3.2.2. Respecto a los hechos y omisiones frente al trámite de recobros:

La apoderada del demandado señaló que su representado desconoce la mayoría de los hechos que sustentan la demanda y reiteró que el consorcio sólo ejecuta el pago previa orden del Ministerio de Salud y Protección Social, agotado el trámite de auditoria, que en sus obligaciones de administrador no está la validación de los pagos y que las labores de los involucrados en el proceso de recobros son independientes.


### 3.2.3. Respecto a las pretensiones, declaraciones y condenas:

Se opuso a todas las pretensiones planteadas por el DEMANDANTE, considerando que la inexistencia del daño o perjuicio porque el consorcio no tiene injerencia en el trámite de aprobación de los recobros objeto de debate, siendo un colaborador en la administración de los recursos, y destacando que el proceso obedece a procedimientos aplicados en vigencia de la administración fiduciaria del CONSORCIO FIDUFOSYGA 2005.

### 3.2.4. Excepciones propuestas:

#### 3.2.4.1. Falta de legitimación en la causa por pasiva del CONSORCIO SAYP 2011

En la medida que la fiduciaria sólo está facultada para actuar como intermediario material (no jurídico), los contratos no son ni reemplazan al FOSYGA, luego, la capacidad para actuar está delimitada por las normas del SGSSS. Refiere que, no obstante, la FIDUPREVISORA S.A. y FIDUCOLDEX S.A. hagan parte del CONSORCIO FIDUFOSYGA 2005, los hechos que se relatan son posteriores a la entrada en vigencia del encargo fiduciario 467 de 2011, entonces *“(…) es fácil advertir en el encargo fiduciario estatal, al faltarle a la entidad fiduciaria la titularidad de los bienes, no existe fundamento alguno para considerarlo legitimado en la causa para actuar procesalmente por los recursos del FOSYGA”*.

	PROCESO	ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA DENTRO DEL SGSSS	CÓDIGO	PJFL02
	FORMATO	SENTENCIA	VERSIÓN	3

Adicionalmente, agrega que el CONSORCIO SAYP 2011, no reemplaza al FOSYGA, no tiene responsabilidad, legitimidad, capacidad jurídica ni procesal para responder por las pretensiones ni daños que se llegaren a demostrar en el proceso.

**3.2.4.2. Inexistencia de la obligación indemnizatoria,** ausencia de nexo causal frente a la imputación del daño jurídico del Estado.

*“(...) no hay razón legal alguna para que se afirme que en este caso se den los presupuestos para que proceda condena alguna en contra del CONSORCIO SAYP 2011, dado que sus obligaciones contractuales se adquirieron con la celebración del contrato 467 de 2011, cuya suscripción se elevó el 01 de octubre de 2011.”*

**3.2.4.3. El CONSORCIO SAYP 2011 no reemplaza ni responde solidariamente al CONSORCIO FIDUFOSYGA 2005.**

*“Por lo anterior, se evidencia que cada uno de los administradores mencionados son independientes en las gestiones realizadas, y por ende, no entran a reemplazar ni adquirir las responsabilidades del anterior administrador fiduciario, el CONSORCIO FIDUFOSYGA 2005, como se pretende hacer ver según las peticiones y pretensiones descritas en el libelo de la solicitud presentada.”*

**3.2.4.4. Imposibilidad jurídica:** Sustentada en que nadie está obligado a lo imposible.

*“Como puede observarse, el CONSORCIO SAYP 2011, por no ser sujeto pasivo de la acción, está imposibilitado jurídicamente, por demás de manera absoluta para cumplir lo que no le es dable, y más concretamente, para cumplir con las solicitudes y pretensiones expuestas por la parte solicitante, EPS FAMISANAR LTDA.”*

**3.2.4.5. Inexistencia del daño antijurídico**


*“(... ) no pudo haber sido ante el actual administrador fiduciario de los recursos del Fosyga, el Consorcio Sayp 2011, pues este último únicamente realiza el recuso, administración y pago de los recursos del FOSYGA, siempre después de una auditoría realizada por la Unión Temporal Nuevo Fosyga, hoy, UNION TEMPORAL FOSYGA 2014, por consiguiente, el resultado de dicha auditoria en ningún momento es competencia del Consorcio SAYP 2011”.*

**3.2.4.6. Caducidad de la acción:**

*“En virtud al literal i) numeral 2 del Artículo 164 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, y según la naturaleza de la solicitud presentada ante esa entidad, por pretender la reparación de los daños y perjuicios, sería del caso tener en cuenta según la ocurrencia de los hechos descritos en la solicitud, el término de caducidad para interponer la solicitud, es decir, de dos años...”*

**3.2.4.7. Falta de Jurisdicción y Competencia**

*“Así las cosas y según lo expuesto, la Superintendencia Nacional de Salud, únicamente, se encontraría facultada para ejercer función Jurisdicciones cuando se trate de conflictos entre particulares, ello en virtud de lo previsto en una norma superior, como lo es la Ley 1285 de 2009, modificatoria de la Estatutaria de Administración de Justicia, frente a las normas de inferior jerarquía, de decir, como lo son la Ley 1122 de 2007 y Ley 1438 de 2011.*

	PROCESO	ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA DENTRO DEL SGSSS	CÓDIGO	PJFL02
	FORMATO	SENTENCIA	VERSIÓN	3

**3.2.4.8. Excepción Innominada**

*“(…) se formula una excepción genérica de acuerdo con lo que se demuestre en el proceso, cuyo contenido sea suficiente para enervar las pretensiones que se formulan en la demanda…”*

**3.2.5. PETICIONES DEL CONSORCIO SAYP**

Solicitó declarar probadas las excepciones planteadas y la no prosperidad de las pretensiones de la demandante, subsidiariamente, la desvinculación del CONSORCIO SAYP 2011 del proceso, atendiendo a las razones expuestas a lo largo de la contestación de la demanda.

**3.2.6 PRUEBAS:**

Como sustento de sus pretensiones, la apoderada del el CONSORCIO SAYP 2011, solicita que se decreten y practiquen las siguientes pruebas:

Se oficie al Ministerio de Salud y Protección Social, a efecto que remita copia autentica de los contratos de prestación de servicios suscritos con la Unión Temporal Nuevo FOSYGA y la Unión Temporal FOSYGA 2014, específicamente el 055 de 2011 y el 0043 de 2014.


**3.3. ARGUMENTOS DEL MINISTERIO DE SALUD Y DE LA PROTECCIÓN SOCIAL**

El abogado **Holman David Ayala Angulo**, identificado con la cédula de ciudadanía No. 1.023.873.776 de Bogotá, y T.P. 213.944 del Consejo Superior de la Judicatura, en su condición de apoderado especial del MINISTERIO DE SALUD Y DE LA PROTECCIÓN SOCIAL, presentó contestación a la demanda mediante escrito radicado NURC 1-2016-007257 del 20 de enero de 2016, manifestando lo siguiente:

**3.3.1. Respetto de las pretensiones principales:** Frente a las pretensiones principales se opone, toda vez que los recobros radicados ante el FOSYGA, son sometidos a un trámite de auditoría integral, conforme al procedimiento administrativo y a las normas nacionales tales como, el Decreto Ley 1281 de 2002, modificado por el Decreto Ley 019 de 2012; Las Resoluciones 3099 de 2008, las Resoluciones 3048 y 3086 de 2012 y las Resoluciones 458, 803, 2482 y 2729 de 2013, derogadas posteriormente por la Resolución 5395 de 2013. Mediante las anteriores normas se surte un proceso de auditoría en el que se verifica la procedencia, origen jurídico, veracidad y validez del cobro, que no puede soslayarse usando la vía de un proceso preferente y sumario ante la Superintendencia de Salud.

**3.3.2. Respetto de las pretensiones consecuenciales:** La demandada se opone a las pretensiones consecuenciales que hacen referencia al reconocimiento y pago de intereses de mora y corrientes, gastos administrativos e indexación al IPC, teniendo en cuenta que dichas peticiones al ser accesorias, no subsisten sin la obligación principal en razón a que los recobros no cumplieron los requisitos de la normativa, no hay existencia de la obligación principal y por lo tanto no prosperan las pretensiones accesorias; Advierte que en el hipotético caso que prosperen las suplicas respecto a la indexación y los intereses moratorios, implicaría un doble pago dada la naturaleza de esas pretensiones.

**3.3.3. Respetto de la pretensión subsidiaria del enriquecimiento sin justa causa:** Respetto a la pretensión encaminada a demostrar el “enriquecimiento sin justa causa”, argumenta el demandado, que la no cancelación de los recobros, se debió única y exclusivamente a que no se cumplieron los requisitos establecidos en la normatividad vigente para la época, razón por la cual, la responsabilidad única y exclusivamente recae en cabeza de la EPS., toda vez que la presentación de los recobros al FOSYGA, no constituye un derecho adquirido, por lo tanto su pago está condicionado a que los

	PROCESO	ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA DENTRO DEL SGSSS	CÓDIGO	PJFL02
	FORMATO	SENTENCIA	VERSIÓN	3

mismos cumplan con la totalidad de los requisitos establecidos. En lo atinente a las peticiones consecuenciales que se derivan de la pretensión subsidiaria acudió a lo explicado sobre estas en el acápite de las principales.

**3.3.4. Frente a los hechos y omisiones**, explicó que el proceso versa sobre 1229 recobros, por valor de \$1.327.160.395,54, con un valor aprobado de \$745.715.222,88, para un total de valor glosado de \$581.445.172,66 discriminados individualmente, que incluyen glosas combinadas, glosas únicas y otros que no presentan glosa ni observación, para señalar que las causales de glosa aplicadas por el administrador gozan de presunción de legalidad al estar fundamentadas en lo previsto en la Resolución 3099 modificada por la Resolución 3754 de 2008 y demás normas que la adicionan, modifican o complementan, generada de la revisión de todos los aspectos por parte del grupo interdisciplinario que efectúa el proceso de auditoría integral a los recobros, verificando el cumplimiento de los términos de la solicitud y el lleno de requisitos en materia médica, jurídica y financiera.

**3.3.5. Como razones de la defensa**, presentó algunas definiciones legales relativas al Sistema de Seguridad Social en Salud, aduciendo lo correspondiente al régimen contributivo y subsidiado en salud, al FOSYGA, el proceso aplicable a la subcuenta de compensación interna del régimen contributivo, lo referente a las prestaciones económicas, el proceso de recobros por beneficios extraordinarios y los requisitos normativos para la presentación ante el FOSYGA, principio de legalidad del gasto público, buena fe en la ejecución de los recursos, el objeto de los contratos suscritos para el manejo del FOSYGA, y las glosas aplicadas a los recobros objeto de solicitud.

**3.3.6. Respecto de la glosa única de extemporaneidad:** En referencia a la glosa única de extemporaneidad, la EPS al haber presentado varios recobros fuera del término establecido por el Decreto Ley 1281 de 2002, ocasionó que el administrador fiduciario de los recursos del FOSYGA, aplicara la glosa de rechazo con fundamento en las Resoluciones 3099 de 2008 modificada parcialmente por la Resolución 3754 de 2008; lo cual no genera ningún tipo de negligencia.

