

Bogotá D.C., 10 de mayo de 2024

Doctor

VICTOR HUGO GONZALEZ

Juez 20 Laboral del Circuito de Bogotá (o quién haga sus veces)

jlato20@cendoj.ramajudicial.gov.co

Ciudad

Referencia:

Radicado	1100131050-20-2018-00273-00
Proceso:	Ordinario laboral del Primera Instancia
Demandante:	EPS ALIANSALUD
Demandados:	ADRES Y OTROS

Asunto: **CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA UTF2014**

ALIDA DEL PILAR MATEUS CIFUENTES, identificada con C.C. 37.627.008, abogada con T.P. No. 221.228 del del Consejo Superior de la Judicatura, domiciliada en la ciudad de Bogotá D.C., obrando conforme al poder conferido por (i) **CARVAJAL TECNOLOGÍA Y SERVICIOS S.A.S.** (antes, ASSENDA S.A.S.), (ii) el **GRUPO ASESORÍA EN SISTEMATIZACIÓN DE DATOS, SOCIEDAD POR ACCIONES SIMPLIFICADA – GRUPO ASD S.A.S** (antes, ASESORÍA EN SISTEMATIZACIÓN DE DATOS SOCIEDAD ANÓNIMA – A.S.D. S.A.) y (iii) **SERVIS OUTSOURCING INFORMÁTICO SOCIEDAD POR ACCIONES SIMPLIFICADA. – SERVIS S.A.S.** (antes, SERVIS OUTSOURCING INFORMÁTICO SOCIEDAD ANÓNIMA – SERVIS S.A.), sociedades colombianas con domicilio principal en Cali -la primera de ellas- y en Bogotá D.C. -las dos restantes, integrantes de la **UNIÓN TEMPORAL FOSYGA 2014- UTF2014**, me dirijo al Despacho, con el fin de **contestar la demanda** interpuesta por la **EPS ALIANSALUD** en los siguientes términos:

<p>1. ASUNTO PREVIO:</p>

Previo emitir pronunciamiento sobre la demanda, es indispensable realizar las siguientes consideraciones:

1.1. ANTECEDENTES FÁCTICOS Y OPORTUNIDAD PARA CONTESTAR LA DEMANDA:

1.1.1. El 11 de diciembre de 2019, el Despacho notifico el auto de fecha 28 de noviembre de 2019 por medio del cual admitió el llamamiento en garantía formulado por la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud – ADRES en contra de las sociedades CARVAJAL TECNOLOGÍA Y SERVICIOS S.A.S., SERVIS OUTSOURCING INFORMÁTICO – SERVIS S.A.S. y el GRUPO ASESORÍA EN SISTEMATIZACIÓN DE DATOS – GRUPO ASD S.A.S., como integrantes de la Unión Temporal FOSYGA 2014-UTF2014.

1.1.2. La citada providencia fue comunicada a mis representadas por la apoderada de la ADRES a través de correo recibido el 29 de octubre de 2020, a las direcciones electrónicas dispuestas por mis representadas para sus notificaciones judiciales¹.

1.1.3. La ADRES no observó el término legal de notificación para dar trámite al llamamiento en garantía, toda vez que la notificación debió efectuarse en el plazo de 6 meses teniendo en cuenta lo dispuesto el artículo 66 del C.G.P, aplicable en materia laboral por remisión del artículo 145 del C.P.T y de la S.S, sin embargo, la entidad solo realizó notificación el **11 de junio de 2020** es decir vencido termino, si tenemos en cuenta lo dispuesto en los artículos 291 y 292 del C.G.P. y 29 del C.P.T y de la S.S. y el inciso 7º del artículo 118 del CGP, que

¹ (i) Carvajal Tecnología y Servicios S.A.S.: impuesto.carvajal@carvajal.com y (ii) Grupo ASD S.A.S. y Servis S.A.S.: clizarazo@gruposasd.com.co

señalan que cuando el término concedido sea de meses o de años, su vencimiento tendrá lugar el mismo día que empezó a correr del correspondiente mes o año².

1.1.4. Teniendo en cuenta lo anterior mis representadas interpusieron Recurso de Reposición en contra de auto que admitió el llamamiento en garantía, esto con el fin de que el Despacho declarara la ineficacia del llamamiento en garantía formulado por la ADRES en contra de la Unión Temporal FOSYGA 2014, admitido mediante auto del 28 de noviembre de 2019, por no haberse notificado a las sociedades integrantes de la citada figura asociativa en el término establecido por el artículo 66 del Código General del Proceso.

1.1.5. De manera subsidiaria, teniendo en cuenta que LA UTF2014 0 no es garante de las obligaciones del Ministerio de Salud y Protección Social – hoy de la ADRES, se solicitó Reponer el auto del 28 de noviembre de 2019 que admitió el llamamiento en garantía formulado por ADRES en contra de mis representadas y en su lugar, ordenar su rechazo.

1.1.6. El Juzgado a través de providencia de fecha 22 de abril de 2024, negó el recurso interpuesto y con este la solicitud de ineficacia del llamamiento formulada por la UTF2014 en consecuencia la tuvo por notificada por conducta concluyente y ordenó correrle traslado por el término de 10 días para contestar y precisó que frente a la solicitud subsidiaria se pronunciará en la oportunidad procesal oportuna.

1.1.7. Como el auto de fecha 22 de abril de 2024, se notificó en estado el 25 de abril de la misma anualidad, y teniendo en cuenta el término que otorgó el Despacho a mis representadas para pronunciarse del presente asunto vence el 10 de mayo de 2024, en consecuencia estas se encuentran dentro de la oportunidad legal para contestar la demanda y el llamamiento en garantía formulado en su contra.

1.2. PRECISIONES RELACIONADAS SOBRE LOS RECOBROS OBJETO DE LA LITIS:

1.2.1. La presente contestación se emite con base en la información suministrada por la ADRES, a través del anexo técnico denominado "**PJU_2018-00273 UT EPS ALIANSA LUD_Reporte**", que se aporta con este escrito, teniendo en cuenta que mis representadas como integrantes de la Unión Temporal FOSYGA 2014, no poseen información relacionada con los cobros reclamados y NO tienen acceso al Sistema de Información del SGSSS, específicamente para este caso, pues esa información pertenece a la ADRES y con ocasión del cumplimiento de su objeto contractual, toda la información que estaba a su cargo se entregó a la ADRES.

1.2.2. El Contrato de Consultoría No. 043 de 2013 (UTF2014) celebrado con el Ministerio de Salud y Protección Social se liquidó de forma bilateral, según consta en Acta de Liquidación suscrita por las partes el **30 de octubre de 2020**, y de acuerdo con las obligaciones allí contenidas, las sociedades que represento entregaron al Ministerio toda la información y soportes físicos y magnéticos a su cargo, lo cual incluye las bases de datos respecto de las cuales versaron sus auditorías en salud, jurídica y financiera, por ser de propiedad del Sistema General de Seguridad Social en Salud-SGSSS

1.2.3 Es importante precisar que, en el libelo de la demanda, acápite V PRUEBAS, la parte actora afirma que aporta la base de datos denominada "FASE 2016-2 COMBINADA TOTAL", sin embargo, una vez verificado el expediente digital remitido por el despacho la base no se encuentra.

1.2.4 La EPS ALIANSA LUD, en el escrito de demanda relaciona un total 69 ítems sin relacionar el número de cobros, es preciso indicar que un cobro puede tener 1 o varios ítems, teniendo en cuenta lo manifestado en el punto anterior, esto es que no se encontró la base dentro del expediente, se procedió a digitar los radicados enlistados en las tablas, evidenciando que la demanda versa sobre un total de **66 cobros con 69 ítems**, por lo anterior es importante que se requiera a la parte demandante para que precise los cobros demandados.

² Esta disposición, guarda concordancia con lo contenido en el artículo 62 de la Ley 4 de 1913, Código de Régimen Político y Municipal, que dispone: "**ARTICULO 62.** En los plazos de días que se señalen en las leyes y actos oficiales, se entienden suprimidos los feriados y de vacantes, a menos de expresarse lo contrario. **Los de meses y años se computan según el calendario; pero si el último día fuere feriado o de vacante, se extenderá el plazo hasta el primer día hábil**". (negrilla fuera de texto).

2. FRENTE A LAS PRETENSIONES

Actuando en nombre y representación de (i) **CARVAJAL TECNOLOGÍA Y SERVICIOS S.A.S.**, (ii) **GRUPO ASESORÍA EN SISTEMATIZACIÓN DE DATOS, SOCIEDAD POR ACCIONES SIMPLIFICADA – GRUPO ASD S.A.S.** y (iii) **SERVIS OUTSOURCING INFORMÁTICO SOCIEDAD POR ACCIONES SIMPLIFICADA. – SERVIS S.A.S.**, como integrantes de la **UNIÓN TEMPORAL FOSYGA 2014**, me opongo a todas y cada una las condenas solicitadas por la entidad demandante, de conformidad con los argumentos de hecho y de derecho, que a continuación expongo:

2.1 A LAS PRETENSIONES DECLARATIVAS:

2.1.1 A LA PRETENSIÓN PRIMERA: ME OPONGO a que se declare la existencia de la obligación de pago en principio en cabeza de ADRES y de mis representadas debido a su vinculación como llamadas en garantía de esta, en favor de ALIANSALUD del valor de las prestaciones NO POS, o no financiadas por el Plan de Beneficios de conformidad con lo siguiente:

2.1.1.1. La auditoría en salud, jurídica y financiera de las solicitudes de recobro constituía un mecanismo de control previo para el reconocimiento de éstos, en la cual participaban diferentes actores, es así como se efectuaban validaciones de calidad y consistencia previas que se remitían al Ministerio (Hoy ADRES) y a la firma interventora (JAHV McGregor SAS), para que realizaran las validaciones técnicas y de sistemas.

El Ministerio (hoy ADRES), efectuaba validaciones de sistemas a los paquetes, mediante cruces de información y criterios específicos que definía para cada uno y remitía las observaciones a la firma auditora, con copia a la firma interventora que por su parte realizaba validaciones de sistemas y de calidad a través de criterios de auditoría, mediante la verificación de muestras estratificadas de los recobros del paquete, presentaba observaciones a la firma auditora (UNIÓN TEMPORAL FOSYGA 2014), quien respondía y consolidaba estas observaciones y las del Ministerio (ADRES), las cuales eran objeto de análisis conjunto con JAHV McGregor SAS, en reunión (denominada de Conciliación), que concluía con la procedibilidad de certificar el precierre si el resultado era consistente y no superaba el margen de error permitido, por lo que se realizaban los respectivos ajustes.

Posterior a la consolidación de ajustes del paquete pre-cerrado, se realizaba **el cierre definitivo** que era nuevamente verificado por la firma interventora, para continuar con las certificaciones de cierre tanto por la firma auditora (Unión Temporal Fosyga 2014) como por la firma interventora (JAHV McGregor) y ésta última expedía la procedibilidad de pago de los recobros aprobados (total, parcial o reliquidado). Así mismo, se informaba a las entidades recobrantes el estado de todos los recobros incluidos en el paquete, como resultado del proceso de auditoría, previo registro en el sistema e información del SGSSS.

Con base en las certificaciones descritas anteriormente, el Ministerio de Salud y Protección Social - ahora la ADRES, ordenaba el gasto y autorizaba el giro, efectuaba las deducciones, descuentos o compensaciones que aplicaran para cada entidad recobrante, tenía en cuenta la cadena presupuestal y ordenaba el pago de los recobros aprobados total o parcialmente o según los valores reliquidados, comunicando los giros realizados.

2.1.1.2. La UNIÓN TEMPORAL FOSYGA 2014, o las sociedades que la integraba, NO disponían sobre los recursos del entonces Fondo de Solidaridad y Garantía –FOSYGA (hoy recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud administrados por la ADRES), que son aquellos con los cuales se surte el reconocimiento económico de los recobros por prestaciones no incluidas en el entonces Plan Obligatorio de Salud –POS hoy Plan de Beneficios en Salud -PBS, su actuación como contratista, se limitaba a efectuar una labor de auditoría y no existe ninguna disposición legal o interpretación jurisprudencial que establezca la obligación de pago de los recobros por beneficios extraordinarios no incluidos en el POS con recursos de terceros diferentes a los del Sistema General de Seguridad Social en Salud.

En consecuencia, la capacidad para actuar de mis representadas estaba estrictamente delimitada por las normas legales que rigen el Sistema General de Seguridad Social en Salud, que en este caso se veían precisadas por los actos administrativos que el Ministerio

de Salud y Protección Social, el Consejo Nacional de Seguridad Social (mientras estuvo vigente) y la Comisión de Regulación de Salud –CRES- (mientras existió) expidieron e igualmente las instrucciones y directrices del Ministerio de Salud y Protección Social. Por lo tanto, su actuar como contratistas, se limitaba a efectuar la actividad contractual de auditoría.

2.1.1.3. En el asunto que nos ocupa, una vez surtido el trámite de auditoría en salud, jurídica y financiera de los recobros de conformidad con la normativa vigente, no cumplían con el lleno de los requisitos. En consecuencia, no existe obligación legal de reconocer con cargo a los recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud, administrados en su momento por el FOSYGA (hoy por la ADRES), los recobros objeto de la presente demanda, pues no cumplían al momento de la auditoría con los requisitos previstos en la legislación vigente, conforme a la documental que fue radicada en esa oportunidad ante la firma auditora.

2.1.1.4. El pago para la época de la auditoría de los referidos recobros constituía una actividad a cargo del administrador fiduciario de tales recursos, función que actualmente realiza la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud-ADRES, en su calidad de ordenador del gasto de recursos del Sistema General de Seguridad Social y de acuerdo con los resultados de la auditoría integral, no existe obligación legal de reconocer con cargo a los recursos del entonces FOSYGA (ahora del Sistema General de Seguridad Social en Salud administrados por la ADRES) los recobros objeto de la presente demanda y de ser reconocidos se estaría incurriendo en un pago de lo no debido.

2.1.1.5. El resultado favorable de la auditoría depende en gran parte, por no decir en su totalidad, de la entidad recobrante, bajo su responsabilidad se encuentra el cumplimiento de los requisitos normativos, así como la consistencia y veracidad de los documentos que soportan la solicitud, y su radicación oportuna. Por lo tanto, la conducta de la entidad demandante al presentar los recobros sin el lleno de requisitos legales, ya reconocidos por el entonces FOSYGA a través de la UPC o excluidos del Plan de Beneficios, fue la que originó la aplicación de las glosas y estas circunstancias no permiten atribuir responsabilidad alguna a las entidades demandadas, pues de haber dado cumplimiento a estos supuestos se habrían aprobado, pero ello no ocurrió por causas imputables únicamente a la entidad demandante.

2.1.1.6. Con relación a la discriminación de los recobros incorporada por la demandante en la base de datos anexa y a la que se alude en este numeral, efectuaremos su pronunciamiento en el archivo Excel denominado **"PRONUNCIAMIENTO PRETENSIONES"** el cual se deberá entender como parte integral del escrito de la contestación de la demanda.

2.1.2.-A LA PRETENSIÓN SEGUNDA.- ME OPONGO a que se declare la existencia de la obligación de pago en cabeza en principio de la ADRES y de mis representadas debido a su vinculación como llamadas en garantía de ésta última y en favor de ALIANSALUD, por concepto de los servicios de salud, según la demandante NO POS autorizados por fallos de tutela o decisiones del Comité Técnico Científico CTC, por la suma de **CIENTO SETENTA Y TRES MILLONES CUATROCIENTOS SETENTA Y SIETE MIL DOSCIENTO SESENTA Y UN PESOS (\$ 173.477.261)**, que corresponden a 69 registros glosados de manera improcedente, según afirma la actora teniendo en cuenta las razones que a continuación se explican:

2.1.2.1. No hay lugar a la declaratoria de la existencia de la obligación a cargo de la Unión Temporal FOSYGA 2014, integrada por mis representadas, pues como ya se indicó no desarrolló obligación distinta a la de auditar los recobros objeto de la Litis, los cuales se financian con los recursos del entonces FOSYGA (hoy administrados por la ADRES).

2.1.2.2. Si bien la EPS tenía derecho a recobrar aquellos insumos, medicamentos, servicios o tecnologías en salud no cubiertos por el Plan Obligatorio de Salud, para obtener su reconocimiento y pago debía agotar el procedimiento legal que permitiera auditar y verificar los recobros para determinar su procedencia, trámite que tenía como objetivo garantizar la correcta y debida destinación de los recursos de la salud.