**3.3.7. Excepciones:** Como excepciones propone:

**3.3.7.1. Falta de competencia** - Falta de competencia para conocer del asunto materia de la solicitud:


*“(…) la Superintendencia Nacional de Salud, únicamente se encuentra facultada para ejercer función jurisdiccional cuando se trate de conflictos entre particulares, en virtud de lo previsto en una norma de rango superior, como lo es la Ley 1285 de 2009, modificatoria de la Estatutaria de Administración de Justicia, frente a las normas de inferior jerarquía, como lo son la Ley 1122 de 2007 y la Ley 1438 de 2011.”*

*“(…) “por consiguiente la Superintendencia Nacional de Salud carece de competencia para dirimir las controversias que se susciten entre las Entidades Promotoras de Servicios de Salud (EPS) e instituciones prestadoras de servicios de salud (IPS), contra el Ministerio de Salud y Protección Social - FOSYGA, por el no pago en sede administrativa de recobros o reclamaciones”.*

**3.3.7.2. Culpa exclusiva de quien alega el daño:**

*“(…) “Lo anterior permite concluir que lo alegado proviene exclusivamente de la actuación de la propia solicitante, quien no puede atribuir responsabilidad al Estado, por un hecho exclusivamente suyo, pues a nadie le es dable alegar su propia culpa, para derivar de ella un beneficio y mucho menos para obtener el reconocimiento y pago de recobros que carecen del cumplimiento de requisitos legales”.*



	PROCESO	ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA DENTRO DEL SGSSS	CÓDIGO	PJFL02
	FORMATO	SENTENCIA	VERSIÓN	3

**3.3.7.3. Inexistencia de la obligación:**

*(...) “El Ministerio de Salud y Protección Social, no está obligado a reconocer y pagar los recobros que como consecuencia de la auditoría integral hayan resultado con estado “Rechazado”, “toda vez que al tratarse de recursos públicos, éstos requieren de protección especial del Estado quien debe implementar un estricto control que le permita destinar los recursos a aquellas entidades que den estricto cumplimiento de los requisitos legales”.*

**3.3.7.4. Ausencia de la Responsabilidad de la Solicitada:**

*(...) “No puede alegar la EPS solicitante que ha sufrido detrimento patrimonial por no recibir el pago de recobros, cuando no ha estado presta a dar cumplimiento a los requisitos legales para tener derecho al pago, y menos aún para los casos en que lo recobrado fue rechazado en el trámite de auditoría integral”.*

**3.3.7.5. Pago de la obligación:**

*(...) “Lo anterior en razón a que la EPS solicitante pudo haber presentado los recobros a través de los mecanismos de radicación excepcional, habilitados por el Ministerio de Salud y Protección Social, en aras de lograr su reconocimiento y pago”.*

**3.3.7.6. Caducidad:**

*“La presente excepción únicamente tiene vocación de prosperar, una vez oficiada la Unión Temporal Fosyga 2014, ésta emita concepto técnico en el cual se precisen los recobros sobre los cuales operó el fenómeno jurídico de la caducidad, consagrado en el literal i del artículo 134 de la ley 1437 de 2011 (Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo)”*

**3.3.8. PRUEBAS**

El apoderado del MINISTERIO DE SALUD Y DE LA PROTECCIÓN SOCIAL solicita que se decreten y practiquen las siguientes pruebas:

Documentales:

**3.3.8.1.** Que se requiera al CONSORCIO SAYP 2011, para que de acuerdo con la excepción formulada como “PAGO”, emita certificación de pagos totales o parciales sobre los recobros objeto del presente proceso, y en el evento que, si existan recobros pagados, aporte los documentos que lo evidencien.


**3.3.8.2.** Que se requiera a la UNIÓN TEMPORAL FOSYGA 2014, con el propósito que emita concepto técnico sobre los recobros objeto del presente proceso, e indique si existen recobros sobre los cuales operó el fenómeno jurídico de la “CADUCIDAD”.

**3.3.8.3.** Que se requiera a la UNIÓN TEMPORAL FOSYGA 2014, para que informen si los recobros objeto del presente proceso, se encuentran surtiendo el trámite de una nueva auditoría integral en virtud de un mecanismo de radicación excepcional.

Testimoniales:

**3.3.8.4.** Se reciba la declaración de **MARÍA ESPERANZA ROZO GÓMEZ**, en su condición de Directora Jurídica de la firma auditora **UNIÓN TEMPORAL NUEVO FOSYGA**.

**3.3.8.5.** Se reciba la declaración de **DILIA NUBIA OVALLE FULA**, en su condición de Jefe de Recobros de la firma auditora **UNIÓN TEMPORAL NUEVO FOSYGA**.

Supersalud 	PROCESO	ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA DENTRO DEL SGSSS	CÓDIGO	PJFL02
	FORMATO	SENTENCIA	VERSIÓN	3

### 3.4. SOLICITUD DE LLAMAMIENTO EN GARANTÍA

La abogada **MARTHA ISABEL ORTIZ HURTADO**, identificada con la cédula de ciudadanía No. 36.861.141 de Ipiales y T.P. 161.291 del Consejo Superior de la Judicatura, actuando en calidad de apoderada especial de la sociedad **CARVAJAL TECNOLOGÍA Y SERVICIOS S.A.S.**, presentó llamamiento en garantía en contra de **ALLIANZ SEGUROS S.A.**, mediante escrito radicado NURC 1-2015-160825 del 22 de diciembre de 2015, teniendo en cuenta las siguientes consideraciones:

*“En la remota circunstancia en que se condene a CARVAJAL TECNOLOGÍA Y SERVICIOS S.A.S., en el presente proceso, ALLIANZ, estaría contractualmente obligada a rembolsar lo que esta tuviere eventualmente que pagar a terceros, en virtud de la responsabilidad civil profesional en que incurra, incluyendo las sumas que deba pagar por concepto de costos y honorarios de abogados para su defensa”, en virtud de la póliza 021399662-0.*

### 3.5. RESPUESTA ALLIANZ SEGUROS S.A.

Mediante escrito radicado bajo el NURC 1-2016-063431 del 12 de mayo de 2016, ALLIANZ SEGUROS S.A., dio respuesta a la demanda y al llamamiento en garantía, por medio del abogado **Fernando Amador Rosas**, identificado con la cédula de ciudadanía No. 19.074.154 de Bogotá y T.P No. 15.818 del Consejo Superior de la Judicatura, en los siguientes términos:

**3.5.1.** Se opone a las pretensiones principales, subsidiarias incoadas, así como al llamamiento en garantía, por carecer de fundamentos fácticos y jurídicos.

**3.5.2.** Advierte que no le constan los hechos de la demanda por no haber sido parte de ellos.

**3.5.3.** En cuanto a los hechos del llamamiento, refiere que ciertamente Allianz Seguros S.A., expidió la póliza de Responsabilidad Civil Extracontractual General número 021399662/0 cuya carátula aparece como tomador y asegurado Carvajal S.A. Nit 890.321.567-0, con vigencia 30 de Julio de 2013 al 29 de Julio de 2014.

**3.5.4.** Refiere que en la póliza No. 021399662/0, base del llamamiento en garantía, se encuentra incluido el amparo de: *"Errores & Omisiones (Responsabilidad Civil Profesional): Claims Made retroactiva desde Septiembre 30 de 1997"* y se lee que el interés asegurado es: *"Indemnizar los perjuicios que cause el asegurado, con motivo de determinada responsabilidad civil extracontractual en que incurra con relación a terceros, de acuerdo con la ley, que sean consecuencia de un siniestro imputable al asegurado, causados durante el giro normal de sus actividades"*

**3.5.5.** Explica que conforme a la póliza No. 021399662/0, base del llamamiento en garantía, la modalidad de cobertura aplicable es la Claims Made con retroactividad al 30 de septiembre de 1997.

**3.5.6. Excepciones de fondo.** - Como excepciones interpone las siguientes:


*A la demanda impetrada por Famisanar Ltda.:*

**3.5.6.1. Falta de competencia.** -*Falta de competencia por indebida escogencia de jurisdicción*

**3.5.6.2. Falta de Legitimación en la Causa por Pasiva**

**3.5.6.3. Inexistencia de daño especial**

**3.5.6.4. Inexistencia de responsabilidad y de solidaridad** de las empresas que conforman la Unión Temporal.

	PROCESO	ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA DENTRO DEL SGSSS	CÓDIGO	PJFL02
	FORMATO	SENTENCIA	VERSIÓN	3

- 3.5.6.5. *Culpa exclusiva de la víctima*
- 3.5.6.6. *Caducidad del medio de control.*
- 3.5.6.7. *Excepción susceptible de declaración oficiosa*

Al llamamiento en Garantía impetrado por Carvajal Tecnología y Servicios S.A.S:

- 3.5.6.8. *Ausencia de cobertura de daños patrimoniales puros*
- 3.5.6.9. *Inexistencia de responsabilidad y de solidaridad algunas a cargo de Carvajal Tecnología y Servicios S.A.S.*
- 3.5.6.10. *Prescripción de la acción proveniente del contrato de seguro*
- 3.5.6.11. *Sujeción a las condiciones del contrato de seguro – amparos, limites, sublimites, deducibles, exclusiones, garantías y agotamiento del valor asegurado*
- 3.5.6.12. *Excepción susceptible de declaración oficiosa*

3.5.7. Excepciones previas

Mediante escrito radicado NURC: 1-2016-063429 del 12 de mayo de 2016, el abogado **Fernando Amador Rosas**, identificado con la cédula de ciudadanía No. 19.074.154 de Bogotá y T.P No. 15.818 del Consejo Superior de la Judicatura, en calidad de Representante Legal para Asuntos Judiciales de ALLIANZ SEGUROS S.A., presentó la excepción previa de falta de competencia por indebida escogencia de jurisdicción.

3.6. RESPUESTA AL TRASLADO DE LAS EXCEPCIONES PREVIAS

Este Despacho a través del Auto A2016-001837 de fecha 1 de septiembre de 2016, le corrió traslado al demandante de la excepción previa propuesta por el llamado en garantía **ALLIANZ SEGUROS S.A.**, a lo cual la doctora Yadira Del Pilar García O., en su condición de apoderada especial de la parte actora, recorrió el traslado mediante escrito radicado NURC: 1-2017-012889 del 26 de enero de 2017, oponiéndose a la prosperidad de la misma.

En el mismo sentido, la abogada **Ana Carolina Ramírez Zambrano** en su condición de apoderada sustituta de Carvajal Tecnología y Servicios S.A.S. mediante escrito radicado NURC: 1-2017-013291 del 26 de enero de 2017, expuso las razones de hecho y de derecho para oponerse a la prosperidad de las excepciones del llamamiento en garantía.


En atención de lo anterior, y atendiendo al principio de economía procesal, las excepciones invocadas se entenderán resueltas en esta providencia.

4. PRUEBAS

4.1. **Respecto de las pruebas que obran en el expediente.** - El Despacho admite las pruebas que fueron aportadas al expediente por cada una de las partes, en la medida de que no fueron tachadas de falsedad, y gozan de presunción de legalidad.

4.2. **Pruebas solicitadas por las partes.** - Es importante resaltar, que los medios de prueba decretados en el curso procesal, deben atender los conceptos de pertinencia, conducencia y utilidad de la misma.

4.2.1. **Respecto de la prueba testimonial solicitada por la UT NUEVO FOSYGA,** para que rinda testimonio **MARÍA ESPERANZA ROZO GÓMEZ**, este Despacho la estima inconducente e innecesaria para esclarecer el conflicto de glosas aquí discutido, y tampoco resultar ser prueba idónea para determinar los aspectos atinentes al proceso de auditoría de los recobros en el marco de las obligaciones y/o ejercicio de la actividad contractual derivada del contrato N°055 de 2011. Lo anterior, debido a que el trámite decantado entre las partes del que resultan las objeciones en el pago de los recobros y los desacuerdos generados frente a los mismos, por ser un trámite reglado, arroja necesariamente un soporte documental en el que se evidencian los hechos entorno al conflicto planteado y sirven para dilucidar cada momento o variable de la auditoría

	PROCESO	ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA DENTRO DEL SGSSS	CÓDIGO	PJFL02
	FORMATO	SENTENCIA	VERSIÓN	3

realizada. Luego, la prueba testimonial no tiene capacidad demostrativa frente a las circunstancias relacionadas con dicho trámite. Razón por la cual se negará la práctica de la prueba.


**4.2.2. Respecto de las pruebas testimoniales solicitadas por el MINISTERIO DE SALUD Y DE LA PROTECCIÓN SOCIAL**, para que rindan testimonio **MARÍA ESPERANZA ROZO GÓMEZ**, en su calidad de Directora Jurídica de la **UNIÓN TEMPORAL NUEVO FOSYGA** y **DILIA NUBIA OVALLE FULA**, en su calidad de Jefe de Recobros de la **UNIÓN TEMPORAL NUEVO FOSYGA**. Al respecto, cabe advertir que el demandado, no sustentó ni justificó las razones jurídicas por las cuales se deriva la necesidad probatoria. Razón por la cual se negará la práctica de las pruebas.

Adicional a lo anterior, debe reiterarse que todas las circunstancias que se pretenden probar y que guardan un nexo con el problema jurídico, deben, por ley, constar en los soportes físicos y digitales que hacen parte de la radicación de cuentas de recobros y su posterior proceso de auditoría conforme a las responsabilidades de las entidades intervinientes para con el Sistema de Seguridad Social en Salud.

**4.2.3. Respecto de la solicitud del informe técnico realizado por el MINISTERIO DE SALUD Y DE LA PROTECCIÓN SOCIAL y LA UNIÓN TEMPORAL NUEVO FOSYGA**, para que el **CONSORCIO SAYP 2011**, informe las glosas aplicadas, el resultado de la auditoría actualizado, y para que emita certificación de pagos totales o parciales sobre los recobros objeto del presente proceso, y frente a la solicitud realizada por el **MINISTERIO** para que **la UNIÓN TEMPORAL FOSYGA 2014** emita concepto técnico sobre los recobros objeto del presente proceso, es pertinente señalar que mediante Auto A-2015-0300-000006 del 10 de junio de 2015, este Despacho requirió a **FAMISANAR EPS** para que aportara los resultados de auditoría de la totalidad de los recobros enlistados en la demanda y mediante Auto A2015-J-2015-0037-001204 de fecha 10 de noviembre de 2015, requirió tanto a la **NACIÓN- MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL - FONDO DE SOLIDARIDAD Y GARANTÍA DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD EN SALUD (FOSYGA)**, al **ADMINISTRADOR FIDUCIARIO** como a **FAMISANAR EPS**, para que aportaran los resultados de auditoría sobre los recobros enlistados en esa decisión y otra información necesaria para resolver el conflicto puesto en conocimiento de esta Delegada, motivo por el cual, las partes requeridas, allegaron con la contestación de la demanda, todos los soportes documentales que estimaron necesarios para satisfacer el requerimiento del Despacho y que serán tenidos en cuenta en esta Sentencia; Así mismo cabe destacar que mediante comunicación No. CMP-00414-16 del 12 de enero de 2016, obrante dentro del radicado **NURC 1-2016-007257** adiado el 20 de enero de 2016, y memorial dirigido a este proceso radicado **NURC: 1-2016-021286** del 17 de febrero de 2016, como alcance a la solicitud de pruebas, el **CONSORCIO SAYP 2011** como administrador fiduciario del **FOSYGA** rindió concepto técnico sobre los recobros. Por tanto, la solicitud de un nuevo informe técnico resulta, en consecuencia, reiterativa y lesiva para la economía procesal.

Además, se reitera que, todas las circunstancias que se pretenden probar y que guardan un nexo con el problema jurídico, deben, por ley, constar en los soportes físicos y digitales que hacen parte de la radicación de cuentas de recobros y su posterior proceso de auditoría conforme a las responsabilidades de las entidades intervinientes para con el Sistema de Seguridad Social en Salud. Por ello, este Despacho solicitó en su momento a cada una de las partes para que aportaran todos los soportes de auditoría y demás documentos que pretendieran hacer valer, los cuales constituyen el medio de prueba idóneo para esclarecer los aspectos que originaron el conflicto que aquí se busca dirimir. Razón por la cual se negará la práctica de la prueba.

**4.2.4. Respecto de la solicitud elevada por el MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL**, para que la **UT NUEVO FOSYGA 2014** rinda informe si los recobros objeto del presente asunto se encuentran surtiendo de una nueva auditoría integral en virtud de un mecanismo de radicación excepcional, será denegada teniendo

	PROCESO	ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA DENTRO DEL SGSSS	CÓDIGO	PJFL02
	FORMATO	SENTENCIA	VERSIÓN	3

en cuenta que el Ministerio de Salud y Protección Social junto con la contestación de la demanda radicado NURC 1-2016-007257 adiado el 20 de enero de 2016, allegó al expediente comunicación No. CMP-00414-16 del 12 de enero de 2016, mediante el cual el CONSORCIO SAYP 2011, como administrador fiduciario del FOSYGA rinde concepto técnico respecto de los recobros que han sido presentados en virtud de los mecanismos de radicación excepcional, sumado a que el Consorcio SAYP 2011, mediante memorial dirigido a este proceso radicado NURC: 1-2016-021286 del 17 de febrero de 2016, como alcance a la solicitud de pruebas, informó sobre los recobros que han sido presentados en virtud de los mecanismos de radicación excepcional. Por tanto, la solicitud de un nuevo informe técnico resulta, en consecuencia, reiterativa y lesiva para la economía procesal.

**4.2.5. Respecto de la solicitud del informe técnico elevada por el MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL,** para que la UT FOSYGA 2014 rinda informe técnico para determinar la caducidad de los recobros, es impertinente e inconducente, teniendo en cuenta que, el acaecimiento del fenómeno jurídico de la caducidad resulta de la declaración judicial que haga el operador jurídico, luego de analizar el acervo probatorio y demás aspectos propios de acción judicial a través de la cual se ventila el proceso.

**4.2.6. Respecto de la prueba documental solicitada por el CONSORCIO SAYP.** Esto es, que se oficie al Ministerio para que aporte la copia auténtica de los contratos suscritos con la UT NUEVO FOSYGA y la UT FOSYGA 2014, resulta innecesaria y lesiva a la economía procesal, ya que de acuerdo con el artículo 19 del Decreto 1510 de 2013, el Estado está obligado a publicar en el SECOP todos los documentos del proceso contractual, incluyendo el contrato, en virtud del principio de transparencia de debe imperar en dicho proceso. Luego, la consulta en el SECOP resulta ser una prueba idónea y de fácil acceso para conocer el contenido de los contratos suscritos entre el Ministerio y las UT.

**4.2.7. Respecto de la prueba pericial solicitada por la demandante,** debe anotarse que, para verificar hechos que interesen al proceso en materia de recobros y los conflictos suscitados por estos, esta Superintendencia Delegada, cuenta con auditores con los conocimientos y experticia científica y técnica especial, requerida para el trámite del asunto, circunstancia que desvirtúa la necesidad de la peritación.

**5. CONSIDERACIONES DEL DESPACHO**

**5.1. MARCO NORMATIVO APLICABLE.**

El marco normativo que se tendrá en cuenta para dirimir la presente controversia es el siguiente: Ley 100 de 1993<sup>4</sup>, Ley 715 de 2001<sup>5</sup>, Ley 1122 de 2007<sup>6</sup>, Ley 1438 de 2011<sup>7</sup>, Decreto 1281 de 2002<sup>8</sup>, Decreto 019 de 2012<sup>9</sup>, Resolución 5061 de 1997<sup>10</sup>, Resolución

<sup>4</sup> Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones

<sup>5</sup> Por la cual se dictan normas orgánicas en materia de recursos y competencias de conformidad con los artículos 151, 288, 356 y 357 (Acto Legislativo 01 de 2001) de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones para organizar la prestación de los servicios de educación y salud, entre otros.


<sup>6</sup> Por la cual se hacen algunas modificaciones en el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones.

<sup>7</sup> Por medio de la cual se reforma el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones.

<sup>8</sup> 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

<sup>9</sup> Por el cual se dictan normas para suprimir o reformar regulaciones, procedimientos y trámites innecesarios existentes en la Administración Pública.

<sup>10</sup> Por la cual el Ministerio de Salud reglamentó los Comités Técnico Científicos dentro de la Entidades Promotoras de Salud, Administradoras del Régimen Subsidiado e Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud, y se dictan otras disposiciones

	PROCESO	ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA DENTRO DEL SGSSS	CÓDIGO	PJFL02
	FORMATO	SENTENCIA	VERSIÓN	3

2948 de 2003<sup>11</sup>, Resolución 3099 de 2008<sup>12</sup>, Resolución 3754 de 2008<sup>13</sup>, Resolución 548 de 2010<sup>14</sup>, Resolución 1265 de 2010<sup>15</sup>, Resolución 4377 de 2010<sup>16</sup>, Resolución 4316 de 2011<sup>17</sup>, Resolución 2569 de 2012<sup>18</sup>, Resolución 3408 de 2012<sup>19</sup>, Resolución 458 de 2013<sup>20</sup>, Resolución 5395 de 2013<sup>21</sup>, Acuerdo 008 de 2009<sup>22</sup>, Acuerdo 028 de 2011<sup>23</sup>, Acuerdo 029 de 2011<sup>24</sup>.

5.2. ASPECTOS PRELIMINARES

Previo a llevar a cabo el análisis sobre las glosas de las cuentas de recobro objeto de controversia, para dar así respuesta al problema jurídico, se hace indispensable pronunciarse sobre algunos presupuestos procesales de fondo, que pueden afectar el alcance de la decisión, y que han sido planteados o puestos en discusión por las partes dentro del proceso. Por tanto, este Despacho procederá a pronunciarse en el siguiente orden:

- 5.2.1. Jurisdicción y Competencia,
- 5.2.2. Responsabilidad Solidaria,
- 5.2.3. Llamamiento en garantía,
- 5.2.4. Falta de legitimación en la causa por pasiva- CONSORCIO SAYP,
- 5.2.5. Sucesión procesal y
- 5.2.6. Sobre la responsabilidad patrimonial del estado y el daño antijurídico, el principio de igualdad de las cargas públicas, el daño especial, el enriquecimiento sin causa, el agotamiento de la reclamación administrativa como requisito de procedibilidad, y la caducidad de la acción.