2.1.2.3. La auditoría en salud, jurídica y financiera de los recobros, se realizó con estricto cumplimiento de las normas vigentes y los procesos, procedimientos e instrucciones suministrados por el Ministerio de Salud y Protección Social. El marco jurídico general relacionado con la auditoría de los recobros objeto de la presente demanda, que resultaba

de obligatorio cumplimiento y ejecución para la Unión Temporal FOSYGA 2014, la cual incluía normas de naturaleza sustantiva en las cuales se disponen los contenidos del Plan Obligatorio de Salud y disposiciones de carácter adjetivo, en las cuales se establecían los requisitos, criterios y el procedimiento que se debían implementar para efectos de tramitar los cobros por prestaciones extraordinarias no incluidas en el Plan Obligatorio de Salud.

2.1.2.4. Por otra parte, y no menos importante es que la EPS demandante no acredita de cara al proceso de auditoría el cumplimiento de requisitos normativos en esa instancia y tampoco desvirtúa la adecuada aplicación de las glosas en esa oportunidad, sino que se limita a realizar afirmaciones en esta instancia bajo nuevos supuestos que no responden al universo auditado por mis representadas y que se reporta en las glosas invocadas, las cuales no fueron subsanadas.

-En consecuencia, de haber presentado la EPS la totalidad de los cobros con el lleno de requisitos exigidos por la normatividad vigente sobre el tema, estos se habrían aprobado, circunstancia que no ocurrió por causas imputables únicamente a la entidad demandante por incumplir o no acreditar los requisitos normativos y por pretender el pago de servicios médicos, insumos o medicamentos incluidos en los planes de beneficios o que no pueden ser financiadas con recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud.

2.1.2.5. En el caso objeto de estudio, no se dan los supuestos necesarios para que ante una eventual condena se predique la solidaridad de la Unión Temporal FOSYGA 2014 y sus integrantes para con la ADRES, como quiera que la responsabilidad no está en cabeza de terceros sino de manera exclusiva del Estado y no se cumplen los supuestos del artículo 1568 del Código Civil³, según los cuales para que una obligación sea solidaria necesariamente debe estar a cargo de una pluralidad de sujetos, es decir, la suma que aquí se pretende no está en cabeza de varios sujetos, pues la obligación, se reitera, se predica **únicamente** frente al Estado, hoy en día a través de la ADRES.

Así mismo, vale la pena resaltar que al tenor de esta disposición las obligaciones solidarias tienen su fuente en la ley, los contratos o el testamento, y en el presente caso no se dispuso ni en la ley ni en un negocio jurídico ni mucho menos en una disposición testamentaria dicha obligación frente a mis representadas y el sustento legal y jurisprudencial permite concluir que tal y como se afirma en la excepción denominada **"INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN DE PAGO CON RECURSOS PROPIOS POR PARTE DE LA UNIÓN TEMPORAL FOSYGA 2014"** las solicitudes de cobro deben pagarse con cargo a los recursos del sistema de salud y no de particulares.

2.1.2.6. Según la tipología del contrato N° 043 de 2013 definida por el Ministerio de Salud y Protección Social, se trata de una consultoría en los términos del artículo 32 de la Ley 80 de 1993. Así se indica claramente en el encabezado del Contrato y se manifestó, entre otros, en el numeral 7.3. en los estudios previos del proceso de contratación. En consecuencia, sus obligaciones contractuales eran de medio y no de resultado y no incorporaron la administración de los recursos del Sistema ni estuvo a su cargo el pago de las prestaciones NO POS y mucho menos su cobertura con recursos propios.

2.1.2.7. Tal y como se indicó en el numeral que antecede la Unión Temporal FOSYGA 2014, integrada por mis representadas, no disponía de los recursos del FOSYGA (actualmente recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud administrados por la ADRES), que son aquellos con los cuales se surte el reconocimiento económico de los cobros por prestaciones no incluidas en el Plan Obligatorio de Salud –POS–, sin que con esto se esté aceptando que las prestaciones involucradas en esta demanda correspondan a tecnologías No previstas en el Plan de Beneficios. La auditoría en salud, jurídica y financiera constituía un mecanismo de control previo a su reconocimiento, los cuales, en etapa posterior, eran pagados por el administrador de los recursos del FOSYGA hoy ADRES, de cumplir con los requisitos previstos en la normatividad vigente, con recursos propios de dicha cuenta.

³ **ARTÍCULO 1568.** En general cuando se ha contraído por muchas personas o para con muchas la obligación de una cosa divisible, cada uno de los deudores, en el primer caso, es obligado solamente a su parte o cuota en la deuda, y cada uno de los acreedores, en el segundo, sólo tiene derecho para demandar su parte o cuota en el crédito.
Pero en virtud de la convención, del testamento o de la ley puede exigirse cada uno de los deudores o por cada uno de los acreedores el total de la deuda, y entonces la obligación es solidaria o in solidum. La solidaridad debe ser expresamente declarada en todos los casos en que no la establece la ley

2.1.2.8. El resultado favorable de la auditoría depende en gran medida de la entidad recobrante pues bajo su responsabilidad se encuentra el cumplimiento de los requisitos normativos, así como la consistencia y veracidad de los documentos que soportan la solicitud, por lo tanto, fue la conducta de la entidad demandante la que originó la aplicación de las glosas, por lo cual no se puede atribuir responsabilidad alguna a las entidades demandadas.

2.1.2.9. De acuerdo con lo anterior, no existe un hecho imputable a mis representadas ni un nexo de causalidad con los perjuicios materiales que reclaman, los cuales permitan atribuirles alguna responsabilidad, pues adicionalmente se configura la **culpa exclusiva de la EPS demandante**. Por lo tanto, al no tener ninguna incidencia causal en la producción del daño cuya indemnización reclama la actora, no es posible predicar una responsabilidad solidaria. Además, tampoco existen normas legales ni convencionales que permitan predicar la solidaridad entre las demandadas.

2.2 A LAS PRETENSIONES DE CONDENA:

2.3. OPOSICIÓN GENERAL A LO PEDIDO EN ESTAS PRETENSIONES, por las cuales se solicita condenar en principio a la ADRES y a mis representadas como llamadas en garantía al pago de los recobros sobre los cuales versa la demanda, por las siguientes razones:

2.3.1. Las sociedades que integraron la **UNIÓN TEMPORAL FOSYGA 2014** no adeudan suma alguna de dinero a la EPS demandante. En la demanda, se enlistan 69 ítems, la auditoría en salud, jurídica y financiera se realizó en aplicación estricta de la normativa vigente, de manera que mis representadas no actuaban de manera discrecional por lo que la aplicación de las glosas obedeció al actuar de la EPS y a las mismas instrucciones y normativa expedida por los entes correspondientes, lo que no puede traducirse para la Unión Temporal FOSYGA 2014 en su calidad de auditora, en una condena por este concepto.

2.3.2. Conforme se afirmó al efectuar pronunciamiento sobre las pretensiones declarativas, resulta inexistente una obligación de pago por parte de mis representadas y en favor de la EPS reclamante, toda vez que la Unión Temporal FOSYGA 2014 no disponía sobre los recursos del entonces FOSYGA, que son aquellos con los cuales se surte el reconocimiento económico de los recobros y en caso de que llegue a declararse su procedencia en sede judicial corresponde su reconocimiento con cargo a estos recursos.

2.3.3. Los recobros que no fueron aprobados se glosaron por no cumplir o no acreditar en debida forma el lleno de los requisitos previstos en la legislación vigente y/o por pretender el recobro de prestaciones incluidas en el plan de beneficios o excluidos del mismo, por lo tanto, era obligación legal y contractual de la Unión Temporal FOSYGA 2014, invocar las correspondientes causales de glosa y en consecuencia, como reza el principio general del derecho: ***“nadie puede alegar su propia culpa en beneficio propio”***. Existe un deber de coherencia entre el actuar de la demandante y lo solicitado por ésta, siendo pues improcedente que a raíz de su propia culpa alegue haber sufrido algún tipo de daño.

2.3.4. Por lo tanto, era obligación legal y contractual de la Unión Temporal FOSYGA 2014, invocar las correspondientes causales de glosa, en consecuencia, fue el actuar de la actora el que derivó en el resultado que hoy reclama lo que impide que se pueda atribuir responsabilidad al Estado y mucho menos a mis representadas por un hecho exclusivamente suyo.

2.3.5. La parte demandante no acredita de cara al proceso de auditoría el cumplimiento de requisitos normativos en esa instancia y tampoco desvirtúa la adecuada aplicación de las glosas en esa oportunidad, sino que se limita a realizar afirmaciones en esta instancia bajo eventuales nuevos supuestos que no acredita responden al universo auditado por mis representadas y que se reporta en las glosas invocadas, las cuales no fueron subsanadas.

2.3.6. En cuanto a las glosas invocadas, conforme al anexo técnico emitido por la ADRES **“PJU_2018-00273 UT EPS ALIANSALUD_Reporte”**, se precisa que estas responden a las contenidas en la Resolución 5395 de 2013 y que se relacionan a continuación:

GLOSAS APLICADAS EN VIGENCIA DE LA RESOLUCIÓN 5395 DE 2013			
CÓDIGO DE GLOSA	DESCRIPCIÓN GENERAL GLOSA	DESCRIPCIÓN ESPECÍFICA GLOSA	CANTIDAD
0102	El Acta de CTC no contiene ni avala la información requerida por la normativa vigente	No aporta acta de CTC de la tecnología en salud recobrada o no incluye nombre o identificación del usuario	1
0301	El fallo de tutela no otorga recobro al FOSYGA	Fallo de tutela no otorga recobro al Fosyga	1
0402	La factura de venta o documento equivalente no se aporta o no contiene la información requerida	La factura de venta del proveedor del servicio o documento equivalente no especifica: descripción, valor total, valor unitario y cantidad de la tecnología en salud no POS.	1
0404	La factura de venta o documento equivalente no se aporta o no contiene la información requerida	La factura de venta o documento equivalente se encuentra ilegible	1
0701	Lo recobrado corresponde a una exclusión del POS y no se encuentra debidamente justificada en el Acta de CTC u ordenada expresamente en el fallo de tutela	La tecnología recobrada es una exclusión del POS y no se encuentra expresamente ordenada en el fallo de tutela	8
0702	Lo recobrado corresponde a una exclusión del POS y no se encuentra debidamente justificada en el Acta de CTC u ordenada expresamente en el fallo de tutela	La tecnología recobrada es una exclusión del POS y no se encuentra debidamente justificada en el acta de CTC	1
1501	El fallo de tutela que ordena el pago de prestaciones económicas no otorga el recobro al FOSYGA	El fallo no otorga recobro al Fosyga por licencia de maternidad, licencia de paternidad o incapacidad por enfermedad general	1
1601	El fallo de tutela no ordena lo recobrado	La tecnología en salud recobrada no se encuentra ordenada en el fallo de tutela	1
1904	La orden o fórmula médica no evidencia la prescripción	No aporta orden y/o fórmula médica	1
3304	La tecnología en salud No POS fue prescrita por el médico tratante del usuario	No aporta orden, fórmula médica, resumen de atención, epicrisis o historia clínica que evidencie la prescripción.	5
3502	El fallo de tutela y/o sus anexos no se aporta(n), o no contiene(n) la información requerida	El fallo de tutela es incompleto. (No contiene los considerandos., No contiene el resuelve de la autoridad judicial.,)	1
3505	El fallo de tutela y/o sus anexos no se aporta(n), o no contiene(n) la información requerida	La tecnología en salud recobrada no se encuentra ordenada en el fallo de tutela y no se trata de un fallo de tutela no expreso o integral.	1
3704	La factura de venta o documento equivalente no se aporta o no contiene la información requerida	La factura (No incluye el detalle de cargos expedido por el proveedor., No anexa certificación del representante legal de la entidad que suscribe dicho detalle.,) no incluye el detalle de cargos expedido por el proveedor y no se anexa una certificación del representante legal de la entidad que suscribe dicho detalle. (\$)	10
3805	El reconocimiento de la tecnología en salud recobrada no corresponde al FOSYGA	La tecnología recobrada objeto de la solicitud corresponde a una prestación no financiada con recursos del SGSSS y no se encuentra ordenada de manera expresa en el fallo de tutela o tratándose de fallos de tutela integrales no se adjunta el Formato de justificación médica de tecnologías en salud ordenadas por fallos de tutela que no sean expresos o que ordenen tratamiento integral con o sin comparador administrativo.	54
4001	El recobro o la objeción se presenta fuera de los términos establecidos	El recobro fue presentado con posterioridad al año siguiente a la generación o establecimiento de la obligación de pago o de la ocurrencia del evento	1

4201	El valor recobrado no se encuentra debidamente liquidado, soportado y conforme a la regulación vigente	El valor recobrado es mayor al valor liquidado conforme a lo establecido en el Artículo 40 de la Resolución 5395 de 2013, por lo tanto, se reliquida y se glosa la diferencia.	6
TOTAL			94

2.3.7. Es del caso precisar que las evidencias de la prestación o suministro del servicio NO POS no constituyen un requisito que por sí sólo de lugar derecho al reconocimiento y pago de los recobros, pues para su aprobación es necesario el cumplimiento de todos y cada uno de los requisitos contemplados en las normas vigentes para la época de los hechos y que regulan los recobros, los cuales no fueron acreditados por la parte accionante.

2.3.8. En la base de datos que hace parte integral este escrito denominado: **“PRONUNCIAMIENTO PRETENSIONES”**, se emite pronunciamiento respecto a los recobros enlistados en las tablas contenidas en este aparte en atención a su volumetría así:

2.3.8.1. Pretensiones 1 al 4 por valor de **\$13.511.460**, en la hoja de cálculo denominada: **“PRETENSIONES CONDENA 1-4”**.

2.3.8.2. Pretensión 5 por valor de **\$176.800**, en la hoja: **“PRETENSION CONDENA 5”**.

2.3.8.3. Pretensiones 6 a la 69 por valor de **\$ 159.789.001**, en la hoja de cálculo nombrada: **“PRETENSIONES CONDENA 6-69”**.

2.4. A LA PRETENSION 70- ME OPONGO: a que se condene en principio a la ADRES y a mis representadas debido a su vinculación como llamadas en garantía, al pago a favor de ALIANSALUD de los gastos administrativos inherentes a la gestión y al manejo de las prestaciones no cubiertas por el POS. Según lo previsto en el artículo 23 de la Ley 1438 de 2011 los gastos administrativos de las EPS corresponden al diez por ciento (10%) del valor del servicio prestado, que en palabras de la actora asciende a DIECISIETE MILLONES TRESCIENTOS CUARENTA Y SIETE MIL SETESCIENTOS VEINTISEIS PESOS (\$17.347.726), **por las siguientes razones:**

2.4.1. Se trata de una pretensión etérea que no permite un adecuado pronunciamiento pues la parte actora no señala en concreto los conceptos que agrupa esta denominación, ni anexa soporte alguno que demuestre el detrimento causado como consecuencia de la prestación del servicio o tecnología en salud supuestamente no incluida en el Plan de Beneficios.

2.4.2. La parte actora pretende a través de este concepto denominado “gasto administrativo” que se le reconozcan y paguen sumas no previstas en la Ley en porcentajes que tampoco se encuentran regulados por concepto de prestaciones no incluidas en el POS. El artículo 48 de la Constitución Política, indica que no se podrán destinar ni utilizar los recursos de las instituciones de la Seguridad Social para fines diferentes a ella, por lo tanto y como se ha manifestado con antelación, no resulta posible que con los recursos del Sistema de Salud se financien pagos para atender los servicios no incluidos en el Plan de Beneficios - PBS cualquier que sea su fuente de prescripción y en el evento de declarar procedente esta solicitud, se estaría dando un uso inadecuado a los recursos del sistema. En sentencia, C-1040 de 2003, la Corte Constitucional reafirmó que: *“todos los recursos que integran la UPC, tanto los administrativos como los destinados a la prestación del servicio de salud forman parte del Sistema General y por consiguiente han sido separados constitucionalmente para el cumplimiento de los fines propios de su destinación específica”*,

2.4.3. La pretendida aplicación de lo dispuesto en el artículo 23 de la Ley 1438 de 2011, que a su juicio de la actora señala que por gastos administrativos le corresponde a la EPS el 10% del valor prestado, es una interpretación errada pues allí se indica que *“El Gobierno Nacional fijará el porcentaje de gasto de administración de las Entidades Promotoras de Salud, con base en criterios de eficiencia, estudios actuariales y financieros y criterios técnicos. Las Entidades Promotoras de Salud que no cumplan con ese porcentaje entrarán en causal de intervención. Dicho factor no podrá superar el 10% de la Unidad de Pago por Capitación”*, en este sentido no se aplica como regla que a las EPS les corresponda el 10% de los servicios prestados, lo que indica es que el Gobierno Nacional debe fijar un porcentaje que no es de aplicación pura y simple, sino que requiere unos estudios previos y que no es igual al 10% sino que no debe superar dicho porcentaje, razón por la cual lo

pretendido no se ajusta con el supuesto normativo en el relacionado, y en realidad no tiene una disposición que lo ampare.