5.2.1. COMPETENCIA DE LA SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD

El artículo 116 de la Constitución Política dispone que de manera excepcional la ley podrá atribuir función jurisdiccional en materias precisas a determinadas autoridades administrativas.

En desarrollo de este precepto constitucional, el artículo 41 de la Ley 1122 de 2007, modificado y adicionado por el artículo 126 de la Ley 1438 de 2011, determinó que , con el fin de garantizar la efectiva prestación del derecho a la salud de los usuarios del Sistema General de Seguridad Social en Salud y en ejercicio del artículo 116 de la Constitución Política, **“la Superintendencia Nacional de Salud podrá conocer y fallar en derecho, con carácter definitivo y con las facultades propias de un juez”**, los asuntos que la misma ley determinó.

Tenemos entonces que, en virtud de una norma especial, la Superintendencia Nacional de Salud puede actuar como juez y con funciones jurisdiccionales respecto de aquellos

<sup>11</sup> Por la cual el Ministerio de la Protección Social subroga 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 no incluidos en el Acuerdo 228 de CNSSS autorizados por el Comité Técnico Científico.

<sup>12</sup> Por la cual el Ministerio de Salud reglamentó 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

<sup>13</sup> Por la cual se modifica parcialmente la Resolución número 3099 de 2008

<sup>14</sup> por la cual se reglamentan los Comités Técnico - Científicos, se establece el procedimiento de radicación, reconocimiento y pago de recobros ante el Fondo de Solidaridad y Garantía -FOSYGA- y se dictan otras disposiciones aplicables durante el periodo de transición de que trata el artículo 19 de Decreto Legislativo 128 de 2010.

<sup>15</sup> Por medio de la cual se establece el valor máximo de reconocimiento de recobros para algunos medicamentos.

<sup>16</sup> por la cual se modifican las Resoluciones 3099 y 3754 de 2008.

<sup>17</sup> Por la cual se establecen valores máximos para el reconocimiento y pago de recobros por medicamentos no incluidos en los planes de beneficios con cargo a los recursos del Fondo de Solidaridad y Garantía (Fosyga).

<sup>18</sup> Por la cual se establecen VALORES MÁXIMOS PARA EL RECONOCIMIENTO Y PAGO DE RECOBROS POR MEDICAMENTOS NO INCLUIDOS EN LOS PLANES DE BENEFICIOS, CON CARGO A LOS RECURSOS DEL FONDO DE SOLIDARIDAD Y GARANTÍA - FOSYGA. DEROGA LA RESOLUCIÓN 4316 DE 2011.

<sup>19</sup> Por la cual se crea, organiza y determinan las funciones del Comité de Evaluación y Decisión de Divergencias Recurrentes.


<sup>20</sup> Por la cual se unifica el procedimiento de recobro ante el Fondo de Solidaridad y Garantía (Fosyga) y se dictan otras disposiciones.

<sup>21</sup> Por la cual se establece el procedimiento de recobro ante el Fondo de Solidaridad y Garantía (Fosyga) y se dictan otras disposiciones.

<sup>22</sup> Por el cual se aclaran y actualizan integralmente los Planes Obligatorios de Salud de los Regímenes Contributivo y Subsidiado

<sup>23</sup> Por el cual se define, aclara y actualiza integralmente el Plan Obligatorio de Salud

<sup>24</sup> Por medio del cual se introdujeron ajustes al Acuerdo 028

Supersalud 	PROCESO	ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA DENTRO DEL SGSSS	CÓDIGO	PJFL02
	FORMATO	SENTENCIA	VERSIÓN	3

asuntos sobre los cuales la ley le otorgó competencia. Tampoco podemos desconocer el principio hermenéutico, según el cual la norma especial prima sobre la norma general.

Debe observarse adicionalmente, que los asuntos a que hace referencia, tanto el artículo 41 de la Ley 1122 de 2007, como el artículo 126 de la Ley 1438 de 2011, son sin lugar a dudas conflictos que se derivan de situaciones enmarcadas dentro del sistema de seguridad social integral en salud. Por otra parte, al otorgarse competencia judicial a esta entidad administrativa, no se está excluyendo a las autoridades que integran la jurisdicción ordinaria en su especialidad laboral del conocimiento de los asuntos descritos en los preceptos mencionados. Razón por la cual, la competencia es de **carácter concurrente y no privativa**, y su conocimiento compete, tanto al juez laboral, como a la Superintendencia Nacional de Salud, a prevención.

También debe tenerse en cuenta lo dispuesto por la Honorable Corte Constitucional en Sentencia C-119 de 2008, mediante la cual se hizo el estudio de constitucionalidad del artículo 41 de la Ley 1122 de 2007, manifestó:


*“Ahora bien, para determinar cuáles son las autoridades judiciales que originalmente tuvieron la competencia asignada a la Superintendencia, cuyo superior jerárquico está llamado a tramitar el recurso de apelación respecto de las decisiones judiciales asignadas por la norma bajo examen, debe tenerse en cuenta lo siguiente:*

*(...)*  
*Lo anterior significa que en el caso de las atribuciones judiciales asignadas en el artículo 41 de la Ley 1122 de 2007 a la Superintendencia Nacional de Salud (conflictos de la seguridad social en salud relacionados con coberturas del POS, reembolso de gastos de urgencia, multiafiliación y libre elección y movilidad dentro del sistema), **dicha entidad desplaza, a prevención, a los jueces laborales del circuito** (o civiles del circuito en los lugares en que no existen los primeros), **cuya segunda instancia está asignada a la Sala Laboral de los Tribunales Superiores de Distrito Judicial. En ese orden de ideas, las decisiones judiciales de la Superintendencia Nacional de Salud serán apelables ante las Salas Laborales de los Tribunales Superiores de Distrito Judicial, como superiores jerárquicos de los jueces que fueron desplazados por la referida entidad administrativa de su función de decidir en primera instancia**”.* (Subrayados propios)

Por su puesto, entre los asuntos de conocimiento asignados a la Superintendencia Delegada para la Función Jurisdiccional, el literal f del artículo 126 de la Ley 1438 de 2011, establece:

**f) Conflictos derivados de las devoluciones o glosas a las facturas entre entidades del Sistema General de Seguridad Social en Salud;** (Subrayado en negrillas fuera de texto)

Frente a lo anterior, es pertinente advertir que las objeciones en el pago de los recobros constituyen, en todo sentido, un conflicto derivado de glosas a las facturas entre entidades del sistema de seguridad social en salud. Debe recordarse que el FOSYGA (Fondo de Solidaridad y Garantía) es **una cuenta** adscrita al Ministerio de Salud y de la Protección Social manejada por encargo fiduciario (artículo 218 de la Ley 100 de 1993), cuya dirección y control integral está a cargo de dicho Ministerio, a través de la Dirección General de Gestión Financiera (artículo 5 del Decreto 1283 de 1996). Precizando que, por mandado expreso de la norma (artículo 155 de la Ley 100 de 1993), tanto los recursos del fondo como su titular, Ministerio de Salud y Protección Social, hacen parte del sistema de seguridad social en salud.

	PROCESO	ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA DENTRO DEL SGSSS	CÓDIGO	PJFL02
	FORMATO	SENTENCIA	VERSIÓN	3

Ahora, los recobros, definidos como la “...solicitud presentada por una entidad recobrante ante el Ministerio de Salud y Protección Social o ante la entidad que se defina para tal efecto, a fin de obtener el pago de cuentas por concepto de tecnologías en salud...”<sup>25</sup>, en los cuales la facturación es el principal respaldo probatorio de la prestación de los servicios de salud y del valor a reclamar, son objeto de las glosas puntualmente descritas en las normas atinentes, y originadas en el proceso auditoría. De manera que, al tratarse del pago de servicios de salud glosados en el marco de una revisión técnica de auditoría, que afectan el flujo adecuado de los recursos del Sistema de Seguridad Social en Salud, los recobros son, a todas luces, un conflicto de glosas respecto del cual ésta Superintendencia Nacional de Salud<sup>26</sup> puede asumir competencia, una vez el demandante prefiera a esta Entidad sobre la jurisdicción laboral, para que se surta el trámite jurisdiccional a través de la presentación directa de la demanda ante este Despacho.

Tales consideraciones fueron planteadas por el Consejo Superior de la Judicatura en providencia del 11 de agosto de 2014<sup>27</sup>, a través de la cual aclaró lo relacionado con la competencia en materia de recobros, indicando:

**“3.3 - Reiteración del precedente fijado**

*En el ordenamiento jurídico colombiano, la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura es el supremo tribunal de conflictos de competencia suscitados entre las jurisdicciones constitucional y legalmente reconocidas. Por tal razón, sus decisiones son vinculantes para el caso concreto, pero también tiene la fuerza normativa que caracteriza al precedente jurisprudencial dentro de la materia.*

*“Teniendo en cuenta además que los recobros judiciales al Estado dentro del Sistema General de Seguridad Social en Salud por prestaciones no incluidas en el POS, son sin duda asuntos que no solo son de interés particular, sino que también revisten interés general, esta Corporación recordará el precedente que deberán seguir las jurisdicciones ordinaria - en su especialidad laboral y de seguridad social - y contencioso administrativa para evitar la proliferación de conflictos de competencia por falta de jurisdicción sobre este tema.*

*“Ciertamente, esta Sala ha dirimido en ocasiones anteriores este tipo especial de conflicto, asignando el conocimiento de los procesos a la jurisdicción ordinaria en su especialidad laboral y de seguridad social<sup>28</sup>. Sin embargo, a partir de su providencia del 11 de junio de 2014<sup>29</sup> se unificaron y detallaron los parámetros vinculantes que los despachos judiciales del país deben acatar para hacer un juicio de jurisdicción y competencia acorde con el ordenamiento jurídico vigente y respetuoso de los derechos de los sujetos procesales en este tipo de litigio. Tales parámetros son los siguientes:*

*(...)*

***“v) Las demandas judiciales en contra del Estado por concepto de recobros al FOSYGA podrán presentarse, a elección del demandante, ante los jueces laborales y de seguridad social, o bien ante la Superintendencia Nacional de Salud - Delegatura para la Función Jurisdiccional. De conformidad con el artículo 41 de la Ley 1122 de 2007, adicionado por el artículo 126 de la Ley 1438 de 2011, esta última autoridad conoce a prevención, con la jurisdicción ordinaria laboral y de seguridad social, de los conflictos***

<sup>25</sup> Artículo 3 de la Resolución 5395 de 2013.


<sup>26</sup> La función la adelanta la Superintendencia Nacional de Salud a través de la Superintendencia Delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación.

<sup>27</sup> Radicación N° 1100101020002014172200. Conflicto negativo de jurisdicción. M.P. Néstor Iván Javier Osuna Patiño.

<sup>28</sup> Consejo Superior de la Judicatura, Sala Jurisdiccional Disciplinaria, providencia del 30 de octubre de 2013, Rad. 110010102000201302347-00. MP. Dra. Julia Emma Garzón de Gómez.

<sup>29</sup> Consejo Superior de la Judicatura, Sala Jurisdiccional Disciplinaria, providencia del 11 de junio de 2014, Rad. 110010102000201302787-00, M P Dr. Nestor Ivan Osuna Patino.



	PROCESO	ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA DENTRO DEL SGSSS	CÓDIGO	PJFL02
	FORMATO	SENTENCIA	VERSIÓN	3

*derivados de las devoluciones o glosas a las facturas entre entidades del Sistema General de Seguridad Social en Salud. Además, la segunda instancia de las decisiones jurisdiccionales de la Superintendencia Nacional de Salud se debe surtir ante la jurisdicción ordinaria en su especialidad laboral y de seguridad social. En concordancia con lo anterior, el artículo 105.2 del CPACA prohíbe a la justicia contencioso administrativa controlar judicialmente las decisiones jurisdiccionales de la Superintendencia Nacional de Salud. (...)”.*

Así las cosas, al haber presentado FAMISANAR EPS LTDA su demanda directamente ante esta Superintendencia, concretó la atribución de competencia en cabeza de este operador judicial, siendo para este Despacho obligatorio respetar tal decisión y garantizar el derecho al acceso a la administración de justicia.

Corolario de todo lo anterior, la excepción de falta jurisdicción y competencia formulada como previa por ALLIANZ SEGUROS S.A., y de mérito por la UNIÓN TEMPORAL NUEVO FOSYGA, el CONSORCIO SAYP 2011, el MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL, el CONSORCIO SAYP 2011 y ALLIANZ SEGUROS S.A. no está llamada a prosperar.

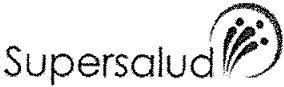
**5.2.2. RESPONSABILIDAD SOLIDARIA – EXCEPCIÓN DE INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN DE PAGO CON RECURSOS PROPIOS POR PARTE DE LA UNIÓN TEMPORAL NUEVO FOSYGA**

Este Despacho en pronunciamientos anteriores<sup>30</sup> al referirse sobre la responsabilidad solidaria entre los demandados<sup>31</sup> señaló que, dicha solidaridad frente al demandante tenía como fuente la producción de un daño resarcible y no los contratos que vinculan entre sí a las demandadas<sup>32</sup>. Para ilustrar el punto, se recordaba el pronunciamiento del Consejo de Estado en Sentencia del 14 de julio de 2016<sup>33</sup>. Se indicaba como la solidaridad en la condena partía de la producción de un perjuicio y que, esta Delegada entendía que se materializaba en la obstrucción en el flujo adecuado de los recursos del Sistema de Seguridad Social en Salud producto de la formulación de glosas infundadas en la etapa de auditoría integral del recobro, siendo los responsables e intervinientes en dicha actuación, los llamados a responder por el cumplimiento de las ordenes que se impartieran en la sentencia. Con lo que, la responsabilidad solidaria se predicaba respecto de los integrantes de la Unión Temporal Nuevo Fosyga, y el Ministerio de Salud y Protección Social (ahora ADRES), ya que son los responsables del proceso de auditoría en general. Por un lado, el Ministerio como entidad definida por la normatividad para la representación del Fosyga y el cumplimiento de los fines del referido fondo a través de cada una de sus subcuentas<sup>34</sup>, y por el otro, la Unión Temporal como ejecutora material del proceso de auditoría integral de recobro.

Pues bien, dicho entendimiento ha de ser variado en atención a los fallos de segunda instancia producidos por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá – Sala Laboral<sup>35</sup> en los que se modificaron las sentencias emitidas por esta Superintendencia Delegada. El Tribunal, en sus providencias explicó:

*“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*

<sup>30</sup> Sentencia del 21 de julio de 2017 Expediente J-2015-0029. Sentencia del 28 de julio de 2017 Expediente J-2015-0042.  
<sup>31</sup> En atención a resolver la primera de las pretensiones principales formuladas por el accionante, en el sentido de declarar solidariamente responsable a LA NACION – MINISTERIO DE SALUD, la UT NUEVO FOSYGA y el CONSORCIO SAYP 2011.  
<sup>32</sup> Entiéndase en referencia a las relaciones Ministerio de Salud y Protección Social – Consorcio SAYP 2011 y Ministerio de Salud y Protección Social – Unión Temporal Nuevo Fosyga, ya que la responsabilidad solidaria entre los integrantes del Consorcio o de la Unión Temporal viene dada por la Ley 80 de 1993. Art. 7.  
<sup>33</sup> Consejero Ponente: Carlos Alberto Zambrano Barrera. Radicación número: 85001-23-31-000-2002-00362-01(35763)  
<sup>34</sup> LEY 100 DE 1993. CAPÍTULO III. DEL FONDO DE SOLIDARIDAD Y GARANTÍA. ARTÍCULOS 218 y 219. DECRETO 1283 DE 1996 - DECRETO ÚNICO REGLAMENTARIO 780 DE 2016. ARTÍCULO 3o. ARTÍCULO 5o. ARTÍCULO 47.  
<sup>35</sup> Sentencia del 16 de abril de 2018. Radicación No. 201800027-01. MP: Marleny Rueda Olarte. Sentencia del 24 de abril de 2018. Radicación No. 2017002075-01. MP: Maria Isabel Arango Secker.

	PROCESO	ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA DENTRO DEL SGSSS	CÓDIGO	PJFL02
	FORMATO	SENTENCIA	VERSIÓN	3

Y FIDUCOLDEX y la UNIÓN TEMPORAL FOSYGA 2014, integrado por ASD SA, ASSENDA SAS y CARVAJAL SA 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 a la procedencia o no de los recobros, pero de ninguna manera implica que resulten afectadas con una posible o eventual condena.**" (Negrita en el texto original)

"De otra parte, en lo referente 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 las EPS, como ya se indicó al inicio de estas consideraciones, está a cargo del fondo de solidaridad y garantía, FOSYGA con recursos propios; ..."


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 recursos diferentes a los del Fosyga. Con lo que, al estar configurada la excepción propuesta, así se declarará y, consecuencialmente, 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.

5.2.3. LLAMAMIENTO EN GARANTÍA

El llamamiento en garantía se encuentra concebido como un mecanismo mediante el cual, en la demanda o al momento de contestarla, se pretende obligar la comparecencia de un tercero al proceso, con el fin de exigirle la indemnización del perjuicio que llegare a sufrir, o el reembolso total o parcial del pago que tuviere que hacer como resultado de la sentencia. Sin embargo, conforme se desprende del artículo 64 del Código General del Proceso, esta figura procesal se hace efectiva en la medida de que exista entre el "llamante" y el "llamado", un derecho legal o contractual que justifique dicha exigencia, es decir, que debe mediar *"...una relación de carácter sustancial que vincula al tercero citado con la parte principal que lo cita y según la cual aquél debe responder por la obligación que surja en virtud de una eventual condena en contra del llamante"*<sup>36</sup>.

Esta Delegada considera que, en la medida que el asegurado no será condenado ni declarado responsable dentro del presente proceso, debido a la prosperidad de la excepción denominada *"Inexistencia de la obligación de pago con recursos propios por parte de la Unión Temporal Nuevo Fosyga"*, tampoco hay lugar a declarar la responsabilidad del llamado en garantía y, por ende, resulta innecesario pronunciarse sobre los planteamientos realizados por ALLIANZ SEGUROS. En igual sentido, se ha pronunciado el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá – Sala Laboral, en Sentencia del 24 de abril de 2018. Radicación No. 2017002075-01. MP: Maria Isabel Arango Secker, cuando definió:

<sup>36</sup> Sentencia del Consejo de Estado, Sección Tercera, del 8 de julio de 2011, expediente radicado No 18.901. M.P. Olga Mélida Valle de la Hoz.

	PROCESO	ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA DENTRO DEL SGSSS	CÓDIGO	PJFL02
	FORMATO	SENTENCIA	VERSIÓN	3

*“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 garantía que esta entidad provocó en el proceso.**” (Negrita propia).*

**5.2.4. FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA- CONSORCIO SAYP 2011**

Atendiendo a la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva formulada por la abogada del CONSORCIO SAYP 2011, este Despacho debe entrar a estudiarla de forma preferente, toda vez que, como presupuesto procesal de fondo, es una condición anterior y necesaria para dictar sentencia; luego, de llegarse a verificar la carencia de la calidad subjetiva respecto al interés sustancial que se debate en el presente trámite jurisdiccional<sup>37</sup>, la decisión que se adopte, no puede ser inhibitoria, sino desestimatoria de las pretensiones frente a la parte respecto a la cual se demuestre dicha excepción<sup>38</sup>.

Es importante mencionar que, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha señalado que la legitimación material en la causa *“...se trata de una relación jurídica nacida de la atribución de una conducta en la demanda y de la notificación del libelo inicial al demandado, de manera que quien cita a otro y le endilga la conducta, actuación u omisión que dan lugar a que se incoe la acción, está legitimado de hecho por activa y aquél a quien se cita y se le atribuye la referida acción u omisión, resulta legitimado de hecho y por pasiva, después de la notificación del auto admisorio de la demanda (...) la legitimación material en la causa, 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 (...)”*<sup>39</sup> (Subrayado propio)


Así pues, con relación a la “conducta atribuida” en la demanda, debe tenerse en cuenta que el epicentro del debate en este escenario judicial, es **la labor de auditoría** llevada a cabo respecto a los recobros reclamados previamente por vía administrativa, en virtud de la cual se formularon las glosas objeto de controversia. De ahí que, la conducta reprochada de la cual se deriva el perjuicio alegado, y que se atribuye a las partes demandas, no es otra que **la formulación de glosas injustificadas en el marco del proceso de auditoría.**

En este orden de ideas, en lo que respecta a la participación de los sujetos procesales en el foco de la problemática planteada, el Despacho evaluó la responsabilidad del Consorcio SAYP 2011, a partir de las actuaciones ejecutadas frente al proceso de auditoría, para lo cual se revisaron las obligaciones contenidas en el Contrato de encargo fiduciario N° 0467 de 2011 suscrito con el Ministerio de Salud y Protección Social, encontrando lo siguiente:

**“CLÁUSULA PRIMERA: OBJETO.- EL CONSORCIO se compromete a realizar 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 Leyes 100 de 1993, 1122 de 2007 y 1438 de 2011, en especial en los artículos 164, 205, y 218 a 224 de la Ley 100 de 1993, los Decretos 1283 de 1996, 1281 de 2001, 050 de 2003, 2280 de 2004, 3990 de 2007, lo señalado por la Comisión de Regulación en Salud y el Ministerio de la Protección Social o quien haga sus veces, y demás normas y reglamentos que las complementen, modifiquen, adicionen o sustituyan que cumpla con las exigencias técnicas, jurídicas y económicas definidas en el Pliego de Condiciones y en la propuesta presentada por el contratista.”**

De lo anterior, se observa que el quehacer del Consorcio SAYP 2011 en razón del objeto pactado en el Contrato de encargo fiduciario N° 0467 de 2011, no guarda injerencia alguna

<sup>37</sup> Corte Constitucional, sentencia C- 965 de 2003.  
<sup>38</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de 23 de octubre de 1990, expediente: 6054.  
<sup>39</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencias de 11 de noviembre de 2009, expediente: 18163; de 4 de febrero de 2010, expediente 17720.

	PROCESO	ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA DENTRO DEL SGSSS	CÓDIGO	PJFL02
	FORMATO	SENTENCIA	VERSIÓN	3

con el ya mencionado proceso de auditoría de los recobros y, consecuentemente, en la imposición de glosas que impiden el desembolso de los dineros pretendidos, por concepto de servicios de salud NO POS.