2.4.4. Pese a que la EPS tienen derecho a recobrar al Estado el valor de las prestaciones no incluidas en el POS o en los planes de beneficios, su reconocimiento se encuentra condicionado al cumplimiento ya acreditación de requisitos normativos, no obstante **no existe legal ni jurisprudencialmente un derecho al pago de gastos administrativos distintos a aquellos que se les reconoce dentro de la Unidad de Pago por Capitación**, pues todo el despliegue administrativo financiado con los recursos de la UPC le permiten asumir también los trámites necesarios para la asistencia de tales prestaciones y así, cumplir efectivamente con una de sus obligaciones que es la articulación de los servicios para garantizar el acceso efectivo a los mismos, una posición en contrario implicaría un pago ilegal e injustificado.

2.4.5. Los gastos aludidos por la demandante se incluyen en aquello que tiene la obligación de asumir la EPS, pues constituyen una erogación en la que debe incurrir en el ejercicio y cumplimiento de sus actividades de aseguramiento. Además, se insiste en que el Estado les reconoce a las EPS dentro de la UPC un porcentaje para los gastos administrativos, y posteriormente, una vez la solicitud de recobro cumpla con los requisitos previstos en las normas, se reconoce el valor de las prestaciones, medicamentos, servicios o tecnologías en salud no incluidas en los planes de beneficios, es decir, están cubiertos, todos los gastos en que incurre la EPS recobrante.

-En ese orden, los presuntos gastos administrativos inicialmente estarían cubiertos dentro del giro normal de las actividades de la EPS, los cuales son reconocidos a través de la UPC, y otros estarían contemplados en los servicios, prestaciones o tecnologías en salud recobradas, motivo por el cual, el reconocimiento de lo que la EPS denomina gastos administrativos generarían un doble pago, habida cuenta que el estado les reconoce a las EPS dentro de la UPC un porcentaje para los gastos administrativos y posteriormente reconoce el valor de las prestaciones, medicamentos, servicios o tecnologías en salud no incluidas en los Planes de Beneficios, es decir, están cubiertos todos los gastos en que incurre la EPS recobrante.

2.4.6. Ante una remota condena deben probarse en el proceso todos y cada uno de los gastos denominados por la EPS demandante como administrativos y no aplicar por mera liberalidad de la demandante el porcentaje por esta establecido, teniendo en cuenta que los recursos de la salud son limitados y que no puede reconocerse sumas de dinero sin que se encuentren justificadas.

2.5. A LA PRETENSIÓN 71- ME OPONGO a que se condene inicialmente a la ADRES y a mis representadas en su condición de llamadas en garantía, al pago de intereses moratorios a la tasa máxima permitida por la ley en los términos dispuestos en el artículo 4º del Decreto 1281 de 2002, desde que se afirma debieron hacerse los pagos hasta la fecha del fallo, en favor de ALIANSALUD EPS, pues no solo se insiste que mis representadas no le adeudan a la demandada las sumas reclamadas a través del presente proceso y tampoco son las encargadas de asumir el pago y porque la auditoría en salud, jurídica y financiera se efectuó conforme a los actos administrativos vigentes en ese momento y que no existió un “incumplimiento” de mis representadas, en relación con la EPS demandante sino que no es procedente el reconocimiento de ningún tipo de interés de mora por expresa disposición legal.

2.5.1. Se resalta que la Ley 1955 de 2019, “Por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2018- 2022. “Pacto por Colombia, Pacto por la Equidad”, en el párrafo quinto del artículo 237 señaló que: **“Las decisiones judiciales que ordenen el pago de recobros distintos se indexarán utilizando el Índice de Precios al Consumidor - IPC, sin lugar a intereses de mora”** (Negrilla y subrayado fuera del texto original), con el ánimo de garantizar la sostenibilidad financiera del Sistema General de Seguridad Social en Salud, conforme se indica en dicho artículo.

2.5.2. Para que se pueda hablar de interés moratorio aplicable, se hace pues necesaria la concurrencia de todos los criterios y elementos que hacen exigible la obligación, así como su posterior vencimiento, en ese orden de ideas, erróneamente se asume que la simple presentación de los recobros ante el entonces FOSYGA da origen a la obligación. Existe un deber de coherencia entre el actuar de la demandante y lo solicitado por este, siendo pues

improcedente que a raíz de su propia culpa el accionante alegue ahora la necesidad de liquidar intereses moratorios a su favor por causas que le son imputables.

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

2.5.4. De igual manera, que una EPS decida pagar por un procedimiento médico o el suministro de un medicamento o tratamiento a uno de los usuarios afiliados a ella, no genera por sí una obligación por parte del FOSYGA (hoy del Sistema General de Seguridad Social en Salud, administrados por la ADRES), a reembolsar los pagos realizados por la EPS, escasamente establece para esta el cumplimiento de una de las condiciones necesarias pero no la única para la aprobación del recobro. La etapa de la auditoría es un procedimiento establecido por la ley para que el Estado a través del Ministerio de Salud y Protección Social o quien haga sus veces determine si hay lugar a aprobar y posteriormente reconocer las solicitudes de recobro presentadas, en la cual participan diferentes actores incluyendo el Ministerio, así las cosas, la obligación económica solamente se configura a partir de la aprobación del recobro.

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

2.5.6. Resulta claro entonces que no hay lugar al vencimiento de ninguna obligación entre el Ministerio de la Salud y la Protección Social (A partir del 1 de agosto de 2017 la ADRES) y la entidad promotora de salud, pues ante una remota condena la obligación se declarará en el fallo lo cual a las luces del ordenamiento jurídico no tiene sustento para su procedencia por vía administrativa dadas las causales de glosa que ostentan y el incumplimiento de los requisitos legales para su debido pago.

2.5.7. En el hipotético evento que se accediera a las pretensiones el derecho al recobro nacería o surgiría con el reconocimiento que se hiciera en la sentencia que resuelva la presente controversia, habida cuenta que se ordenaría un pago que a las luces del ordenamiento jurídico no tiene sustento para su procedencia por vía administrativa dadas las causales de glosa que ostentan y el incumplimiento de los requisitos legales para su debido pago. Entonces, no habría lugar a ordenar el pago de intereses moratorios, esto es, castigar la mora del “deudor” porque el derecho al pago de la obligación principal se constituiría en el fallo judicial; se insiste que en el sub lite no se configura mora alguna, en la medida en que la EPS demandante no tiene derecho al reconocimiento de los valores recobrados como quiera que existe sustento legal que impide su reconocimiento y pago.

Resulta improcedente el reconocimiento de intereses moratorios en la medida que se encuentran proscritos por disposición legal sino que la no aprobación o rechazo de los recobros obedeció al propio actuar de la parte actora y su reconocimiento implica prácticamente premiar el actuar negligente de la EPS demandante y además atenta contra la sostenibilidad del Sistema.

2.6. A LA PRETENSIÓN 72- ME OPONGO a que subsidiariamente se condene al pago de la actualización sobre las sumas pretendidas conforme a la variación del índice de precios al consumidor (IPC), en la medida que mis representadas no le adeudan ninguna suma de dinero a la demandante y además por tratarse de una pretensión consecuencial, ésta tampoco está llamada a prosperar.

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

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

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

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

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

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

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

2.7. A LA PRETENSIÓN 73.: ME OPONGO a que se condene a la ADRES y a mis representadas como llamadas en garantía en costas procesales y agencias en derecho, en la medida en que no son responsables de los daños cuya indemnización reclama la demandante y por cuanto el inicio de esta demanda obedece exclusivamente a acciones u omisiones imputables a la Entidad Promotora de Salud demandante, esto es, la presentación de los recobros sin el lleno de los requisitos exigidos por la normatividad vigente y por pretender el reconocimiento de prestaciones incluidas en los planes de beneficios, que se encuentran excluidos o que no pueden ser financiadas con recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud.

<h3>3. FRENTE A LOS HECHOS</h3>

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

3.1. AL HECHO 1: Para responder se separa:

3.1.1. NO LES CONSTA a mis representadas lo afirmado por EPS ALIANSALUD, por constituir afirmaciones indeterminadas que no describen situaciones de modo, tiempo o lugar; en este sentido, es importante destacar que en este hecho no se hace referencia a una tecnología en salud en particular, que permita determinar con certeza su carácter NO POS y tampoco es posible constatar sí en efecto, obedecen a fallos de tutela o Actas de CTC por lo que deberá ser materia de prueba en el proceso.

3.1.2. NO LES CONSTA a mis representadas que ALIANSALUD “pagó al proveedor” los servicios a los que hace alusión, no solo porque se trata de una información indeterminada, sino que es ajena a mis representadas y compete de manera exclusiva a la relación entre la EPS y su red de prestadores, por lo tanto, es la demandante la encargada de probar este supuesto fáctico, en el curso del proceso.

3.1.3. Pese a que no se hace referencia a un número de recobro en particular, si la EPS en este hecho se refiere a los recobros objeto de litis **NO ES CIERTO** que todos los servicios incluidos en estos sean NO POS, ni que los mismos fueron producto de ordenes emitidas en fallos de tutela y los CTC, toda vez que, según la información que registra en los anexos técnicos emitidos por la ADRES, dentro de las glosas impuestas para algunos recobros se encuentran las siguientes: “3805. El reconocimiento de la tecnología en salud recobrada no corresponde al FOSYGA”, “0301 El fallo de tutela no otorga recobro al FOSYGA”, “1601 El fallo de tutela no ordena lo recobrado”.

3.2. AL HECHO 2: Para mayor claridad se responde por separado, así:

3.2.1. NO LES CONSTA a mis representadas si durante la vigencia de la Resolución 5521 de 2013 del Ministerio de Salud y Protección Social, ALIANSALUD suministró servicios NO POS, y si realizó los pagos al respectivo proveedor como ya se informó el pago a proveedores compete de manera exclusiva a la relación entre la EPS y su red de prestadores, por lo tanto, es la demandante la encargada de probar este supuesto fáctico, en el curso del proceso.

3.2.2. ES CIERTO que EPS ALIANSALUD presentó recobros ante el FOSYGA, es importante precisar que, aunque la EPS tiene derecho a recobrar aquellos insumos, medicamentos o tecnologías en salud no cubiertos por el Plan Obligatorio de Salud, para obtener su correspondiente pago debía agotar el procedimiento legal que permitiera auditar y verificar las solicitudes y determinar la procedencia del pago, trámite que tiene como objetivo garantizar la correcta y debida destinación de los recursos de la salud.

3.2.3 NO ES CIERTO que todos los servicios incluidos en los recobros objeto de la presente litis sean NO POS, ni que los mismos fueron producto de ordenes emitidas en fallos de tutela y los CTC, como ya se manifestó, según la información que registra en los anexos técnicos emitidos por la ADRES, algunos recobros fueron objeto de glosas como “3805. El reconocimiento de la tecnología en salud recobrada no corresponde al FOSYGA”, “0301 El fallo de tutela no otorga recobro al FOSYGA”, “1601 El fallo de tutela no ordena lo recobrado”.

3.3. AL HECHO 3: NO LES CONSTA a mis representadas la afirmación genérica e indeterminada contenida en este numeral, pues no se identifica el número de recobro en particular ni la tecnología en salud a la cual hace alusión que fue presentada ante el entonces FOSYGA (hoy ADRES). Es preciso indicar que las sociedades que represento **NO** son el FOSYGA, sino unas sociedades comerciales de carácter privado, que constituyeron la Unión Temporal FOSYGA2014 para la presentación de una propuesta dentro del proceso de adjudicación, celebración y ejecución del Contrato de Consultoría No. 043 de 2013, suscrito con el Ministerio de Salud y protección Social, que tenía como objeto la realización de la auditoría de recobros por beneficios no incluidos en el POS y reclamaciones con cargo a la Subcuenta de eventos catastróficos y accidentes de tránsito- ECAT. Así las cosas, no es posible responder este numeral de manera específica y le corresponde a la parte actora acreditar su afirmación en estas diligencias.

3.3.1. No obstante, si se refiere a los recobros objeto de demanda, estos se radicaron ante el entonces FOSYGA hoy ADRES, para lo cual una vez adelantado el trámite de auditoría en salud, jurídica y financiera, se tuvo como resultado la aplicación de diversas glosas como consecuencia del incumplimiento de los requisitos legales establecidos para su presentación por parte de la EPS.

3.4. AL HECHO 4: Para responder se separa:

3.4.1. NO ES CIERTO que a los **69 ítems** sobre los que versa esta controversia, fueron objeto de glosas "totales" o "parciales" como afirma la demandante, es más se desconoce esta categoría o denominación, ya que no aparece dispuesta en las normas que regulan el procedimiento de recobros ante el FOSYGA, hoy ADRES

3.4.2. NO ES CIERTO que sobre los recobros objeto de reclamación recaigan glosas improcedentes, teniendo en cuenta que tienen respaldo en las normas que regularon para ese momento el trámite de los recobros ante el FOSYGA así como las tecnologías no POS, adicionalmente, la auditoría constituye un mecanismo de control previo al reconocimiento de los recobros, para evitar pagos indebidos o apropiaciones sin justa causa de los recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud- SGSSS, administrados por la ADRES, que son aquellos con los cuales se financian los recobros por prestaciones en salud no incluidas en los Planes de Beneficios. En ese orden, aquellos que no cumplían con los requisitos previstos en la legislación vigente, eran rechazados o no aprobados, según el caso, a través de las denominadas "glosas".

-Los recobros objeto de reclamación fueron glosados y respondían a la ausencia o indebido cumplimiento de requisitos previstos en la normativa vigente para el momento en que se realizó la auditoría, los cuales para este asunto responden a las contenidas en la Resolución 5395 de 2013 y que se relacionaron en el numeral **2.3.6.** de este escrito. No obstante, se aclara que un recobro puede contener uno o varios ítems, y estos a su vez pueden ser objeto de una o varias causales de glosas.

3.4.3. El Manual de Auditoría que se profirió en vigencia de la Resolución 5395 de 2013, dispone la tipificación expresa de las causales de glosa, y las mismas son previstas independientemente de si el origen de la prestación corresponde a un fallo de tutela, a la decisión del Comité Técnico Científico, o a la prescripción MIPRES. Cabe reiterar que la auditoría de los recobros que se radicaban ante el entonces FOSYGA y que adelantó la Unión Temporal FOSYGA 2014 se sujetó a las causales expresamente consagradas en las normas vigentes al momento de su realización, siguiendo las instrucciones del Ministerio de Salud y Protección Social y atendiendo las obligaciones establecidas en el Contrato de Consultoría No. 043 de 2013.

3.4.4. En el asunto que nos ocupa, la EPS demandante no demostró ante la auditoría el cumplimiento de todos los requisitos normativos para que fueran aprobados la totalidad de los recobros pretendidos, y fue su actuar el que impidió su aprobación y posterior pago, pues de lo contrario el trámite de auditoría en salud, jurídica y financiera habría culminado con su aprobación, situación que en el caso particular no ocurrió pues a las solicitudes de recobro les fueron impuestas entre otras las glosas que se describieron en el numeral 2.3.6, conforme a lo relacionado en el anexo técnico emitido por la ADRES "**PJU_2018-00273 UT EPS ALIANSALUD_Reporte**", a continuación se citan algunas de ellas a manera de ejemplo.

- 3.4.4.1** El Acta de CTC no contiene ni avala la información requerida por la normativa vigente.
- 3.4.4.2** El fallo de tutela no otorga recobro al FOSYGA.
- 3.4.4.3** La factura de venta o documento equivalente no se aporta o no contiene la información requerida.
- 3.4.4.4** La factura de venta o documento equivalente no se aporta o no contiene la información requerida.
- 3.4.4.5** Lo recobrado corresponde a una exclusión del POS y no se encuentra debidamente justificada en el Acta de CTC u ordenada expresamente en el fallo de tutela.
- 3.4.4.6** Lo recobrado corresponde a una exclusión del POS y no se encuentra debidamente justificada en el Acta de CTC u ordenada expresamente en el fallo de tutela.

- 3.4.4.7** El fallo de tutela que ordena el pago de prestaciones económicas no otorga el recobro al FOSYGA.
- 3.4.4.8** El fallo de tutela no ordena lo recobrado.
- 3.4.4.9** La orden o fórmula médica no evidencia la prescripción.
- 3.4.4.10** La tecnología en salud No POS fue prescrita por el médico tratante del usuario.
- 3.4.4.11** El fallo de tutela y/o sus anexos no se aporta(n), o no contiene(n) la información requerida.
- 3.4.4.12** El fallo de tutela y/o sus anexos no se aporta(n), o no contiene(n) la información requerida.
- 3.4.4.13** La factura de venta o documento equivalente no se aporta o no contiene la información requerida.