Tal como lo manifiesta la apoderada del Consorcio SAYP 2011 en su contestación, éste solamente recibe por parte la firma auditora de cuentas (UT NUEVO FOSYGA), la información de bases de datos y la documentación física requerida para efectuar el pago, previa ordenación del gasto y autorización del giro de los recursos por parte del Ministerio.

Queda claro, entonces, que los miembros del Consorcio SAYP 2011, no son las personas idóneas para atender el requerimiento judicial que se concreta en el problema jurídico que aquí se plantea, motivo por el cual la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva se encuentra llamada a prosperar. En consecuencia, este Despacho, desestimaré las pretensiones de demanda frente al Consorcio SAYP 2011.

Finalmente, dado que prosperará la excepción de legitimación en la causa por pasiva, este Despacho estima inane pronunciarse sobre las demás excepciones y argumentos esbozados por la apoderada del Consorcio SAYP 2011 en contra de la demanda.


5.2.5. SUCESIÓN PROCESAL

Mediante escrito radicado NURC 1-2019-3959 del 3 de enero de 2019, la abogada **Claudia Paola Pérez Sua**, identificada con cédula de ciudadanía No. 1.014.242.822 de Bogotá D.C., portadora de la tarjeta profesional No. 256.848 del Consejo Superior de la Judicatura, actuando en calidad de apoderada especial de la **Entidad Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud -ADRES -**, solicitó a este Despacho, que se tenga como **sucesora procesal** de la **Nación - Ministerio de Salud y Protección Social – FOSYGA**, a su representada, en consideración a lo establecido en el artículo 66 de la Ley 1753 de 2015.

No obstante lo anterior, es necesario recordar que este Despacho mediante proveído A2019-002060 del 18 de junio de 2019, declaró a la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud – ADRES, **SUCESORA PROCESAL** del MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL, en su carácter de parte demandada dentro del presente proceso, razón por la cual resulta inane emitir un nuevo pronunciamiento sobre el mismo asunto.

5.2.6. SOBRE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO Y EL DAÑO ANTIJURÍDICO, EL PRINCIPIO DE IGUALDAD DE LAS CARGAS PÚBLICAS, EL DAÑO ESPECIAL, EL ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA, EL AGOTAMIENTO DE LA RECLAMACIÓN ADMINISTRATIVA COMO REQUISITO DE PROCEDIBILIDAD, Y LA CADUCIDAD DE LA ACCIÓN.

Si bien el demandante pretende endilgar al Ministerio de Salud y Protección Social un deber de reparación del perjuicio alegado, en calidad de entidad administrativa, apelando a títulos de imputación de responsabilidad objetiva, es menester aclarar que los conflictos de glosas en recobros que se ventilan en este escenario judicial, son controversias de carácter eminentemente técnico cuyo análisis se restringe a las reglas establecidas en la Resolución 3099 del 19 de agosto de 2008, la Resolución 458 de 2013 del 22 de febrero de 2013, la Resolución 5395 de 2013 del 24 de diciembre de 2013 (durante su respectivas vigencias), y las demás normas que aluden a dicho trámite de forma directa o tangencial. Luego, como ya se ha mencionado de forma previa, este Despacho sólo es competente para determinar los posibles yerros en el proceso de auditoría que pueden afectar el flujo de los recursos de la Subcuenta de Compensación Interna del Régimen Contributivo del Fosyga, e imprimir las consecuencias legales conforme a lo descrito en las normas especiales del sector salud, a fin de preservar el equilibrio financiero del Sistema de Seguridad Social en Salud, y con ello garantizar la prestación del servicio de salud por tecnologías no incluidas en el Plan de Beneficios con cargo a la UPC.

	PROCESO	ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA DENTRO DEL SGSSS	CÓDIGO	PJFL02
	FORMATO	SENTENCIA	VERSIÓN	3

Por consiguiente, este Despacho no entrará a estudiar los rasgos representativos del régimen de responsabilidad objetiva, como el rompimiento de las cargas públicas, el daño especial, u otras figuras jurídicas como el enriquecimiento sin causa, como fundamento de la obligación de reparación; los cuales sustentan parte de la demanda y, por ende, fueron objeto de pronunciamiento de la defensa, ya que son propios de la jurisdicción contencioso administrativa y sobre los cuales este Despacho no tienen competencia. Se reitera, que el presente conflicto de glosas es una controversia del Sistema de Seguridad Social en Salud, por lo que se resolverá a la luz de las disposiciones especiales sobre la materia.

De otra parte, se advierte que para el ejercicio de la presente acción judicial no se exige el agotamiento de la actuación administrativa como requisito de procedibilidad, sin embargo, este Despacho sólo puede avocar conocimiento de los “conflictos” que se susciten entre las entidades del sistema en el marco de las solicitudes de pago de los servicios de salud, lo que implica la existencia de un trámite de auditoría de cuentas de recobro previo entre la EPS y el FOSYGA, del cual sobreviva dicho conflicto.

Finalmente, respecto a la caducidad de la acción alegada tanto por Ministerio como por la Consorcio SAYP 2011 y ALLIANZ SEGUROS S.A., se aclara que el trámite jurisdiccional como proceso especial establecido en el artículo 41 de la Ley 1122 de 2007, modificado por el artículo 126 y 127 de la Ley 1438 de 2011, no contempla un término de caducidad para el mismo. Por su parte, el término aludido por el Ministerio, hace referencia al artículo 164<sup>40</sup> No. 1, literal i), **del Código de Procedimiento Administrativo**, que establece el término de caducidad del medio de control de reparación directa. Se reitera que estamos frente a un proceso de carácter jurisdiccional regido por norma especial contenida en la Ley 1122 de 2007 en desarrollo del artículo 116 de la Constitución Política Nacional. Por las razones expuestas, no prospera dicha excepción.

## 6. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA JURÍDICO

Una vez atendidos los aspectos preliminares, y teniendo en cuenta las argumentaciones esbozadas dentro de la oportunidad procesal pertinente, procede este Despacho a elaborar un análisis exhaustivo entorno al problema jurídico que se plantea a continuación:

¿Le asiste o no el derecho a FAMISANAR E.P.S a recibir el pago de **DOS MIL CIENTO SESENTA Y NUEVE (2169)** cuentas de recobro, por parte del MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL (ahora ADRES), por la suma de **OCHOCIENTOS NOVENTA Y SEIS MILLONES CIENTO CINCUENTA Y DOS MIL CUATROCIENTOS SESENTA Y DOS PESOS M/Cte (\$896.152.462)**, aunado a los intereses corrientes y de mora, gastos administrativos del 10%, sumas indexadas de acuerdo con el IPC, costas y cualquier otro resarcimiento o perjuicio demandado?


## 7. CASO CONCRETO

### 7.1. Verificación Técnica y Jurídica del Trámite de Auditoría

En primer lugar, se indica que la información contenida en las siguientes secciones para cada uno de los recobros, en todo caso, debe entenderse referida a, y complementada con, la que obra en el archivo de Excel denominado “*Informe Técnico Proceso J-2015-0037*”, archivo que es parte inescindible de esta sentencia y reposa en CD adjunto.

Ahora, una vez verificado y valorado por el equipo de profesionales en salud que hace parte de la Superintendencia Delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación, todo el material probatorio allegado respecto al trámite de auditoría que llevara a cabo la UT NUEVO FOSYGA a nombre del MINISTERIO DE SALUD Y DE PROTECCIÓN SOCIAL

<sup>40</sup> Es conveniente clarificar que la normatividad citada por el MINISTERIO DE SALUD Y DE PROTECCIÓN SOCIAL, en la contestación de la demanda, sobre el art 134, de la ley 1437 de 2011, no hace referencia a la caducidad, sino a la oportunidad y trámite de los impedimentos y recusaciones; razón por la se corrige la citación.

	PROCESO	ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA DENTRO DEL SGSSS	CÓDIGO	PJFL02
	FORMATO	SENTENCIA	VERSIÓN	3

sobre los recobros objeto de esta demanda, y efectuado el correlativo análisis jurídico, este Despacho pudo establecer lo siguiente:

**7.1.1. Recobros sin soportes documentales**

Debe recordarse que, es obligación de las partes probar el supuesto de hecho de las normas que contengan el efecto jurídico que ellas persiguen<sup>41</sup>, de manera que, en acatamiento a su deber de lealtad procesal, les incumbe aportar todas las pruebas documentales y las anticipadas que se encuentran en su poder, aunado a la petición individualizada y concreta de los medios de prueba que, según su procedencia, consideren necesarias en el trámite procesal.

A su vez, en ejercicio de su función como director del proceso, el juez puede decretar de forma oficiosa todas las pruebas que considere “*útiles para la verificación de los hechos relacionados con las alegaciones de las partes*” (art. 169 C.G.P.), con el objetivo de acercarse a la verdad real de cada caso. Así mismo, cuenta con la facultad de redistribuir las cargas probatorias entre los sujetos procesales, atendiendo a la teoría de la carga dinámica de la prueba inmersa en la legislación procesal actual, como medio para garantizar la igualdad entre las partes<sup>42</sup>.


Puntualmente, el artículo 167 del Código General del Proceso dispone que “*el juez podrá, de oficio o a petición de parte, distribuir, la carga al decretar las pruebas, durante su práctica o en cualquier momento del proceso antes de fallar, exigiendo probar determinado hecho a la parte que se encuentre en una situación más favorable para aportar las evidencias o esclarecer los hechos controvertidos*”.

En este mismo sentido, la Honorable Corte Constitucional, en sentencia C-086 de 2016 que resolvió sobre la constitucionalidad de la precitada norma, manifestó que el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, no se circunscribe a la simple existencia de mecanismos para poner en marcha la administración de justicia, “*sino que exige un esfuerzo institucional para restablecer el orden jurídico y garantizar la prevalencia del derecho sustancial*”. Señaló además que “*...la teoría de la carga dinámica de la prueba no solo es plenamente compatible con la base axiológica de la Carta Política de 1991 y la función constitucional atribuida a los jueces como garantes de la tutela judicial efectiva, de la prevalencia del derecho sustancial y de su misión activa en la búsqueda y realización de un orden justo. Es también compatible con los principios de equidad, solidaridad y buena fe procesal, así como con los deberes de las partes de colaborar con el buen funcionamiento de la administración de justicia*” (Resaltados propios).

Por consiguiente, teniendo en cuenta que, en un proceso de esta naturaleza, la EPS, como entidad recobrante, se encuentra en una situación más favorable para allegar los soportes documentales de aquellos recobros que han sido radicados ante el FOSYGA y posteriormente objetados, es a FAMISANAR a quien incumbía aportarlos. Toda organización, más aún una EPS, debe adelantar una adecuada gestión documental, y es una precaución mínima conservar copia de la documentación que se entrega y radica a otra institución o persona, en especial, si esta es la prueba de una obligación a favor.

Con todo, este Despacho mediante Auto A-2015-0300-000006 del 10 de junio de 2015 y A2015-J-2015-0037-001204 de fecha 10 de noviembre de 2015, requirió información tanto a la EPS como a LA NACIÓN- MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL-FONDO DE SOLIDARIDAD Y GARANTÍA DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD EN SALUD (FOSYGA), y al ADMINISTRADOR FIDUCIARIO, para poder analizar los puntos controvertidos de la auditoría, y así tomar una decisión motivada.

<sup>41</sup> Artículo 167. Código General del Proceso.  
<sup>42</sup> Código General del Proceso. Artículo 4°. Igualdad de las partes. “El juez debe hacer uso de los poderes que este código le otorga para lograr la igualdad real de las partes”.  
“Artículo 42. Deberes del juez. Son deberes del juez: (...) 2. Hacer efectiva la igualdad de las partes en el proceso, usando los poderes que este código le otorga”.

	PROCESO	ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA DENTRO DEL SGSSS	CÓDIGO	PJFL02
	FORMATO	SENTENCIA	VERSIÓN	3

Conforme a lo anterior, al llevarse a cabo la verificación de auditoría, se encontró que respecto de **diecisiete (17)** cuentas de recobro, no fueron aportadas las correspondientes imágenes soporte de la cuenta, como se detalla en las hoja electrónica “Sin Soporte Documental” del archivo de Excel denominado “Informe Técnico Proceso J-2015-0037”, que hace parte integral de la presente sentencia y obra en CD adjunto.

Así las cosas, el Despacho estableció que los referidos recobros no cuentan con las condiciones para ordenar su pago, en la medida que el demandante incumplió con su deber procesal de probar los hechos que soportan las respectivas pretensiones, pese al apoyo oficioso que se surtió en esta instancia.

Por lo anterior, en la medida que en la sentencia sólo podrá reconocerse lo estrictamente demostrado en el proceso<sup>43</sup>, no se accederá a la pretensión de pago de **diecisiete (17)** solicitudes de recobro, por valor de **UN MILLÓN NOVECIENTOS OCHENTA Y UN MIL CUATROCIENTOS VEINTIOCHO PESOS (\$1.981.428) M/CTE**. El detallado debe verificarse en las hojas electrónicas especificadas en al párrafo anterior.

7.1.2. DE LA PRESCRIPCIÓN

Este Despacho advierte que fue alegada la pérdida del derecho a recibir el pago de los recobros por haber acaecido el fenómeno jurídico de la prescripción. Sobre el particular, vale la pena reiterar que los conflictos de glosas y devoluciones respecto a los cuales avoca conocimiento esta Superintendencia Delegada, son asuntos que hacen parte esencial del Sistema de Seguridad Social en Salud como componente del Sistema de Seguridad Social Integral, en la medida que, en este tipo de litigios, se decide sobre la destinación adecuada de los recursos de la salud que afectan de forma directa la prestación del servicio a los usuarios del sistema.

Por tal motivo, en lo relativo a la extinción de derechos, debe aplicarse lo establecido en las normas especiales en materia de seguridad social, tanto sustanciales como procedimentales. Ello, teniendo en cuenta que las controversias referentes al sistema de seguridad social integral son objeto de control judicial por parte de la jurisdicción laboral y de seguridad social (artículo 2 numeral 4 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social), a la que este Despacho desplaza, a prevención, para conocer de los temas taxativamente asignados para su competencia.<sup>44</sup>


Por lo tanto, esta Superintendencia Delegada, frente a la prescripción de los recobros alegada por la apoderada especial de la UNIÓN TEMPORAL NUEVO FOSYGA, aplicará lo dispuesto en el artículo 151 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, el cual reza lo siguiente:

*“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 lo anterior, es acertado inferir que, el derecho de la E.P.S. a solicitar el pago del recobro al FOSYGA por vía judicial, tiene un término de prescripción de tres (3) años contados a partir del momento en el que la obligación se haya hecho exigible, el cual se interrumpe por un lapso igual desde la fecha en que la entidad recobrante presente la reclamación escrita ante el ente pagador.

<sup>43</sup> Inciso 3, **Artículo 281**. Código General del Proceso. *Congruencias*. “Si lo pedido por el demandante excede de lo probado se le reconocerá solamente lo último”.

<sup>44</sup> Sentencia C-119/08

Supersalud 	PROCESO	ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA DENTRO DEL SGSSS	CÓDIGO	PJFL02
	FORMATO	SENTENCIA	VERSIÓN	3

Cabe precisar que, en el escenario de los recobros, la obligación sólo se hace exigible para la E.P.S. desde la fecha en que ésta tiene conocimiento de la existencia de la obligación y puede hacer efectivo su derecho ante el FOSYGA; momento que no sería otro que la fecha en la cual, la I.P.S. radique la factura ante la E.P.S.; puesto que, es sólo a partir de este instante en que la entidad tendría en su poder la evidencia del suministro de las tecnologías en salud no contenidas en el Plan Obligatorio de Salud, y podría llevar a cabo el consecuente procedimiento de recobro ante el FOSYGA. Una consideración similar fue esbozada por la Corte Constitucional en sentencia C-510 de 2004, al referirse al término que tiene la E.P.S. para presentar el recobro por vía administrativa, indicando que dicho término *“...ha de contarse lógicamente a partir del momento en que la persona o entidad que debe realizar la reclamación está efectivamente en posibilidad de hacerla ante el Fosyga”*.

Así mismo, acatando lo señalado en el precitado artículo, el término de prescripción se verá interrumpido por la presentación de reclamación escrita, lo que implica que con la radicación del recobro ante el FOSYGA por parte de la E.P.S. para solicitar el pago de los mismos por vía administrativa, se interrumpiría a su vez el término de prescripción del derecho por otro igual de tres (3) años. Ergo, la entidad recobrante tendría a su disposición sólo este tiempo para presentar la demanda, sin que puedan considerarse nuevas interrupciones.

En conclusión, para poder pronunciarse sobre el posible acaecimiento del fenómeno jurídico de la prescripción del derecho, este Despacho debe verificar, antes de la presentación de la demanda, dos momentos dentro del trámite de solicitud de pago de los recobros: 1. La fecha de radicación de la factura de la I.P.S. ante la demandante, FAMISANAR E.P.S. y, 2. La fecha de radicación del recobro ante el FOSYGA.

Bajo los parámetros anteriormente descritos y atendiendo al caso en concreto, este Despacho encontró que **DOS MIL CIENTO CINCUENTA Y UNO (2.151)** solicitudes de recobro objeto de esta decisión, por valor de **OCHOCIENTOS NOVENTA Y CUATRO MILLONES CIENTO SETENTA MIL DOSCIENTOS SEIS PESOS M/CTE (\$894.170.206)**, se encuentran prescritos, teniendo en cuenta que trascurrieron más de tres años desde la fecha en que la EPS radicó el recobro ante el FOSYGA y la fecha de radicación de la presente demanda. Con lo que, la excepción de prescripción formulada por la apoderada especial de la UNIÓN TEMPORAL NUEVO FOSYGA, está llamada a prosperar.

Cabe anotar que, los **DOS MIL CIENTO CINCUENTA Y UNO (2.151)** recobros fueron objeto de conciliación extrajudicial ante la Procuraduría General de la Nación, según consta en las actas de conciliación que fueron allegadas junto con la demanda de la referencia y en el escrito allegado al expediente por la demandante, mediante radicado NURC 1-2017-140329 del 4 de septiembre de 2017, y por ende, deberá tenerse en cuenta la suspensión de la prescripción por el término máximo de 3 meses que establece el artículo 21 de la Ley 640 de 2001, sin embargo, pese a la suspensión de la prescripción el Despacho encontró que frente a los mismos operó el fenómeno jurídico de la prescripción.


La información detallada de los recobros se puede consultar en la hoja electrónica denominada **“Prescritos 2° Tiempo”** del archivo de Excel denominado *“Informe Técnico Proceso J-2015-0037”*, archivo que es parte inescindible de esta sentencia y reposa en CD adjunto a esta decisión.

### 7.1.3. Recobros con glosas fundadas

En este apartado se pudo determinar la improcedencia del reconocimiento y pago de **una (1)** solicitud de recobro, identificado con el No. **48791353**, toda vez que la glosa formulada por el FOSYGA fue hallada Fundada.

El análisis puntual del recobro debe ser verificado en el archivo de Excel *“Informe Técnico Proceso J-2015-0037”* en las hoja electrónica *“Fundada”*, que como ya se dijo, hace parte integral de la presente sentencia y obra en CD adjunto. Allí, tras identificar el recobro y las



Supersalud 	PROCESO	ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA DENTRO DEL SGSSS	CÓDIGO	PJFL02
	FORMATO	SENTENCIA	VERSIÓN	3

causales de glosa, se consigna en la columna “Observaciones SNS”, el Concepto de la Superintendencia Nacional de Salud.

Por lo tanto, no se accederá a la pretensión de pago del recobro No. **48791353**, por valor de **OCHOCIENTOS VEINTIOCHO PESOS (\$828) M/CTE.**

### 7.2. Conclusión

A manera de síntesis, para explicar el resultado o decisión respecto de los **2169** recobros objeto inicial de este proceso, se presenta el siguiente cuadro:

Descripción	Número de Recobros	Valor
Total Recobros Inicial Demanda (pretensión)	2169	\$ 896.152.462
Recobros Totales Sin Soporte Documental	17	\$ 1.981.428
Recobros Totales Prescritos	2151	894.170.206
Recobros con Glosa Fundada	1	828
<b>TOTAL</b>	<b>2169</b>	<b>\$ 896.152.462</b>

### 7.3. Intereses de Mora y Corrientes, Gastos administrativos, Indexación IPC, Costas y agencias en derecho

Este Despacho no encuentra procedente condenar al pago de intereses de mora y corrientes, gastos administrativos, costas y agencias en derecho, dadas las resultas del proceso.


### 7.4. Otras consideraciones

Por ser procedente este Despacho **ACEPTA LA RENUNCIA** presentada por la abogada **Mary Dayana Sánchez Rojas**, identificada con cédula de ciudadanía No. 37.625.914 de Puente Nacional (Santander), y T.P 164.770 del Consejo Superior de la Judicatura, y **Paulo Humberto Baquero León**, identificado con cédula de ciudadanía N° 79.719.765 expedida en Bogotá D.C., portador de la tarjeta profesional N° 262.562 del C S de la J., en calidad de apoderados del **CONSORCIO SAYP 2011 EN LIQUIDACIÓN**, conforme al memorial radicado NURC 1-2017-125870 del 9 de agosto de 2017 y 1-2019-52971 del 30 de enero de 2019, respectivamente.

De otra parte, esta instancia le reconocerá personería para actuar a la abogada **Claudia Paola Pérez Sua**, identificada con cédula de ciudadanía No. 1.014.242.822 de Bogotá D.C., portadora de la tarjeta profesional No. 256.848 del Consejo Superior de la Judicatura, como apoderada especial de la **Entidad Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud -ADRES-**, según memorial de poder obrante en el radicado NURC: 1-2019-3959 del 3 de enero de 2019.

Con relación a la representación judicial de FAMISANAR EPS, se observa del expediente sub examine que, mediante comunicación identificada con NURC 1-2019-17845 del 14 de enero de 2019, el señor **MARIO FIDEL RODRIGUEZ NARVÁEZ**, en calidad de Representante Legal Suplente de FAMISANAR S.A.S, revocó el poder otorgado a la abogada **YADIRA DEL PILAR GARCIA OVIEDO**, identificada con cédula de ciudadanía No. 52.644.301 y tarjeta profesional 80.328 del C. S de la J.