3.4.5 Se reitera que la aplicación de las glosas eran consecuencia del actuar de la EPS y el cumplimiento de la normatividad correspondiente, las instrucciones y directrices del Ministerio de Salud y Protección Social, de manera que las glosas, aunque fueran de tipo "administrativo" obedecían al acatamiento de disposiciones de orden legal y contractual, por lo que en caso de un eventual detrimento patrimonial el mismo no fue causado por mis representadas quienes solo ejecutaron sus actividades como contratistas del entonces Ministerio de Salud y Protección Social y aplicaría la culpa exclusiva de la misma en la presentación de los recobros, y en la improbación de los mismos, lo que da lugar a que no surja ningún derecho a reclamar.

3.4.6 NO LES CONSTA a las sociedades que represento como integrantes de la Unión Temporal FOSYGA 2014, el valor que menciona la demandante en este punto, pues la única actividad que éstas realizaron dentro del SGSSS, consistió en auditar los recobros NO POS y reclamaciones ECAT, en virtud en del Contrato de Consultoría No. 043 de 2013, suscrito con el Ministerio de Salud y Protección Social. El pago es una actividad que para la época en que fue desarrollada la auditoría de estos recobros, estaba a cargo del administrador de los recursos del FOSYGA (Consortio SAYP 2011), a partir del 1 de agosto de 2017, está radica en cabeza de la ADRES.

3.5. AL HECHO 5: Como el presente hecho tiene varios supuestos se separa:

3.5.1. NO ES CIERTO como lo relaciona la EPS demandante en cuanto a que los recobros objeto de las glosas es improcedente, la aplicación de las glosas se dio como resultado de la aplicación de la normatividad correspondiente, las instrucciones y directrices del Ministerio de Salud y Protección Social, y se da como resultado de la auditoría jurídica y financiera adelantada por la UTF2014.

3.5.2. El Manual de Auditoría que se profirió en vigencia de la Resolución 5395 de 2013, dispone la tipificación expresa de las causales de glosa, y las mismas son previstas independientemente de su origen. Cabe reiterar que la auditoría de los recobros que se radicaban ante el entonces FOSYGA y que adelantó la Unión Temporal FOSYGA 2014 se sujetó a las causales expresamente consagradas en las normas vigentes al momento de su realización, siguiendo las instrucciones del Ministerio de Salud y Protección Social y atendiendo las obligaciones establecidas en el Contrato de Consultoría No. 043 de 2013.

3.5.3 La EPS demandante enlista en el acápite de pretensiones 69 ítems sin relacionar el número de recobros, como se manifestó en el asunto previo un recobro puede tener 1 o varios ítems de igual manera un ítem puede ser objeto de 1 o de varias glosas, al verificar el link remitido por el Juzgado 20 Laboral del Circuito de Bogotá, no se encontró la base dentro del expediente, por lo que **NO ES CIERTO**, como lo manifiesta la parte demandante que los mismos se encuentran contenidos en la base de datos y documentos anexos, es importante que se requiera a la parte demandante para que precise los recobros demandados a nivel de ítem.

3.6. AL HECHO 6: Por técnica jurídica se efectuará el pronunciamiento por separado, así:

3.6.1. La categoría glosas "totales" o "parciales" que alude la demandante, no se encuentra dispuesta en las normas que regulan el procedimiento de recobros ante el entonces FOSYGA, hoy ADRES. En esa medida **NO ES CIERTO** que existan glosas totales y parciales, y que estas impliquen que se paguen los recobros de forma integral o parcial. Al

respecto, se precisa que un recobro puede contener uno o varios ítems y estos a su vez pueden ser objeto de aplicación de una o varias causales de glosa.

3.6.2. La EPS demandante no demostró ante la auditoría el cumplimiento de todos los requisitos normativos para que fueran aprobados la totalidad de los recobros pretendidos, y fue su actuar el que impidió su aprobación y posterior pago, pues de lo contrario el trámite de auditoría en salud, jurídica y financiera habría culminado con su aprobación, situación que en el caso particular no ocurrió pues a las solicitudes de recobro les fueron impuestas entre otras las glosas que se describieron en el numeral 2.3.6, conforme a lo relacionado en el anexo técnico emitido por la ADRES "**PJU_2018-00273 UT EPS ALIANSALUD_Reporte**".

3.6.3 Es importante precisar que al verificar el anexo técnico emitido por la ADRES "**PJU_2018-00273 UT EPS ALIANSALUD_Reporte**". Respecto a los recobros objeto de la presente litis, no se observa que dentro de las glosas aplicadas, se encuentren las referidas en el presente hecho y tampoco que tengan su origen en lo aquí enlistado.

3.6.4 Es preciso señalar que en torno al trámite de recobros, se proferieron Acuerdos, Resoluciones, Notas Externas, entre otros actos administrativos de carácter general que regían bajo un efecto general inmediato, disposiciones que son de público conocimiento por tratarse de normas de orden nacional, las cuales, pueden ser consultadas en la página web de la ADRES (www.adres.gov.co) en la que se encuentra no solo la normatividad que reguló el trámite sino los instructivos de dicho proceso como son notas externas, circulares, etc. En consecuencia, la auditoría en salud, jurídica y financiera se desarrollaba dando aplicación a la normatividad vigente, incluidas las resoluciones proferidas por el Ministerio las cuales están amparadas por el principio de legalidad, para el caso concreto la Resolución 5395 de 2013 en este sentido, incorporaban requisitos que debían ser aplicados en la auditoría integral de los recobros y si la EPS no los acogía, los recobros eran glosados conforme a las causales que le resultaran aplicables.

3.7. AL HECHO 7: Para responder se separa:

3.7.1. Lo dispuesto en este numeral no hace referencia a un hecho o una circunstancia fáctica, sino que él mismo contiene apreciaciones de carácter subjetivo de la EPS demandante, que son además indeterminadas e inespecíficas, por cuanto se refiere a cuadros que presentan los tipos de servicios en que se clasifican los recobros glosados según la EPS de manera errada, razón por la cual no es posible hacer un pronunciamiento expreso tal como lo dispone el artículo 31 numeral 3 del CPT Y SS.

3.7.2. sin perjuicio de lo anterior, **NO ES CIERTO** que los recobros fueron glosados erradamente, por constituir una manifestación etérea y sin fundamento fáctico ni jurídico de la demandante. Por el contrario, tal y como se ha advertido a lo largo del presente escrito, las solicitudes de recobro presentadas por ALIANSALUD EPS no cumplieron con los requisitos establecidos en la normatividad legal vigente y en consecuencia fueron objeto de aplicación de glosas.

3.8. AL HECHO 8: Para responde se separa:

3.8.1 NO LES CONSTA a mis representadas lo afirmado en el texto de este hecho en la medida en que la EPS no detalla los medicamentos y/o número de recobro a los que hace alusión y que en su criterio no se encuentran incluidos en el POS, en consecuencia, no se puede emitir pronunciamiento específico sobre el particular.

3.8.2 NO ES CIERTO que exista una clasificación de medicamentos que incluya las categorías denominadas "SUB-GRUPO" y "SERVICIO", las mismas no aparecen dispuestas en las normas que regulan la materia, por lo que corresponden a clasificaciones internas de ALIANSALUD EPS, y teniendo en cuenta que no se relaciona el número de recobro asociado a dicha clasificación, no se puede efectuar la verificación de la información relacionada en la tabla inserta en este hecho.

3.9. AL HECHO 9: Para responder se separa:

3.9.1. NO LES CONSTA a mis representadas lo afirmado en este hecho en la medida en que la EPS no detalla los procedimientos y/o número de recobro a los que hace alusión y que

en su criterio no se encuentran incluidos en el POS, en consecuencia, no se puede emitir pronunciamiento específico sobre el particular.

3.9.2. NO ES CIERTO que exista una clasificación de procedimientos que incluya las categorías denominadas "SUB-GRUPO" y "SERVICIO", las mismas no aparecen dispuestas en las normas que regulan la materia, por lo que corresponde a una clasificación interna de ALIANSALUD EPS, y teniendo en cuenta que no se relaciona el número de recobro asociado a dicha clasificación, no se puede efectuar la verificación de la información relacionada en la tabla inserta en este hecho.

3.10. AL HECHO 10: para responde se separa:

3.10.1 ES CIERTO. que un recobro puede estar compuesto de uno o varios ítems.

3.10.2. NO ES CIERTO que cada ítem o servicio recobrado que se encuentra en la demanda corresponda a "un servicio NO POS brindado a un paciente", como se explica a continuación:

3.10.2.1. No todos los ítems o servicios recobrados corresponden a servicios no POS, pues como se ha manifestado a lo largo de esta contestación, de acuerdo con el anexo técnico suministrado por ADRES, a varios de estos les fueron aplicadas las glosas descritas como "3805. El reconocimiento de la tecnología en salud recobrada no corresponde al FOSYGA", ya sea por ser servicios derivados de un accidente de tránsito y que su cobertura está amparada por la póliza SOAT, o por corresponder a exclusiones del POS, esto es, servicios que no pueden ser financiados con recursos del SGSSS, que no es lo mismo que servicios no POS y "0301 El fallo de tutela no otorga recobro al FOSYGA", "1601 El fallo de tutela no ordena lo recobrado".

3.10.3. NO ES CIERTO que exista una categorización de glosas "totales" o "parciales", como alude la demandante, en las normas que regulan el procedimiento de recobros ante el entonces FOSYGA, hoy ADRES, sin embargo, se precisa que un recobro puede contener uno o varios ítems y en esa medida estos a su vez pueden resultar con una o varias causales de glosa.

3.11. AL HECHO 11: Para responder se separa:

3.11.1 NO ES CIERTO que el trámite de los recobros culmine en todos los casos con un pago a la EPS, en la medida en que tan solo son objeto de aprobación y posterior pago los recobros que en el trámite de auditoría en salud, jurídica y financiera cumplieron la totalidad de requisitos establecidos en la normatividad legal vigente.

Para el caso concreto, los recobros/ítems objeto de litis resultaron No Aprobados por no cumplir con las disposiciones normativas y entre las glosas más relevantes se pueden encontrar las siguientes: "3805. El reconocimiento de la tecnología en salud recobrada no corresponde al FOSYGA", "0301 El fallo de tutela no otorga recobro al FOSYGA", "1601 El fallo de tutela no ordena lo recobrado".

3.11.2. ES PARCIALMENTE CIERTO que "los documentos soporte, tales como la sentencia de tutela, el resumen de la epicrisis, y la factura, entre otros, son archivados por la ADRES", pues, conforme a la normatividad vigente, solo pasan a custodia de esa entidad los documentos de las solicitudes de recobro que resulten con estado aprobado, sea parcial o total, como soporte de dicha aprobación y posterior pago; por el contrario, los soportes de los recobros que resulten "No Aprobados", culminado el trámite de auditoría integral son devueltos a la EPS.

3.12. AL HECHO 12: Para responder se separa:

3.12.1. NO LES CONSTA a mis representadas si la documentación fue entregada por ALIANSALUD para la obtención de pago de los recobros, dicha manifestación deberá ser objeto de prueba en el proceso.

3.12.2. NO LES CONSTA a mis representadas si los soportes permanecen en la ADRES, en la medida en que éstas no hacen parte de dicha entidad; sin embargo se pone de presente al Despacho que los soportes de los recobros materia de litis que fueron objeto de aplicación de glosas y por ende resultaron No Aprobados fueron devueltos por parte de mis representadas a la entidad demandante.

3.12.3. Tal y como se advirtió en precedencia una vez finalizaba el trámite de la auditoría en salud, jurídica y financiera devolvían los recobros y sus soportes a las EPS recobrantes en los eventos en que el resultado de la auditoría fuese no aprobado, rechazada o devuelto, lo anterior se puede comprobar en el Manual De Operación del proceso Integral de Recobros por Beneficios Extraordinarios al Plan Obligatorio de Salud, en el acápite del Subproceso de Devolución y entrega de paquetes.

3.12.4. De otra parte, en cumplimiento de lo dispuesto en la Cláusula Séptima, numeral 7.2.1.39. del Contrato de Consultoría No. 043 de 2013, en el proceso de empalme adelantado con ocasión de la finalización de la ejecución contractual, se entregaron a la ADRES las bases de datos y documentos, conforme las tablas de retención documental – TRD-. En otras palabras, en custodia de dicha Unión Temporal no existe ninguno de los documentos radicados con el fin de llevar a cabo el trámite de la auditoría integral.

3.13. AL HECHO 13: Para responder se separa:

3.13.1. NO ES CIERTO como se manifestó al dar respuesta a los hechos, 4 y 6 que exista una categoría de glosas denominadas “totales”, esta no aparece dispuesta en las normas que regulan el procedimiento de recobros ante el FOSYGA, hoy ADRES y se precisa que a los recobros objeto de litis que resultaron rechazados o no aprobados, se les aplicaron distintas causales de glosas que se encuentran detalladas en el acápite denominado “DEL RESULTADO DE LA AUDITORÍA EN SALUD, JURÍDICA Y FINANCIERA”.

3.13.2 ES CIERTO que en poder de la EPS ALIANSALUD reposan los anexos o soportes de los recobros que fueron presentados ante la Unión Temporal FOSYGA 2014, y que resultaron rechazados o no aprobados por las distintas causales de glosa que se les aplicaron; ello es así, como quiera que con la comunicación del resultado de la auditoría se devolvieron dichos documentos como se explica en el subproceso de Devolución y entrega de paquetes del Manual Operativo de recobros.

3.14. AL HECHO 14: ES CIERTO, es preciso manifestar de conformidad con lo dispuesto por el artículo 218 de la Ley 100 de 1993, el Fondo de Solidaridad y Garantía “FOSYGA”, era una cuenta adscrita al Ministerio de Salud y Protección Social.

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

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

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

Sin embargo, en virtud de lo previsto en el artículo 66 de la Ley 1753 de 2015 “Por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018 “Todos por un nuevo país”, **se creó la Entidad Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud (SGSSS) ADRES**, como una Entidad adscrita al Ministerio de Salud y Protección Social, asimilada a una empresa industrial y comercial del Estado, con personería jurídica, autonomía administrativa y financiera y patrimonio independiente, encargada de

administrar los recursos que hacen parte del Fondo de Solidaridad y Garantía (FOSYGA), los del Fondo de Salvamento y Garantías para el Sector Salud (FONSAET), los que financien el aseguramiento en salud, los copagos por concepto de prestaciones no incluidas en el plan de beneficios del Régimen Contributivo, los recursos que se recauden como consecuencia de las gestiones que realiza la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP).

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

3.15. AL HECHO 15: Para responder se separa:

3.15.1. ES CIERTO que la Dirección de Administración de Fondos de la Protección Social, del Ministerio de Salud y Protección Social tenía dentro de sus funciones la administración del entonces FOSYGA.

3.15.2. NO ES CIERTO que el artículo 2 de la Resolución 546 de 2017 hubiese modificado el Decreto 1429 de 2016, pues este último fue modificado por el Decreto 546 de 2017.

3.16. AL HECHO 16: ES CIERTO que la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social e Salud- ADRES asumió la administración de los recursos del entonces FOSYGA, hoy del SGSSS desde el día 01 de agosto del 2017, en cumplimiento de las normas traídas a colación por el demandante.

3.17. AL HECHO 17: NO LES CONSTA a mis representadas si “Para la prestación adecuada de los servicios no POS que fueron ordenados a ALIANSALUD, esta entidad tuvo que asumir costos correspondientes a gastos administrativos para la prestación de servicios de salud no incluidos en el POS” por cuanto corresponde al ejercicio y actividades de la demandante, por lo que dicha afirmación deberá ser objeto de prueba en esta instancia.

No obstante, se reitera que en la UPC se encuentra también financiado un porcentaje de gastos administrativos de conformidad con lo dispuesto en el artículo 23 de la Ley 1438 de 2011.

3.18. AL HECHO 18: Para responder se separa:

3.18.1 NO LES CONSTA a mis representadas si “ALIANSALUD y su personal tuvo que dedicar tiempo y recursos para la adecuada prestación de servicios no POS, los cuales no se encontraban a su cargo” por cuanto corresponde al ejercicio y actividades de la demandante, por lo que dicha afirmación deberá ser objeto de prueba en esta instancia.

No obstante, se reitera que en la UPC se encuentra también financiado un porcentaje de gastos administrativos de conformidad con lo dispuesto en el artículo 23 de la Ley 1438 de 2011.

3.18.2 Se reitera que los recobros objeto de la presente acción fueron glosados por incumplir con los requisitos normativos vigentes, y porque algunos contenían prestaciones incluidas en los Planes de Beneficios, siendo improcedente alegar su reconocimiento al presentarse una culpa exclusiva por parte del demandante.