Posteriormente mediante comunicación con NURC 1-2019-78374 del 12 de febrero de 2019, el señor **MARIO FIDEL RODRIGUEZ NARVAÉS**, otorgó poder para actuar a los

	PROCESO	ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA DENTRO DEL SGSSS	CÓDIGO	PJFL02
	FORMATO	SENTENCIA	VERSIÓN	3

abogados DIEGO ARMANDO PARRA CASTRO, identificado con cédula de ciudadanía No. 1.010.170.828 y tarjeta profesional No. 259.203 del C. S de la J., como apoderado principal y NESTOR ORLANDO HERRERA MUNAR, identificado con cédula de ciudadanía No. 80.500.454 y T.P 91.455 del C. S. de la J., como apoderado suplente, quienes, a su vez, sustituyeron el poder conferido a favor del abogado **Jorge Eliecer Pabón Morales**, identificado con cédula de ciudadanía No. 80.490.732 y portador de la tarjeta profesional No. 241.510 del Consejo Superior de la Judicatura, mediante escrito radicado 1-2019-319870 del 5 de junio de 2019.

Finalmente mediante comunicación radicada con NURC 1-2019-330073 del 10 de junio de 2019, el señor ALEXANDER ESTACIO MORENO, en calidad de Cuarto Suplente del Gerente General de FAMISANAR EPS SAS, REVOCÓ lo poderes anteriormente conferidos y otorgó nuevamente poder a la doctora YADIRA DEL PILAR GARCIA OVIEDO. En consecuencia la representación de la demandante, continúa en cabeza de la apoderada mencionada.

8. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, esta Superintendencia Delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación de la Superintendencia Nacional de Salud,

RESUELVE:

**PRIMERO: RECONOCER PERSONERÍA** a la abogada **Claudia Paola Pérez Sua**, identificada con cédula de ciudadanía No. 1.014.242.822 de Bogotá D.C., portadora de la tarjeta profesional No. 256.848 del Consejo Superior de la Judicatura, como apoderada especial de la **Entidad Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud -ADRES -**


**SEGUNDO: ACEPTAR LA RENUNCIA** presentada por la abogada **Mary Dayana Sánchez Rojas**, identificada con cédula de ciudadanía No. 37.625.914 de Puente Nacional (Santander), y T.P 164.770 del Consejo Superior de la Judicatura, y el abogado **Paulo Humberto Baquero León**, identificado con cédula de ciudadanía N° 79.719.765 expedida en Bogotá D.C., portador de la tarjeta profesional N° 262.562 del C S de la J., como apoderados del **CONSORCIO SAYP 2011 EN LIQUIDACIÓN**.

**TERCERO: ACEPTAR** la solicitud de revocatoria del poder conferido a los abogados **Diego Armando Parra Castro**, identificado con cédula de ciudadanía No. 1.010.170.828 de Bogotá D.C., portador de la tarjeta profesional No. 259.203 del Consejo Superior de la Judicatura y **Néstor Orlando Herrera Munar**, identificado con cédula de ciudadanía No. 80.500.545 de Cajicá, portador de la tarjeta profesional No. 91.455 del Consejo Superior de la Judicatura, como apoderados especiales de **EPS FAMISANAR SAS**, según escrito presentado por el señor **Alexander Estacio Moreno**, identificado con cédula de ciudadanía No. 16.510.707, en su calidad de Cuarto Suplente del Gerente General del demandante.

**CUARTO: NEGAR** las pretensiones de la demanda formulada por FAMISANAR E.P.S., por las consideraciones señaladas en la parte motiva de esta providencia.

**QUINTO: DENEGAR** el pago de los intereses de mora y corrientes, gastos administrativos, costas y agencias en derecho, de conformidad a las consideraciones expuestas en la providencia.

**SEXTO: 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., y SERVIS OUTSORCING 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.

Supersalud 	PROCESO	ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA DENTRO DEL SGSSS	CÓDIGO	PJFL02
	FORMATO	SENTENCIA	VERSIÓN	3

**SÉPTIMO: DECLARAR** infundado el llamamiento en garantía formulado por la demandante a ALLIANZ SEGUROS S.A., por las razones expuestas.


**OCTAVO: DENEGAR** las pretensiones de la demanda frente al CONSORCIO SAYP 2011 conformada por las entidades (FIDUCIARIA COLOMBIANA DE COMERCIO EXTERIOR S.A "FIDUCOLDEX" y FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A. FIDUPREVISORA S.A.) por la falta de legitimación en la causa por pasiva, conforme a las consideraciones hechas por este Despacho.

**NOVENO: DECLARAR** la no prosperidad de las excepciones de falta de jurisdicción y competencia, y de la caducidad de la acción, conforme a las razones aducidas.

**DÉCIMO: DENEGAR** las solicitudes de pruebas documentales y testimoniales indicadas en el acápite de pruebas, conforme a las razones expuestas en la parte motiva.

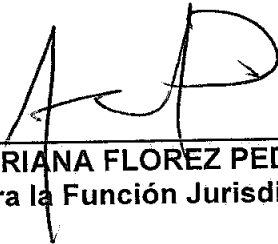
**DECIMO PRIMERO: COMUNICAR** la presente decisión a los abogados **Diego Armando Parra Castro**, identificado con cédula de ciudadanía No. 1.010.170.828 de Bogotá D.C., portador de la tarjeta profesional No. 259.203 del Consejo Superior de la Judicatura, **Néstor Orlando Herrera Munar**, identificado con cédula de ciudadanía No. 80.500.545 de Cajicá, portador de la tarjeta profesional No. 91.455 del Consejo Superior de la Judicatura, y **Jorge Eliecer Pabón Morales**, identificado con cédula de ciudadanía No. 80.490.732, portador de la tarjeta profesional No. 241.510 del Consejo Superior de la Judicatura, en la dirección para notificaciones judiciales del demandado **E.P.S. FAMISANAR**, esto es, en la carrera 22 No. 168 - 84 de la ciudad de Bogotá o en el correo electrónico [notificaciones@famisanar.com.co](mailto:notificaciones@famisanar.com.co); a la abogada **Mary Dayana Sanchez Rojas**, identificada con cédula de ciudadanía No. 37.625.914 de Puente Nacional (Santander), y T.P 164.770 del Consejo Superior de la Judicatura, en la dirección de correo electrónico: [mary.sanchez@sayp.com.co](mailto:mary.sanchez@sayp.com.co); y al abogado **Paulo Humberto Baquero León**, identificado con la CC N°. 79.719.765 de Bogotá y T.P. 262.562 del C S de la J, en la dirección de correo electrónico [baqueropau1@gmail.com](mailto:baqueropau1@gmail.com).

**DÉCIMO SEGUNDO: NOTIFICAR** la presente sentencia más el CD adjunto que contiene la "Revisión Técnica Proceso J-2015-0037", por el medio más expedito a la **E.P.S. FAMISANAR** en su condición de parte **DEMANDANTE**, a la dirección para notificaciones judiciales reportado en el Certificado de Existencia y Representación Legal: carrera 22 No. 168 - 84 de la ciudad de Bogotá o en el correo electrónico [notificaciones@famisanar.com.co](mailto:notificaciones@famisanar.com.co); A la abogada **YADIRA DEL PILAR GARCIA O.** en su condición de apoderada especial del demandante a la dirección de correo electrónico: [ygarcia@araabogados.com.co](mailto:ygarcia@araabogados.com.co); A la abogada **Ana Carolina Ramírez Zambrano**, en calidad de apoderada de **CARVAJAL TECNOLOGÍA Y SERVICIOS S.A.S.**, el **GRUPO ASESORÍA EN SISTEMATIZACIÓN DE DATOS SOCIEDAD DE ACCIONES SIMPLIFICADA - GRUPO ASD S.A.S.** -, y de **SERVIS OUTSOURCING INFORMÁTICO SOCIEDAD POR ACCIONES SIMPLIFICADA - SERVIS S.A.S.** -, integrantes de la **UNIÓN TEMPORAL NUEVO FOSYGA** a la dirección de correo electrónico: [ana.ramirez@utfosyga2014.com](mailto:ana.ramirez@utfosyga2014.com) y [notificacionesjudiciales@utnuevofosyga.com](mailto:notificacionesjudiciales@utnuevofosyga.com); Al Representante Legal de **CARVAJAL TECNOLOGÍA Y SERVICIOS S.A.S.**, en la dirección de correo electrónico: [impuesto.carvajal@carvajal.com](mailto:impuesto.carvajal@carvajal.com), al **GRUPO ASD S.A.S.** y **SERVIS S.A.** al correo electrónico: [clizarazo@grupoasd.com.co](mailto:clizarazo@grupoasd.com.co), A la abogada **Diana Patricia Torres Poveda** en calidad de apoderada especial de **LA NACIÓN -MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCION SOCIAL**, a la carrera 13 No. 32 - 76 de Bogotá D.C.; Al abogado **Jhonatan Alexander Molina Ortega**, en calidad de apoderado del **CONSORCIO SAYP 2011** en liquidación integrado por la **FIDUCIARIA COLOMBIANA DE COMERCIO EXTERIOR S.A. "FIDUCOLDEX"** y **FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A. "FIDUPREVISORA S.A."** al correo electrónico: [say\\_jmolina@fiduprevisora.com.co](mailto:say_jmolina@fiduprevisora.com.co); a los Representantes Legales de la **FIDUCIARIA LA PREVISORA SA FIDUPREVISORA SA**, en la calle 72 # 10 - 03 de la ciudad de Bogotá o al correo electrónico [notjudicial@fiduprevisora.com.co](mailto:notjudicial@fiduprevisora.com.co), a la **FIDUCIARIA COLOMBIANA DE COMERCIO**

	PROCESO	ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA DENTRO DEL SGSSS	CÓDIGO	PJFL02
	FORMATO	SENTENCIA	VERSIÓN	3

**EXTERIOR SA FIDUCOLDEX**, en la calle 28 # 13A – 24 piso 6 de Bogotá o al correo electrónico [notificaciones.judiciales@fiducoldex.com.co](mailto:notificaciones.judiciales@fiducoldex.com.co), A la abogada **Claudia Paola Pérez Sua**, como apoderada especial de la **Entidad Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud -ADRES -**, a la dirección de correo electrónico: [claudia.perez@adres.gov.co](mailto:claudia.perez@adres.gov.co), a la **Entidad Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud -ADRES -**, a la dirección de correo electrónico: [notificaciones.judiciales@adres.gov.co](mailto:notificaciones.judiciales@adres.gov.co), y al abogado **FERNANDO AMADOR ROSAS**, en calidad de Representante Legal para asunto Judiciales de **ALLIANZ SEGUROS S.A.**, al correo electrónico [fernandoamador@unionconsultores.com](mailto:fernandoamador@unionconsultores.com), conforme a lo dispuesto en el Inciso 2, Artículo 126 de la Ley 1438 de 2011 y/o en la dirección registrada por las partes ante la Superintendencia Delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**



**IVHON ADRIANA FLOREZ PEDRAZA**  
**Superintendente Delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación**

Proyectó: AFOM (04/03/2020)  
Revisó: LMVU  
Informe técnico: CFA  
Aprobación informe técnico: WCD