3.18.3 NO ES CIERTO que la EPS no tenga a su cargo la prestación o cobertura de los servicios NO POS, pues es preciso indicar que el Plan de Beneficios no hace referencia a un listado taxativo o expreso, pues las mismas normas del Sistema de Salud hacen referencia a la aplicación del principio de integralidad y la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha señalado que este debe entenderse bajo un criterio finalista, conforme se había relacionado y se vuelve a señalar:

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

3.18.4 Si bien las Entidades Prestadoras de Salud tienen dentro de sus funciones garantizar y suministrar a sus afiliados los servicios de salud y atención médica, no solo se refiere a aquellos contenidos en el POS, pues de acuerdo con lo dispuesto en el numeral 3° del artículo 178 de la Ley 100 de 1993, son funciones básicas de las EPS la de “organizar y garantizar, directa o indirectamente, la prestación del Plan Obligatorio de Salud a los afiliados”, pero el literal b del artículo 2° del Decreto 1485 de 1994, precisa que las Entidades Prestadoras de Salud deben “Administrar el riesgo en salud de sus afiliados, procurando disminuir la ocurrencia de eventos previsibles de enfermedad o de eventos de enfermedad...” y por su parte el artículo 14 de la Ley 1122 de 2007 establece que el aseguramiento en salud incluye la administración del riesgo financiero y de salud, por lo tanto, la aseguradora debe asumir el riesgo transferido por el usuario.

Cabe destacar que en el esquema de aseguramiento para la financiación de los servicios de salud, las EPS como actoras directas del Sistema General de Seguridad Social, **tienen el deber de garantizar la integralidad en la prestación de los servicios de salud de sus afiliados**, y tienen la posibilidad de recuperar los costos en que incurren al prestar el servicio de salud no incluidos en el PBS ante el entonces Fondo de Solidaridad y Garantía hoy ADRES **siempre y cuando la solicitud cumpla con todos los requisitos establecidos en la normatividad que regula el procedimiento de recobros vigente al momento de su radicación ante el entonces FOSYGA hoy ADRES.**

3.19. AL HECHO 19: Para responder se separa:

3.19.1 NO LES CONSTA a mis representadas que la EPS ALIANSALUD haya incurrido en gastos administrativos para el suministro de prestaciones NO POS que desbordan su ámbito de acción y que se derivan de la atención del usuario, manejo de tutelas y CTC, trámite de recobros, deberá probarse en el trámite del proceso, pues se trata de una afirmación etérea que no se concreta ni individualiza, situación que impide realizar un adecuado pronunciamiento al respecto y por lo tanto corresponde a la accionante demostrar su dicho en esta instancia.

3.19.2. NO LES CONSTA las actuaciones desplegadas y gastos asumidos son asuntos que se refiere únicamente a la EPS demandante y no se aporta prueba que así lo demuestre. Con salvedad de lo anterior, debe precisarse que a través de la Unidad de Pago por capitación se le reconocen a las Entidades Promotoras de Salud- EPS un valor importante por el rubro de gastos administrativos, conforme a lo dispuesto en el artículo 23 de la Ley 1438 de 2011. En ese sentido, no procede el reconocimiento por este concepto, pues de ser así, se generaría un doble pago, habida cuenta que el Estado les reconoce dentro de la UPC un porcentaje por este concepto.

3.19.3. Si bien lo manifestado por parte de la EPS actora respecto al ámbito de acción y responsabilidad de las EPS no corresponde a un hecho sino a apreciaciones subjetivas de la demandante. Sin perjuicio de lo anterior, lo indicado **NO ES CIERTO** como está expuesto, como quiera que a pesar de que según el artículo 49 de la Constitución Política, el Estado tiene la responsabilidad en la presentación del servicio esencial de salud, la Corte Constitucional ha señalado que no siempre el Estado debe responder por lo no cubierto en el plan de beneficios, pues en aplicación del principio de sostenibilidad del sistema, los

familiares del paciente tienen la obligación de colaborar con el costo de medicamentos y servicios prescritos excluidos y en otros casos con los servicios NO POS, cuando se encuentre probada la capacidad económica de alguno de ellos.

3.19.3.1. Sobre el particular la Corte Constitucional en sentencia T-610 de 2013, expresamente manifestó: *"La Constitución dispone la concurrencia del Estado, la sociedad y la familia para brindar protección y asistencia a las personas en situación de discapacidad. Claro está que la familia es la primera obligada económica, moral y afectivamente para sobrellevar y atender cada uno de los padecimientos, en este orden de ideas, la Corte ha dicho que, solo cuando la ausencia de capacidad económica se convierte en una barrera infranqueable para las personas, debido a que por esa causa no pueden acceder a un requerimiento de salud y se afecta la dignidad humana, el Estado está obligado a suplir dicha falencia."*

3.19.3.2. De igual forma, la Sentencia T- 299 de 2015 señaló: *"En varias oportunidades, esta Corporación ha manifestado que, por regla general, cuando una prestación se encuentra excluida del plan de coberturas, el usuario deberá adquirirla con cargo a su propio peculio, pues de esta manera se asegura el equilibrio financiero del sistema, en vista de que los recursos económicos para la prestación del servicio de salud son limitados y deben ser asignados cuidadosamente [32]. Sin embargo, la jurisprudencia de este Tribunal también ha inaplicado dicha regulación y ha ordenado la entrega de medicamentos o la realización de procedimientos por fuera del POS, cuando su falta de reconocimiento por parte de una entidad promotora de salud tiene la entidad suficiente de comprometer la eficacia y la intangibilidad de los derechos fundamentales de los usuarios del sistema, en respuesta básicamente al citado criterio de necesidad, siempre que, como ya se dijo, la persona no tenga la capacidad económica para su asumir su costo"*.

3.19.4. Así mismo, el hecho de que se ordene una tecnología en un fallo de tutela no daba lugar al pago de la misma de manera inmediata como quiera que conforme se indicó al dar respuesta al numeral anterior, debía someterse al proceso de auditoría para la verificación del cumplimiento de todos los requisitos normativos que evidenciaran la existencia de la obligación.

3.20. AL HECHO 20: NO ES CIERTO, no existe legal ni jurisprudencialmente un derecho al pago de gastos administrativos distintos a aquellos que se les reconoce dentro de la Unidad de Pago por Capitación, pues todo el despliegue administrativo financiado con los recursos de la UPC le permiten a las EPS asumir también los trámites necesarios para la asistencia de prestaciones por servicios no POS y así cumplir efectivamente con una de sus obligaciones que es la articulación de los servicios para garantizar el acceso efectivo a los mismos, una posición en contrario implicaría un pago ilegal e injustificado, incluso un doble pago.

3.21. AL HECHO 21: NO LES CONSTA a mis representadas, pues se trata de una afirmación que involucra a la ADRES y no se refiere a la UNIÓN TEMPORAL FOSYGA 2014 ni a sus integrantes. En consecuencia, me atengo a lo que se pruebe en ese sentido.

3.22. AL HECHO 22: NO LES CONSTA a mis representadas, lo aquí manifestado corresponde a una actuación de la EPS demandante. En consecuencia, me atengo a lo que se pruebe en ese sentido.

3.23. AL HECHO 23: NO LES CONSTA a mis representadas, pues se trata de una afirmación que involucra a la ADRES y no se refiere a la UNIÓN TEMPORAL FOSYGA 2014 ni a sus integrantes. En consecuencia, me atengo a lo que se pruebe en ese sentido.

Sin embargo, **ES CIERTO**, conforme a la documental que allegó la demandante con el libelo de la demanda acápite V pruebas/ 1 documentales// 1.1.5. reclamación administrativa y que se encuentra en el expediente digitalizado folio 62.

3.24. AL HECHO 24: Para responder se separa:

3.24.1. NO LES CONSTA a mis representadas si el no pago de los recobros al que se hace referencia en el hecho produjo perjuicios a la demandante, dicha afirmación deberá ser objeto de prueba en esta instancia. Se reitera que de haber cumplido la demandante con los requisitos y exigencias previstos en la normativa legal vigente, que en consonancia con

el principio de legalidad del gasto público se hacen necesarios para que la administración proceda a ordenar el correspondiente pago, no se habrían aplicado glosas a los recobros presentados, pues no existe obligación de pagar unos recobros cuando los mismos no cumplen con el lleno de los requisitos exigidos por la norma que regula el trámite de los recobros ante el FOSYGA.

Así las cosas, no puede entidad alguna alegar que ha sufrido un daño por el simple hecho de no obtener el pago recobrado, cuando las solicitudes presentadas no cumplían con el lleno de los requisitos, razón por la cual se impusieron las glosas.

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

3.24.2. Se reitera que **NO ES CIERTO**, como pretende hacer ver la accionante que con independencia del cumplimiento o no de los requisitos legales se debe proceder al pago de los recobros por el simple hecho de prestar o suministrar la tecnología en salud o medicamento recobrado, pues tal y como se indicó a lo largo de la presente contestación no constituyen simples requisitos formales, sino que los mismos corresponden a requerimientos indispensables para proteger los recursos del entonces FOSYGA (hoy recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud, con el fin de evitar fraudes y pagos indebidos).

Es preciso resaltar que el establecimiento de las condiciones para el recobro no obedece a otra finalidad que la de estandarizar un mínimo de requisitos con los cuales se puedan determinar características que le den viabilidad al mismo como la obligación de pago por el entonces FOSYGA, su pertinencia y otra serie de aspectos que permiten dar concepto favorable de auditoría, que no afecte los recursos del Sistema haciendo pagos indebidos.

En este sentido, es oportuno reiterar que la presentación de un recobro ante el entonces Fondo de Solidaridad y Garantía - FOSYGA (hoy ADRES) no otorgaba derechos, era una simple expectativa, habida cuenta que los recobros se presentan mediante el diligenciamiento de un formulario, acompañado de los soportes exigidos y bajo la normatividad vigente, para posteriormente proceder a realizar la auditoría en salud, jurídica y financiera.

Así pues, la Unión Temporal conformada por mis representadas no podía aprobar recobros y reclamaciones que no presentaran el lleno de requisitos dispuestos en la normatividad vigente, los parámetros dispuestos por el Ministerio de Salud y demás autoridades contrario a ser exigencias autoritarias, guardan como finalidad la protección de los recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud que puede resultar afectado con prácticas defraudatorias que atacan la sostenibilidad del sistema.

3.24.3. Como se ha expuesto, el resultado de la auditoría obedece al actuar desplegado por la actora pero en el remoto evento de una condena quien estaría obligado al pago sería el Estado y mis representadas no están llamadas a resarcir el presunto perjuicio, pues el hecho de haber sido contratistas del Ministerio de Salud y Protección Social, no conlleva una representación del Estado, así como tampoco la asunción de condena alguna por parte de estas, quienes son personas jurídicas de derecho privado a quienes no les asiste la responsabilidad en el pago de prestaciones que pudieren declararse como NO POS.

4. FUNDAMENTO NORMATIVO Y RAZONES JURÍDICAS DE LA DEFENSA

4.1. DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD:

4.1.1. De conformidad con lo establecido en los artículos 48 y 49 de la Constitución Política, tanto la Seguridad Social como la salud son servicios públicos a cargo del Estado. Es tarea

del Estado, en ambos casos, desarrollar labores de dirección, coordinación y control con sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad.

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

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

Se creó, el Sistema de Seguridad Social como un conjunto armónico de entidades públicas y privadas, normas y procedimientos, conformado por los regímenes generales establecidos para pensiones, salud, riesgos profesionales y los servicios sociales complementarios que se definen en la ley (Ley 100 de 1993, artículo 8°).

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

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

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

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

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

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

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

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

4.1.2.3. Posteriormente, en virtud de lo previsto en el artículo 66 de la Ley 1753 de 2015 “Por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018 “Todos por un nuevo país”, **se**

creó la Entidad Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud (SGSSS) ADRES, como una Entidad adscrita al Ministerio de Salud y Protección Social, asimilada a una empresa industrial y comercial del Estado, con personería jurídica, autonomía administrativa y financiera y patrimonio independiente, encargada de administrar los recursos que hacen parte del Fondo de Solidaridad y Garantía (FOSYGA), los del Fondo de Salvamento y Garantías para el Sector Salud (FONSAET), los que financien el aseguramiento en salud, los copagos por concepto de prestaciones no incluidas en el plan de beneficios del Régimen Contributivo, los recursos que se recauden como consecuencia de las gestiones que realiza la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP).

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

4.2. DE LA NATURALEZA JURÍDICA DE LA UNIÓN TEMPORAL FOSYGA 2014:

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

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

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

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

(...)

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

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

4.2.2. Para el caso que nos ocupa, la **Unión Temporal FOSYGA 2014** que estuvo integrada por CARVAJAL TECNOLOGÍA Y SERVICIOS .S.A.S, SERVIS OUTSORCING INFORMÁTICO S.A-SERVIS S.A.S Y GRUPO ASESORÍA EN SISTEMATIZACIÓN DE DATOS SOCIEDAD POR ACCIONES SIMPLIFICADA-GRUPO ASD S.A.S. suscribió con el Ministerio de Salud y Protección Social, el 10 de diciembre 2013, el Contrato de Consultoría No. 043, que tenía por objeto: "Realizar la auditoría en salud, jurídica y financiera a las solicitudes de recobro por servicios extraordinarios no incluidos en el plan general de beneficios y a las reclamaciones por Eventos Catastróficos y Accidentes de Tránsito – ECAT con cargo a los recursos de las subcuentas correspondientes del Fondo de Solidaridad y Garantía – FOSYGA del Sistema General de Seguridad Social en Salud."

4.2.2.1. Al tratarse de una actividad minuciosamente regulada, el Contrato de Consultoría No. 043 de 2013 de forma clara señaló la obligación específica de auditar los recobros y las reclamaciones ECAT, con el criterio técnico necesario y cumpliendo con todas las disposiciones contenidas en la normativa vigente y aplicable que regulaban el funcionamiento del FOSYGA; así como con las previsiones incorporadas en los manuales, procesos, procedimientos e instrucciones impartidas por el Ministerio o quien hiciera sus veces.

Como se desprende de lo anteriormente enunciado, en la ejecución del Contrato 043 de 2013, la Unión Temporal FOSYGA 2014 se encontraba estrictamente sometida a la ley, los actos administrativos que regulan la materia y las instrucciones del Ministerio de Salud y Protección Social. En el contrato no se le reconocía discrecionalidad alguna en el ejercicio de la gestión de auditoría.

Desde el punto de vista temporal, el Contrato de Consultoría No. 043 de 2013, estableció un período definido de ejecución que materialmente comenzaría con las solicitudes de recobros NO POS y reclamaciones ECAT radicadas ante el FOSYGA partir del 1 de enero de 2014, así como *"respecto de aquellas que por cualquier motivo no hubiesen podido culminar el trámite correspondiente con la firma contratada para adelantar dichas tareas para los recobros y reclamaciones radicados ante el mencionado Fondo, hasta el 31 de diciembre de 2013* (parágrafo de la cláusula primera del Contrato 043 de 2013).

4.2.2.2 En cuanto a la finalización del contrato inicialmente en la cláusula tercera se estableció como plazo de ejecución cuarenta y ocho (48) meses y quince (15) días o hasta que se agotara la disponibilidad presupuestal que ampara el valor del mismo, lo que ocurriera primero, contados a partir de la fecha de suscripción del acta de inicio, pero se precisó que en todo caso el plazo de ejecución no podría superar el 31 de diciembre de 2017. Posteriormente, el plazo de ejecución fue modificado hasta el 31 de octubre de 2018, en los siguientes términos: *"El plazo de ejecución será hasta el **31 de octubre de 2018**, término que incluye además de la práctica de la auditoría integral de recobros y reclamaciones hasta el agotamiento de la disponibilidad presupuestal que ampara dicha actividad, la realización de las actividades del proceso de reintegro de los recursos apropiados o reconocidos sin justa causa, así como la ejecución del proceso de revisión de los recobros que hacen parte de los procesos judiciales.* Es necesario precisar que el Contrato No. 043 de 2013 se liquidó el día **30 de octubre del 2020**.

Por otro lado, debe advertirse que conformidad con el Artículo 2.6.1.8 del Decreto 780 de 2016, la capacidad para contratar y comprometer, lo mismo que la ordenación de gastos sobre las apropiaciones del FOSYGA está en cabeza del Ministerio de Salud y Protección Social y que a partir del 1 de agosto de 2017, el Contrato de Consultoría No. 043 de 2013, fue subrogado a la ADRES en cumplimiento de lo previsto en el artículo 24 del Decreto 1429 de 2016, modificado por el artículo 4º del Decreto 546 de 2017 y por el artículo 1º del Decreto 1264 de 2017.

De otra parte, de conformidad con el Artículo 2.6.1.8 del Decreto 780 de 2016, la capacidad para contratar y comprometer, lo mismo que la ordenación de gastos sobre las apropiaciones del FOSYGA está en cabeza del Ministerio de Salud y Protección Social y a partir del 1 de agosto de 2017, el Contrato de Consultoría No. 043 de 2013, fue subrogado a la ADRES en cumplimiento de lo previsto en el artículo 24 del Decreto 1429 de 2016, modificado por el artículo 4º del Decreto 546 de 2017 y por el artículo 1º del Decreto 1264 de 2017.

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

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

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

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

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

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

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

NORMA	AUTORIDAD QUE LA EXPIDIÓ
Resolución 5261 del 5 de agosto de 1994 "Por la cual se establece el Manual de Actividades, Intervenciones y Procedimientos del Plan Obligatorio de Salud en el Sistema General de Seguridad Social en Salud.	Ministerio de Salud en virtud del plan obligatorio de Salud expedido por el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud
Acuerdo 228 de 2002 "Por medio del cual se actualiza el Manual de Medicamentos del Plan Obligatorio de Salud y se dictan otras disposiciones."	El Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud
Acuerdo 236 del 22 de octubre de 2002 "Por el cual se modifica parcialmente el Acuerdo 228 del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud"	El Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud
Acuerdo 282 del 22 de diciembre de 2004 "Por el cual se fija el valor de la Unidad de Pago por Capitación del Plan Obligatorio de Salud de los Regímenes Contributivo y Subsidiado para el año 2005 y se dictan otras disposiciones"	El Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud
Acuerdo 380 del 14 de diciembre de 2007 "Por medio del cual se incluyen medicamentos anticonceptivos hormonales y el condón masculino en el Plan Obligatorio de Salud del Régimen Contributivo y del Régimen Subsidiado"	El Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud
Acuerdo 008 del 29 de diciembre de 2009 "Por el cual se aclaran y actualizan integralmente los Planes Obligatorios de Salud de los Regímenes Contributivo y Subsidiado"	La Comisión de Regulación en Salud
Acuerdo 014 del 8 de abril de 2010 "Por el cual se corrigen algunos yerros en el Acuerdo 008 de 2009"	La Comisión de Regulación en Salud
Acuerdo 017 del 11 de octubre de 2010 "Por el cual se aclara el nombre de un medicamento contenido en el Plan Obligatorio de Salud"	La Comisión de Regulación en Salud
Acuerdo 21 del 15 de febrero de 2011 "Por el cual se amplían unas concentraciones de algunos medicamentos contenidos en el Plan Obligatorio de Salud dispuesto por el Acuerdo 008 de 2009 de la CRES"	La Comisión de Regulación en Salud
Acuerdo 25 del 24 de mayo de 2011 "Por el cual se realizan unas inclusiones en el Plan Obligatorio de Salud de los Regímenes Contributivo y Subsidiado"	La Comisión de Regulación en Salud
Acuerdo 029 del 28 de diciembre de 2011 "Por el cual se sustituye el Acuerdo 028 de 2011 que define, aclara y actualiza integralmente el Plan Obligatorio de Salud"	La Comisión de Regulación en Salud
Acuerdo 031 del 3 de mayo de 2012 "Por el cual se agrupa por ciclos vitales el contenido de las coberturas del Plan Obligatorio de Salud para los niños y niñas menores de 18 años contenido en el Acuerdo número 29 de 2011"	La Comisión de Regulación en Salud
Acuerdo 034 del 4 de octubre de 2012 "Por el cual se da cumplimiento a la Sentencia T-627 de 2012 proferida por la	La Comisión de Regulación en Salud

4

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

NORMA	AUTORIDAD QUE LA EXPIDIÓ
Honorable Corte Constitucional y en consecuencia se hace una inclusión en el Plan Obligatorio de Salud de los Regímenes Contributivo y Subsidiado."	
Resolución 5221 del 27 de diciembre de 2013 "Por la cual se define, aclara y actualiza integralmente el Plan Obligatorio de Salud (POS)"	El Ministerio de Salud y Protección Social
Resolución 5926 del 23 de diciembre de 2014 "Por la cual se ajusta el Anexo número 01 de la Resolución número 5521 de 2013"	El Ministerio de Salud y Protección Social
Resolución 5592 del 24 de diciembre de 2015 "Por la cual se actualiza integralmente el Plan de Beneficios en Salud con cargo a la Unidad de Pago por Capitación-UPC del Sistema General de Seguridad Social en Salud —SGSSS y se dictan otras disposiciones"	El Ministerio de Salud y Protección Social
Resolución 01 del 4 de enero de 2016 "Por la cual se corrige la Resolución 5592 de 2015"	El Ministerio de Salud y Protección Social
Resolución 6408 del 26 de diciembre de 2016 "Por la cual se modifica el Plan de Beneficios en Salud con cargo a la Unidad de Pago por Capitación (UPC) "	El Ministerio de Salud y Protección Social
Resolución 5269 del 22 de diciembre de 2017 "Por la cual se actualiza integralmente el Plan de Beneficios en Salud con cargo a la Unidad de Pago por Capitación (UPC)"	El Ministerio de Salud y Protección Social
Resolución 5857 del 26 de diciembre de 2018 "Por la cual se actualiza integralmente el Plan de Beneficios en Salud con cargo a la Unidad de Pago por Capitación (UPC)"	El Ministerio de Salud y Protección Social
Resolución 3512 del 26 de diciembre de 2019 "Por la cual se actualizan los servicios y tecnologías de salud financiados con recursos de la Unidad de Pago por Capitación (UPC)"	El Ministerio de Salud y Protección Social
Resolución 2481 del 24 de diciembre de 2020 "Por la cual se actualizan integralmente los servicios y tecnologías de salud financiados con recursos de la Unidad de Pago por Capitación (UPC)"	El Ministerio de Salud y Protección Social

4.3.3. Como se expresó en acápites precedentes, el Plan de Beneficios en Salud-PBS no debe entenderse como un listado taxativo, sobre el particular, la Honorable Corte Constitucional en Sentencia T-760 de 2008, siendo Magistrado Ponente el Dr. Manuel José Cepeda Espinosa, respecto al entonces POS, indicó:

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

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

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

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

⁵ Sentencia T-941 de 2000 (MP Alejandro Martínez Caballero).

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

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

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

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

4.4. DE LOS REQUISITOS NORMATIVOS PARA LA PRESENTACIÓN DE RECOBROS ANTE EL FOSYGA:

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

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

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

"Debe precisarse, en todo caso, que la circunstancia de haberse expedido el decreto 2150 de 1995, en nada impide la fijación de las condiciones y requisitos que acorde con la ley resulten indispensables, más aún si se trata de reconocimientos de carácter económico que se financian con recursos de la seguridad social y que por lo tanto deben estar salvaguardados en cuanto a su correcta destinación, con mayor razón si se tiene en cuenta que las regulaciones, procedimientos y trámites innecesarios que se suprimen y/o reformaron, fueron los expresamente dispuestos en el precitado decreto ley y en ninguna parte del mismo se dispuso la supresión de trámites y procedimientos relativos al reconocimiento de prestaciones económicas y obligaciones propias de la seguridad social como para pensar que no resulte procedente establecer las condiciones indispensables para el pago en debida forma de este tipo de obligaciones como lo hace la resolución 3797 de 2004"

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

públicos, indispensablemente deben existir condiciones y requisitos para acceder a los mismos, máxime tratándose de recursos de la seguridad social en salud.

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

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

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

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

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

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

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

Las condiciones para el recobro estandarizan un mínimo de requisitos que determinan las características que le dan viabilidad al recobro como la obligación de pago por el entonces FOSYGA hoy ADRES, su pertinencia y otra serie de aspectos que permitan dar concepto favorable de auditoría sin afectar los recursos del Sistema al hacer pagos indebidos.

Es por ello que la presentación del recobro en sí misma no otorga derechos, era expectativa, habida cuenta que los cobros se presentaban mediante el diligenciamiento de un formulario, acompañado de los soportes exigidos bajo la normativa vigente, para posteriormente proceder a realizar la auditoría en salud, jurídica y financiera.

Así pues, la Unión Temporal FOSYGA 2014 conformada por mis representadas no podía aprobar cobros y reclamaciones que no presentaran el lleno de requisitos dispuestos en la legislación vigente, los parámetros dispuestos en su momento por el Ministerio de Salud y demás autoridades que lejos de ser exigencias autoritarias, guardaban como finalidad la protección de los recursos del Sistema General de Salud que podía resultar afectado con prácticas defraudatorias que atacaran su sostenibilidad.

4.4.3. Es de anotar que la misma Corte Constitucional en el Auto 263 de 2012, reconoció actos que atentan contra los recursos de salud y señaló que se necesitaba de un esfuerzo conjunto de las autoridades públicas para contrarrestar estas actuaciones. En este sentido el Ministerio de Salud y Protección Social al proferir la normativa pertinente y que enmarcó el actuar de mis representadas, buscó disminuir situaciones de abuso, malversación de

recursos del sistema, sustracción de medicamentos, entre otros. En dicha providencia la Corte hizo referencia específica al sistema de recobros e indicó:

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

Igualmente, fue indicado por la Procuraduría General:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

4.4.3.1. Las situaciones antes descritas permiten evidenciar que la no aprobación de los recobros que ya fueron pagados con la UPC, o donde no se identifica el usuario del servicio, o aquellos que no aportan el soporte de los servicios prestados, por citar algunos ejemplos,

no constituyen decisiones arbitrarias sino que por el contrario, buscan resguardar los recursos del sistema, evitando que se realicen dobles pagos o pagos de lo no debido, de manera que en ningún momento se pueden tomar como actos que generan un daño patrimonial, pues la auditoría en salud, jurídica y financiera esta revestida de legalidad.

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

4.4.4. ETAPAS DEL PROCESO DE AUDITORÍA APLICABLES A LOS RECOBROS OBJETO DE DEMANDA PRESENTADOS EN MECANISMOS ORDINARIOS:

Algunos de los recobros objeto de la presente controversia, fueron auditados en vigencia de la Resolución **5395 de 2013**, la cual establecía las etapas del proceso de verificación y control de solicitudes de recobro, en resumen, de la siguiente forma:

4.4.4.1. Resolución 5395 de 2013:

- ✓ **Etapa de Pre-radición:** Su objeto era validar la información registrada por la entidad recobrante con bases de datos de: La Registraduría Nacional del Estado Civil (RNEC), Base de Datos Única de Afiliados (BDUA), Sistema de Información de Precios de Medicamentos (Sismed), Código Único de Medicamentos (CUM), Registro Único de Víctimas (RUV) y Listado de proveedores autorizados para giro directo, con el fin de establecer la existencia del usuario, la consistencia de códigos, la procedencia o no del reconocimiento del recobro y las investigaciones administrativas o judiciales.
- ✓ **Etapa de Radicación:** Su finalidad era presentar ante el Ministerio de Salud y Protección Social o la entidad que se definiera para el efecto, los formatos MYT (Medicamentos y Tutelas) y MYT-R (formato resumen de radicación de las solicitudes de recobros por medicamentos y tutelas), junto con los soportes en medio impreso o magnético conforme a las especificaciones técnicas e instructivos adoptados por la Dirección de Administración de Fondos de la Protección Social.
- ✓ **Etapa de Pre-auditoría:** Su objeto era verificar que el recobro contenga los soportes mínimos para adelantar la verificación del cumplimiento de los requisitos esenciales para su pago.
- ✓ **Etapa de Auditoría Integral:** En esta etapa se verifica el cumplimiento de los requisitos esenciales para el pago de los recobros, conforme al manual de auditoría que se adopte para el efecto. La etapa de la auditoría comprende la verificación de los requisitos desde el punto de vista médico, jurídico y financiero, en dicho proceso se comprueban los requisitos exigidos por la normativa vigente, como por ejemplo: revisión del acta del CTC, validación de la factura, verificación de la cobertura del plan de beneficios vigente para las fechas de prestación del servicio, identificación de los valores recobrados y, cruces de información con distintas bases de datos. Cuando se trata de tecnologías en salud NO POS ordenados por fallos de tutela, la auditoría jurídica verifica adicionalmente aspectos como: la información contenida en el fallo y la coherencia entre lo recobrado y lo ordenado.

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

El resultado de la auditoría en salud, jurídica y financiera podía ser: 1. Aprobado total, 2. Aprobado con reliquidación para aquellos casos en que habiendo aprobado todos los ítems del recobro, el valor a pagar es menor al valor recobrado en consideración a que existen errores en los cálculos del valor recobrado, también el resultado de la auditoría puede ser 3. Aprobado parcial, cuando se aprobaron para pago parte de los ítems del recobro y 4. No aprobado para los eventos en que todos los ítems del recobro no cumplen con los requisitos señalados en la Resolución y en el *“Manual de Auditoría Integral de*

Recobros por Tecnologías en Salud No incluidas en el Plan de Beneficios y Manual de Auditoría Integral de Recobros/Cobros por Tecnologías en Salud No Financiadas con Recursos de la UPC o Servicios Complementarios”.

El resultado favorable de la auditoría depende en gran parte, por no decir en su totalidad, de la entidad recobrante, es decir, bajo su responsabilidad se encuentra el cumplimiento de los requisitos normativos, así como la consistencia y veracidad de los documentos que soportan la solicitud (formularios). Así las cosas, la conducta de la entidad demandante al presentar los recobros sin el lleno de requisitos exigidos por la normatividad sobre el tema, fue la que originó la aplicación de las glosas, por lo cual no se puede atribuir responsabilidad alguna a las entidades demandadas.

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

4.5. DE LOS MECANISMOS ORDINARIOS Y EXCEPCIONALES PARA LA PRESENTACIÓN DE LOS RECOBROS POR TECNOLOGÍAS EN SALUD NO POS AUTORIZADAS POR EL COMITÉ TÉCNICO CIENTÍFICO, U ORDENADAS POR FALLOS DE TUTELA O MIPRES:

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

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

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

❖ MECANISMOS ORDINARIOS:

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

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

- Resolución No. 3099 de 2008: Por la cual se reglamentan los Comités Técnico - Científicos y se establece el procedimiento de recobro ante el Fondo de Solidaridad y Garantía Fosyga, por concepto de suministro de medicamentos, servicios médicos y prestaciones de salud no incluidos en el Plan Obligatorio de Salud, POS, autorizados por Comité Técnico-Científico y por fallos de tutela.
- Resolución No. 5521 de 2013: Por la cual se define y actualiza integralmente el Plan Obligatorio de Salud (POS).
- Resolución No. 5395 de 2013: Por la cual se establece el procedimiento de recobro ante el Fondo de Solidaridad y Garantía (Fosyga) y se dictan otras disposiciones.
- Resolución No. 5926 de 2014: Por la cual se ajusta en Anexo 01 de la Resolución 5521 de 2013
- Resolución 5592 de 2015: Por la cual se actualiza integralmente el Plan de Beneficios en Salud con cargo a la Unidad de Pago por Capitación-UPC del Sistema General de Seguridad Social en Salud —SGSSS y se dictan otras disposiciones.
- Resolución 6408 de 2016: Por la cual se modifica el Plan de Beneficios en Salud con cargo a la Unidad de Pago por Capitación (UPC).

- Resolución 5269 de 2017: Por la cual autoriza integralmente el Plan de Beneficios en Salud con Cargo a la Unidad de Pago por Capitación (UPC)
- Circular 001 de 2013 CNPMDM: Por la cual se aclara el sentido, interpretación y alcance del artículo 2° de la Circular No. 01 del 14 de abril de 2010 de la Comisión Nacional de Medicamentos y dispositivos Médicos
- Circular 001 de 2014 CNPMDM: Por la cual se incorporan medicamentos al régimen de control directo con fundamento en la metodología de la Circular 03 de 2013 de la Comisión Nacional de Precios de Medicamentos y dispositivos Médicos y se les fija su precio máximo de venta, se modifica la Circular 07 de 2013 y se dictan otras disposiciones.
- Circular 001 de 2015: Por la cual se interviene en los mercados de dispositivos médicos, se establece un régimen de libertad vigilada para estos productos y se someten unos stents coronario a control directo
- Circular 002 de 2013 CNPMDM: Por la cual se amplía el plazo para el desarrollo de la metodología según lo establecido en el artículo 8 de la Circular 002 de 2011, modificado por el artículo 8 de la Circular 01 de 2012
- Nota Externa 201433100142683 de 2014: Precisiones Resolución 5395 de 2013, Sentencia T-160 de 2008
- Nota Externa 201433200009753 de 2014: Amplía período de radicación de MYT01-02 para el mes de enero de 2014 - Resolución 5395 de 2013.
- Nota Externa 201433200014303 de 2014: Formatos y Anexos Técnicos para el proceso de verificación, control y pago de solicitudes de Recobro
- Nota Externa 201433200040343 de 2014: Amplía período de radicación de MYT01-02 para el mes de enero de 2014 - Resolución 5395 de 2013
- Nota Externa 201433200063693 de 2014: Amplía período de radicación de MYT01-02 para el mes de marzo de 2014 - Resolución 5395 de 2013
- Nota Externa 201433200080743 de 2014: Amplía período de radicación de MYT01-02 para el mes de abril de 2014 - Resolución 5395 de 2013
- Nota Externa 201433200152233 de 2014: Adopción del anexo técnico de Comparadores Administrativos para medicamentos no incluidos en el Plan de Beneficios
- Nota Externa 201433200170103 de 2014: Validaciones excepcionales BDU A radicación mes de julio de 2014
- Nota Externa 201433200174923 de 2014: Ampliación período de recepción de soportes documentales de recobros con validaciones excepcionales BDU A - Radicación mes de julio de 2014
- Nota Externa 201433200179423 de 2014: Precisiones Resolución 5395 de 2013
- Nota Externa 201433200188663 de 2014: Período de radicación agosto de 2014 - Resolución 5395 de 2014
- Nota Externa 201433200207053 de 2014: Período de aplicación Nota Externa 20143320019009 del 01-08-2014
- Nota Externa 201433200208153 de 2014: Conciliación de etapas de pre radicación y radicación del proceso ordinario (MYT 01-02) de Recobros
- Nota Externa 201433200214183 de 2014: Pre radicación de solicitudes de recobros con excepciones de validación de BDU A
- Nota Externa 201433200266343 de 2014: Ampliación periodo de radicación octubre de 2014 - Resolución 5395 de 2013
- Nota Externa 201433200293623 de 2014: Entrada en vigencia formato de justificación médica de tecnologías en salud ordenadas por fallos de tutela que no sean expresos o que ordenen tratamiento integral con o sin comparador administrativo y formato de acta de comité técnico científico.
- Nota Externa 201433200296523 de 2014: Lineamientos y criterios técnicos respecto de exclusiones del POS y prestaciones que no pueden ser financiadas con recursos del Sistema General de Seguridad Social en salud (SGSSS)

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

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

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

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

- Resolución 3951 de 2016: Por la cual se establece el procedimiento de acceso, reporte de prescripción, suministro, verificación, control, pago y análisis de la información de servicios y tecnologías en salud no cubiertas por el Plan de Beneficios en Salud con cargo a la UPC y se dictan otras disposiciones.
- Resolución 5884 de 2016: Por la cual se modifican los artículos 38, 93 y 94 de la Resolución 3951 de 2016.

- Resolución 532 de 2017: Por la cual se modifica la Resolución número 3951 de 2016, modificada por la Resolución número 5884 de 2016 y se dictan otras disposiciones.
- Resolución 1885 de 2018: Por la cual se establece el procedimiento de acceso, reporte de prescripción, suministro, verificación, control, pago y análisis de la información de tecnologías en salud no financiadas con recursos de la UPC, de servicios complementarios y se dictan otras disposiciones.
- Resolución 848 de 2019: Por la cual se modifica la Resolución 1885 de 2018, en relación con el giro previo de recursos al proceso de auditoría integral y el agrupamiento de solicitudes de recobro/cobro.
- Resolución 1343 de 2019: Por la cual se modifica el artículo 12 de las Resoluciones 1885 y 2438 del 2018 en relación con la prescripción de productos de soporte nutricional a menores de (5) años.
- Resolución 2966 de 2019: Por la cual se modifica el Artículo 97 de la Resolución 1885 de 2018.
- Resolución 205 de 2020: Por la cual se establecen disposiciones en relación con el presupuesto máximo para la gestión y financiación de los servicios y tecnologías en salud no financiados con cargo a la Unidad de Pago por Capitación - UPC y no excluidos de la financiación con recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud - SGSSS, y se adopta la metodología para definir el presupuesto máximo.
- Resolución 206 de 2020: Por la cual se fija el presupuesto máximo a transferir a cada Entidad Promotora de Salud de los Regímenes Contributivo y Subsidiado, y Entidad Obligada a Compensar en la vigencia 2020".

❖ **MECANISMOS EXCEPCIONALES:**

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

- Decreto No. 1865 de 2012: Por el cual se reglamenta el artículo 122 del decreto- ley 019 de 2012,
- Decreto No. 2555 de 2012: Por el cual se modifican los artículos 4º del Decreto número 1377 de 2012 y 3º del Decreto número 1865 del mismo año.
- Decreto No. 1865 de 2012: Por el cual se reglamenta el artículo 122 del decreto- ley 019 de 2012,
- Resolución 2977 de 2012: Por la cual se definen los términos, requisitos, formatos y períodos de radicación de que trata el artículo 5o del Decreto número 1865 de 2012.
- Resolución 3318 de 2012: Por la cual se corrige un yerro en el párrafo 1o del artículo 5o de la Resolución 2977 de 2012.
- Resolución 3778 de 2013: Por la cual se modifica la Resolución 2977 de 2012, modificada por la Resolución número 4251 de 2012 y se dictan otras disposiciones.
- Resolución 4251 de 2012: Por la cual se modifica el artículo 4º de la Resolución número 2977 de 2012 y se dictan otras disposiciones.
- Resolución No. 5648 de 2014: Por la cual se establece el giro previo en el mecanismo especial de recobros por divergencias recurrentes.
- Nota Externa 201433200100153 de 2014: Precisiones para efectos de la presentación de los recobros por concepto Divergencias Recurrentes.
- Nota Externa 201433200140123 de 2014: Período de radicación de julio (14-31) de Divergencias Recurrentes.
- Nota Externa 201433200296233 de 2014: Período de radicación, Divergencias recurrentes, Exclusiones del POS y prestaciones no financiadas con Recursos del SGSSS.

- Nota Externa 201433200296573 de 2014: Período de radicación de divergencias recurrentes.
- Nota Externa 201433200325243 de 2014: Período de radicación- Divergencias recurrentes.
- Nota Externa 201533200002583 de 2015: Giro previo Divergencias recurrentes - Resolución 5648 de 2014.
- Nota Externa 201533200021483 de 2015: Periodo de radicación - Divergencias recurrentes.
- Nota Externa 201433200083073 de 2014: Período de Radicación de mayo de 2014 - Divergencias Recurrentes.

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

- Ley No. 1608 de 2013: Por medio de la cual se adoptan medidas para mejorar la liquidez y el uso de algunos recursos del Sector Salud.
- Decreto No. 347 de 2013: Por el cual se reglamenta el inciso 4º del artículo 11 de la Ley 1608 de 2013.
- Resolución No. 4652 de 2014: Por la cual se establece un nuevo período para la radicación de los recobros y reclamaciones con glosa de carácter administrativo, notificada antes de la entrada en vigencia de la Ley 1608 de 2013 y se establecen disposiciones para su reconocimiento y pago.
- Resolución No. 5394 de 2013: Por la cual se modifica la Resolución 832 de 2013, que trata de la glosa de carácter administrativo y amplía el plazo de radicación hasta el mes de junio del año 2014.
- Resolución No. 832 de 2013: Por la cual se definen los términos, requisitos, formatos, periodos de radicación y criterios de evaluación de los recobros y reclamaciones de que trata el Decreto 347 de 2013.
- Nota Externa No. 201333200184293: Firma de certificaciones para la presentación de recobros y reclamaciones en virtud del mecanismo dispuesto en la Resolución 832 de 2013.
- Nota Externa No. 201433200849761: Ampliación período de pre-radicación de junio 2014 (MYT-01-02). Establece el período de radicación de Glosa administrativa de junio y el período de pre-radicación de julio (MYT-01-02)-Resolución 5395 de 2013.

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

- Resolución No. 2940 de 2015: Por la cual se modifica la Resolución 1446 de 2015, en relación con los s para radicar recobros o reclamaciones, la medida de giro previo y los plazos para llevar a cabo la nueva auditoría integral y el pago.
- Resolución No. 1446 de 2015: Por la cual se establecen los requisitos para el reconocimiento y pago de los recobros y reclamaciones en virtud en los dispuesto en el artículo 112 de la ley 1737 de 2014.
- Nota Externa No. 201533200118933: Periodo de radicación Recobros / Reclamaciones con Glosa Única de Extemporaneidad Artículo 112 Ley 1737 de 2014.
- Nota Externa No. 201533200215903: Periodo de radicación Recobros / Reclamaciones con Glosa Única de Extemporaneidad Artículo 112 Ley 1737 de 2014.

4.5.7. GLOSA TRANSVERSAL: Este mecanismo fue desarrollado en virtud de lo dispuesto en el literal c del artículo 73 de la Ley 1753 de 2015 y su propósito fue establecer los términos, formatos y requisitos para el trámite del reconocimiento y pago de los recobros y/o reclamaciones que hubiesen sido glosados por el FOSYGA y sobre los cuales no hubiese operado el término de caducidad de la acción legal que corresponda, en este

mecanismo sólo se exige para el reconocimiento y pago de los recobros y/o reclamaciones, los requisitos esenciales que demuestren la existencia de la respectiva obligación, los cuales fueron determinados por el Ministerio de Salud y Protección Social.

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

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

- Ley 1753 de 2015. Por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018.
- Resolución 4244 de 2015. Por la cual se establecen los términos, formatos y requisitos para el reconocimiento y pago de los recobros y las reclamaciones en virtud de lo dispuesto en el literal c) del artículo 73 de la Ley 1753 de 2015.
- Nota Externa No. 201733200149353: Presentación de Solicitudes de Recobros por Glosa Transversal.
- Nota Externa No. 201733200087993: Periodo de radicación Recobros por Glosa Transversal Oficio No 201433201753111 del 05 de diciembre de 2014: Criterios de Auditoría del Comité de Definición de Criterios y Lineamientos Técnicos para el Reconocimiento de Tecnologías en Salud NO POS.

4.5.8. De conformidad con lo anterior, es preciso señalar que cada línea general de recobro o mecanismo habilitado por el Ministerio de Salud y Protección Social para el reconocimiento y pago de las tecnologías en salud NO POS, tiene sus propias normas y por ende requisitos sustanciales y formales diferentes; además de contar con un procedimiento independiente por línea el cual se encuentra detallado en el "Manual de Operación del Proceso Integral de Recobros por Beneficios Extraordinarios al Plan Obligatorio de Salud". Este podría ser consultado en la página web del FOSYGA, actualmente de la ADRES, <http://www.adres.gov.co>

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

Cabe anotar que por cada línea o mecanismo de prestación de recobros se asigna un número de radicado FOSYGA para la identificación del recobro y realización de la auditoría en salud, jurídica y financiera, en el mecanismo ordinario en su presentación inicial a través de los formatos MYT01 – 02 y su objeción mediante MYT04, las cuales comparten la misma asignación numérica de radicado FOSYGA.

4.5.9. CONCILIACIONES PREJUDICIALES: Para este mecanismo alternativo de solución de conflictos aplican todas las normas vigentes al momento de la presentación del recobro, entre las cuales se destacan:

- Ley 1437 de 2011: Por la cual se expide el código de procedimiento administrativo de lo contencioso administrativo
- Decreto 1716 de 2009: Por el cual se reglamenta el artículo 13 de la Ley 1285 de 2009, el artículo 75 de la Ley 446 de 1998 y del Capítulo V de la Ley 640 de 2001
- Resolución 3099 de 2008: Por la cual se reglamentan los Comités Técnico - Científicos y se establece el procedimiento de recobro ante el Fondo de Solidaridad y Garantía, FOSYGA, por concepto de suministro de medicamentos, servicios médicos y prestaciones de salud no incluidos en el Plan Obligatorio de Salud, POS, autorizados por Comité Técnico-Científico y por fallos de tutela.
- Resolución 5395 de 2013: Por la cual se establece el procedimiento de recobro ante el Fondo de Solidaridad y Garantía (FOSYGA) y se dictan otras disposiciones

- Nota Externa No. 3993 de 2012: Instructivo para la presentación de recobros y reclamaciones en trámite de conciliación prejudicial

4.5.10. ACUERDO DE PUNTO FINAL: Según se desprende de la página web de la ADRES: [Acuerdo de Punto Final \(adres.gov.co\)](http://adres.gov.co) "El saneamiento definitivo, mejor conocido como "Acuerdo de Punto Final", es una política que tiene por objeto preservar la sostenibilidad financiera del Sistema General de Seguridad Social en Salud, como vía para garantizar el derecho fundamental de salud, en el mediano y largo plazo. En virtud de lo establecido en el artículo 237 de la Ley 1955 de 2019 y el Decreto 521 de 2020, **corresponde a la ADRES adelantar el proceso de revisión, reconocimiento y giro de las cuentas que le presenten las entidades recobrantes en el marco del citado mecanismo por concepto de servicios y tecnologías en salud no financiadas con la UPC del régimen contributivo**". (negrilla y subrayado ajeno al texto).

4.5.10.1. El Decreto 521 de 2020, por el cual se establecieron los criterios para la estructuración, operación y seguimiento del saneamiento de los recobros por concepto de servicios y tecnologías de salud no financiados con cargo a la UPC del régimen contributivo, **se profirió cuando inclusive ya se había liquidado el Contrato de Consultoría**, por tanto, la Unión Temporal no solo no tuvo injerencia ni conocimiento en este proceso, sino que estaba a cargo exclusivo de la ADRES.

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

La presente demanda de acuerdo con los hechos, pretensiones involucra 69 ítems, los cuales están comprendidos en 66 recobros, según el anexo técnico suministrado por la ADRES denominado "**PJU_2018-00273 UT EPS ALIANSALUD_Reporte**", que se aportan al presente trámite, y que fueron auditados así:

66 recobros con 69 ítems por la **Unión Temporal FOSYGA 2014**, en el **Mecanismo ordinario-formatos MYT01-MYT02**, paquetes: MYT0115 (enero de 2015), MYT0215 (febrero de 2015), MYT0615 (junio de 2015), MYT1115 (noviembre de 2015).

La actividad de auditoría adelantada por mis representadas se realizó conforme a la Resolución 5395 de 2013 expedida por el Ministerio de Salud y Protección Social, se establecieron los parámetros y requisitos para que las EPS pudieran recobrar ante el FOSYGA o quien hicieran sus veces, los servicios NO PBS que prestaban a sus afiliados y dentro de ellas se determinaban puntualmente los motivos por los cuales podían ser glosados, y por lo tanto los recobros podían tener los siguientes resultados: "*aprobado*", "*aprobado total*", "*aprobado con reliquidación*" o "*Aprobado parcial*" y "*No aprobado*".

En el caso concreto, se debe tener en cuenta que tal como lo expresa claramente el Contrato de Consultoría No. 043 de 2013, la auditoría de los recobros se debía realizar en estricto cumplimiento de las normas vigentes y los procesos, procedimientos e instrucciones suministrados por el Ministerio de Salud y Protección Social. El marco jurídico general relacionado con la auditoría de los recobros objeto de la presente demanda, que resulta de obligatorio cumplimiento y ejecución para la Unión Temporal FOSYGA 2014, incluye normas de naturaleza sustantiva (cfr. Acuerdo 029 de 2011 y Resolución 5521 de) en las cuales se dispone los contenidos del Plan Obligatorio de Salud, y disposiciones de carácter adjetivo (cfr. Resolución 5395 de 2013) en la cual se establecen los requisitos, criterios y el procedimiento que se debe implementar para efectos de tramitar los recobros por prestaciones extraordinarias no incluidas en el Plan Obligatorio de Salud.

De ahí que, en el trámite de las solicitudes de recobro relacionadas en esta demanda, se aplicaran estrictamente las normas antes enunciadas y como consecuencia de ello en el proceso de auditoría se impusieran diferentes glosas y al respecto se precisa que un recobro puede tener varios ítems y a su vez varias causales de glosa, adjunto a esta contestación se remite el detalle en archivo Excel.

Adicionalmente, vale la pena destacar que la demandante no trae un medio de prueba contundente e idóneo que desvirtúe el resultado de la auditoría en salud, jurídica y financiera realizada por expertos y que es el fundamento para negar lo recobrado, adicionalmente desconociendo la existencia de una regulación y un procedimiento al cual deben obligatoriamente ceñirse y cumplir para lograr el pago de lo recobrado, olvida que la aplicación de una glosa u observación no es caprichosa sino en estricto cumplimiento

de la aplicación de la ley, la cual es clara que en esta materia se debe adelantar un procedimiento que comienza con la presentación de lo recobrado el cual es sometido a auditoría, que arroja un resultado, el cual puede ser objetado y que finalmente termina con pago o negativa a pago.

Para efectos metodológicos la información relativa al resultado de la auditoría de los recobros objeto de la presente controversia se realizará de conformidad con la norma que contempla el procedimiento de recobro ante el entonces FOSYGA vigente al momento de la auditoría, esto es, la Resolución 5395 de 2013.

4.7. DEL RESULTADO DE LA AUDITORÍA DE LOS RECOBROS AUDITADOS EN VIGENCIA DE LA RESOLUCION 5395 DE 2013:

Las causales de glosa se precisan en la base de datos anexa e integral a este documento y se enlistan en el **numeral 2.3.6.** por lo tanto, no se incorporan de nuevo a este acápite para no extender su contenido de forma innecesaria, no obstante, a continuación, se hace referencia algunas de ellas y sus principales consideraciones, las cuales dan cuenta de la improcedencia de su reconocimiento, así:

-La Resolución 5395 de 2013, se expidió por el Ministerio de Salud y Protección Social, en ella se estableció el procedimiento del recobro ante el entonces FOSYGA de los servicios NO POS que las EPS prestan a sus afiliados, y dentro de esta se determinan puntualmente los motivos por los cuales podían ser glosados.

Puede observarse la aplicación de códigos de glosa que obedecen a la misma descripción en una misma vigencia, es decir, en la Resolución 5395 de 2013, puede responder a diferentes códigos con una misma causal, lo anterior, como quiera que en el anexo 2.2. de la citada normativa, se dieron a conocer los códigos de glosa iniciales que estuvieron vigentes entre enero y mayo de 2014, posteriormente se publicó el Manual de auditoría que traía unos códigos de glosa diferente, lo que conllevó un cambio en el sistema de la auditoría y es posible que estos se hayan aplicado meses posteriores a la vigencia del manual; por este motivo se tienen diferentes códigos de glosa para una misma descripción.

- La citada Resolución, en su artículo 27 señaló que los recobros que ingresaran al proceso de auditoría integral, se auditarían conforme al manual que se adoptara para el efecto.

Para facilitar la interpretación de las glosas, se agruparán para efectos didácticos por categorías, así:

4.7.1. RELACIONADOS CON LAS ACTAS DEL COMITÉ TÉCNICO CIENTÍFICO:

4.7.1.1 Glosa: “El Acta de CTC no contiene ni avala la información requerida por la normativa vigente “

Estas glosas se impusieron según el numeral 2 del artículo 13 de la **Resolución 5395 de 2013** que exigía como requisito general del proceso de verificación el corroborar que la EPS aportara copia del acta del CTC o copia del fallo de tutela y según lo dispuesto en el numeral 1 del artículo 14 que precisaba de forma detallada la información que debía contener el acta del CTC, por lo que en ausencia de esta se daba paso a esta causal.

4.7.1.1.1. No aporta acta de CTC de la tecnología en salud recobrada y/o el mismo no se evidencia en el histórico.

4.7.1.1.2. Cuando el acta de CTC presenta las siguientes deficiencias: (i) No es legible; (ii) No contiene la fecha de elaboración, no identifica el diagnóstico o no registra la codificación internacional de enfermedades CIE10; (iii) No contiene la justificación médica de la decisión adoptada o no corresponde con el diagnóstico del paciente, de acuerdo con la tecnología autorizada; (iv) No describe el nombre del medicamento o procedimiento autorizado de forma completa; (v) No identifica de forma completa el insumo autorizado y/o no cumple la condición de exceder el condicionamiento definido en el POS o su mención explícita; (iv) No identifica el o los procedimientos con su código CUPS correspondiente, en los que fue utilizado el dispositivo médico autorizado; (vii) No contiene la certificación de cumplimiento de los criterios de evaluación y

autorización; (viii) No contienen el diligenciamiento de todos los criterios para la aprobación de exclusiones expresas del POS definidos en la Sentencia T-160 de 2014; (ix) no identifica el o los medicamentos del Plan Obligatorio de Salud que se reemplazan o sustituyen por el autorizado con su grupo terapéutico, principio (s) activo (s) individuales, o combinados, código ATC, concentración, forma farmacéutica, número de días/tratamiento, número de dosis/días y cantidad equivalente al medicamento; (x) no identifica el comparador administrativo del medicamento recobrado; (xi) No permite verificar la decisión adoptada por el Comité; (xii) la fecha de realización del CTC es posterior a la fecha de entrega de la tecnología en salud, no se trata de un CTC hospitalario, no es una urgencia manifiesta ni el usuario es una víctima de acuerdo con lo establecido en el artículo 3º de la Ley 1448 de 2011; (xiii) No registra nombre y firma de uno o más de los integrantes del CTC, indicando número de registro médico cuando aplique y no se anexa certificación del representante legal en la que se indique bajo la gravedad de juramento que el Acta fue suscrita en sesión realizada por los integrantes autorizados y de acuerdo con la información allí registrada; (xiv) Cuando el acta del CTC afecta la situación o el derecho creado en favor del respectivo usuario, modifica la tecnología en salud recobrada, no es congruente entre lo solicitado, lo deliberado, lo facturado y lo suministrado.; (xv) Cuando el acta consolidada del CTC no cuenta con los siguientes requisitos: la identificación de cada uno de los casos analizados en la sesión, número consecutivo, firma autógrafa o digital de todos los miembros, nombre completo del usuario, tipo y número de identidad, tecnología en salud evaluada, concepto del comité y cantidad autorizada; (xvi) Cuando el acta del CTC que autoriza varias tecnologías no cumple con las siguientes condiciones: 1) corresponder a un mismo usuario, 2) estar aprobadas en la misma fecha, 3) la justificación médica y el diagnóstico no aplica en todos los casos de igual forma y 4) no cumple con todos los requisitos establecidos en la Resolución 5395 de 2013; (xvii) La tecnología en salud NO POS recobrada presenta alertas de seguridad, efectividad y calidad emitidas por INVIMA o no se encuentra habilitada en las normas del Sistema de Garantía de la Calidad del SGSSS; y (xviii) Cuando las firmas registradas en el acta de CTC no corresponden con los integrantes notificados por las entidades a la Superintendencia Nacional de Salud.

-De la definición de recobro se infiere que este tiene como fuente principal de la obligación el documento en el que se ordenó o autorizó el medicamento, insumo, servicio o tecnología en salud no incluida en el POS, por tal motivo, aportar el acta del comité técnico científico que contiene dicha orden, así como la consistencia de la información allí contenida y el cumplimiento de todos los requisitos, constituía un requisito de la esencia del recobro, que tenía como función cumplir con la legislación vigente y garantizar el reconocimiento y pago del valor recobrado, según lo dispuesto en el Manual de auditoría de Recobros CTC y lo establecido en la Resolución 5395 de 2013.

-Vale la pena señalar que las Actas aportadas también debían ser validadas y responder a los formatos dispuestos por la legislación vigente como por ejemplo el adoptado en la Nota Externa No. 201433200179423 del 24 de julio de 2014.

Esta Nota externa, se encontraba vigente para la fecha en que la Unión Temporal Fosyga 2014 efectuó la auditoría, la cual buscaba garantizar una herramienta efectiva para el procedimiento de auditoría integral y era un requisito que debía ser cumplido por las entidades recobrantes a partir del 1º de enero de 2015.



MinSalud
Ministerio de Salud
y Protección Social

**PROSPERIDAD
PARA TODOS**

NOTA EXTERNA



201433200293623

Bogotá D.C., 06-11-2014

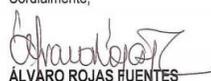
PARA: ENTIDADES RECOBRANTES

DE: DIRECTOR DE ADMINISTRACIÓN DE FONDOS DE LA PROTECCIÓN SOCIAL (E)

ASUNTO: ENTRADA EN VIGENCIA FORMATO DE JUSTIFICACIÓN MÉDICA DE TECNOLOGÍAS EN SALUD ORDENADAS POR FALLOS DE TUTELA QUE NO SEAN EXPRESOS O QUE ORDENEN TRATAMIENTO INTEGRAL CON O SIN COMPARADOR ADMINISTRATIVO Y FORMATO DE ACTA DE COMITÉ TÉCNICO CIENTÍFICO

La Dirección de Administración de Fondos de la Protección Social, en atención a lo manifestado por algunas entidades, respecto de las dificultades operativas que se han derivado de la implementación del formato de justificación médica de tecnologías en salud ordenadas por fallos de tutela que no sean expresos o que ordenen tratamiento integral con o sin comparador administrativo y el formato de acta de comité técnico científico adoptados en la Nota Externa No 201433200179423 del 24 de Julio de 2014 y con el fin de garantizar que los mismos se constituyan en una herramienta efectiva para el procedimiento de auditoría integral, establece que el diligenciamiento de la nueva versión de tales formatos, será requisito para las autorizaciones que emitan los CTC y las ordenaciones de fallos de tutela integrales o no expresos emitidos a partir del 1° de Enero de 2015. No obstante lo anterior, las entidades recobrantes podrán implementarlos y aportarlos con anterioridad a fecha señalada.

Cordialmente,



ÁLVARO ROJAS FUENTES
Director de Administración de Fondos de la Protección Social (E)

La Nota externa antes referida, se encontraba vigente para la fecha en que la Unión Temporal FOSYGA 2014 efectuó la auditoría, la cual buscaba garantizar una herramienta efectiva para el procedimiento de auditoría integral y era un requisito que debía ser cumplido por las entidades recobrantes a partir del 1° de enero de 2015.

-En ese orden de ideas, el acta del CTC se erige en un documento necesario e imprescindible para la existencia del recobro, pues es dónde se autoriza y ordena el suministro o prestación de la tecnología en salud, de manera que su ausencia o no cumplimiento del lleno de requisitos está lejos de constituir un requisito de forma y por el contrario, resulta ser una exigencia imprescindible para la procedencia de su reconocimiento y consecuente pago.

-Por último, es preciso anotar que se podía dar la emisión de **actas de CTC “consolidadas”** dado el volumen tan grande que tenía el CTC para emitir la aprobación o no de las tecnologías en salud, debido a la cantidad de afiliados, por ello en una misma sesión validaban el requerimiento de diferentes usuarios, relacionando la tecnología y el documento de identificación correspondiente y la conclusión de aprobación o no de la tecnología, y con posterioridad, se hacía **el acta individual por paciente**, es decir, no se eliminó la obligación legal de hacer la correspondiente acta del CTC, lo que se hacía era que en un primer momento, para cumplir con los términos, se efectuaba un acta consolidada y con posterioridad una individual.

No obstante, tanto el acta consolidada como la individual debían contener la información consistente, es decir ambas actas debían señalar que la tecnología era aprobada, y no bastaba con que solo una incorporara la aprobación (por ejemplo, se aprobara en la consolidada y no en la individual), por lo que si no cumplían con este requisito esto daba lugar a la aplicación de la correspondiente causal de glosa ⁶.

⁶ Al respecto, el Manual de auditoría integral de recobros por tecnologías en Salud no incluidas en el plan de beneficios, definió en su glosario el Acta Consolidada del Comité Técnico Científico (CTC) como: “*corresponde al Formato de Acta realizada por cada sesión, que identifica cada uno de los casos analizados en dicha sesión. Debe asignarse un número consecutivo por las EPS, estar firmada autógrafa o digitalmente por todos los miembros del CTC y contener la siguiente información: Nombre completo del paciente, tipo y número de documento de identidad, Tecnología en Salud Evaluada, concepto del Comité, sea este, aprobado o negado y cantidad autorizada; en este caso deberá elaborarse un Formato de Acta de CTC para cada caso evaluado pero no será exigible la firma de los representantes en este documento. Para efectos de la radicación de los documentos que soportan el recobro, la entidad recobrante deberá allegar copia del Formato de Acta consolidada y copia del formato de Acta de CTC por cada caso recobrado; es decir, que por cada recobro se aportarán ambos formatos*”. (negrilla fuera de texto)

Esta causal de glosa se encuentra contenida en los códigos: **(i) 0102:** 1 registro, **(ii) 3701:** 8 registros.

4.7.2. RELACIONADOS CON LOS FALLOS DE TUTELA:

Glosa: "El fallo de tutela y/o sus anexos no se aporta(n), o no contiene(n) la información requerida":

-Esta glosa se aplicó según lo dispuesto en el numeral 1 del artículo 15 de la Resolución 5395 de 2013, indicaba los requisitos que debía tener el fallo de tutela indicando que debía suministrarse copia completa y legible con el nombre de la autoridad judicial y el nombre o identificación del afiliado

-Cuando se trataba de solicitudes de recobros originas en fallos de tutela, las EPS debían garantizar a sus afiliados la prestación de servicios no incluidos en el Plan de Beneficios y posteriormente adelantar el proceso de recobro ante el entonces FOSYGA, con fundamento en los medicamentos o tecnologías en salud NO incluidos en el Plan de Beneficios ordenados por jueces, por lo que el fallo de tutela constituía el requisito esencial para la presentación de las solicitudes de recobros originadas en órdenes judiciales y la carencia o deficiencia de este soporte, daba origen a la aplicación de glosa en el proceso de auditoría por no cumplir el requisito de la fuente principal de la obligación, esto es, la providencia judicial donde se ordenó o autorizó el medicamento, insumo, servicio o tecnología en salud no incluida en el entonces POS.

4.7.2.1. De otra parte, el párrafo 2 del artículo 15 de la Resolución 5395 de 2013, indicaba que aquellas solicitudes de recobro que tuvieran como origen fallos de tutela que no fueran expresos en cuanto a la tecnología en salud ordenada, se debían presentar con el formato de justificación de la necesidad médica, con el ánimo de hacer evidente la conexidad entre el diagnóstico y lo ordenado. La inexistencia de dicho soporte documental daba lugar a la aplicación de la glosa citada.

-En cuanto al deber de aportar el formato de justificación médica, es necesario precisar que sí el Juez de tutela ordenaba el tratamiento integral de los insumos, procedimientos o tecnologías en salud recobrados, estos debían estar asociados al diagnóstico, es decir, no era posible aprobar tecnologías en salud que no guardaran relación con el diagnóstico en virtud del cual se concedió la tutela y además no había lugar a aprobar las tecnologías en salud que se encontraran incluidas en el POS, como quiera que ya habían sido pagadas por el entonces FOSYGA con cargo a la UPC en el proceso de compensación y actuar de manera contraria implicaría un pago doble o incorrecto, lo cual afectaría gravemente los recursos del Sistema de Salud.

4.7.2.2. Así lo ha señalado la propia H. Corte Constitucional, que ha sido clara al afirmar que la aplicación del principio de integralidad no puede darse de manera abstracta, pues supone la relación entre la patología y el reconocimiento de un conjunto de prestaciones relacionadas con esta, de manera que sea fácilmente identificable o determinable que lo recobrado obedece a una prestación autorizada, situación que no se presentó en estos casos, donde no se encontró demostrado que lo recobrado guardaba relación con la orden constitucional. A continuación, se indica la limitación en la interpretación que la citada Corporación, ha otorgado al principio de integralidad:

❖ Sentencia T-062 de 2017:

"Esta Corporación, en diversas oportunidades, se ha referido al principio de integralidad en materia de salud. Una de las perspectivas a través de las cuales se ha abordado el tema, es aquella relativa a la adopción de todas las medidas necesarias encaminadas a brindar un tratamiento que efectivamente mejore las condiciones de salud y calidad de vida de las personas.[30] Es decir, es obligación del Estado y de las entidades encargadas de la prestación del servicio, propender hacia "la autorización total de los tratamientos, medicamentos, intervenciones, procedimientos, exámenes, controles, seguimientos y demás que el paciente requiera con ocasión del cuidado de su patología y que sean considerados como necesarios por el médico tratante"[31], como lo determinó también el artículo 8 de la Ley 1751 de 2015.

En ese orden, no se puede imponer obstáculo alguno para que el paciente acceda a todas aquellas prestaciones que el médico tratante considere que son las indicadas para combatir sus afecciones, de manera oportuna y completa.

Así, por regla general, los servicios que deben ser otorgados de manera integral, son aquellos que el profesional de la salud estime pertinentes para atender el padecimiento que se presente. Al respecto, la Corte ha señalado que:

"(...) el principio de integralidad no puede entenderse de manera abstracta, lo cual supone que las órdenes de tutela que reconocen atención integral en salud se encuentran sujetas a los conceptos que emita el personal médico, y no, por ejemplo, a lo que estime el paciente. En tal sentido, se trata de garantizar el derecho constitucional a la salud de las personas, siempre teniendo en cuenta las indicaciones y requerimientos del médico tratante."[32]

Bajo esa perspectiva, dado que con el tratamiento integral se logra garantizar la atención eficiente, adecuada y oportuna de las patologías que puedan presentar los pacientes diagnosticados por el respectivo médico tratante, el amparo por vía de tutela se toma procedente.

Ahora bien, la Corte ha identificado que existen ciertos eventos en los que no se logra evidenciar con claridad que el tratamiento solicitado por el paciente relacionado con la atención integral, provenga de una orden médica o siquiera se acredite concepto o criterio del galeno, por tanto, sostiene que, en estos casos, el juez constitucional al conceder el amparo, debe ajustarse a precisos presupuestos, que le permitan determinar con claridad la orden que se pretende[33] dictar, a saber:

"(i) la descripción clara de una determinada patología o condición de salud diagnosticada por el médico tratante, (ii) por el reconocimiento de un conjunto de prestaciones necesarias dirigidas a lograr el diagnóstico en cuestión; o (iii) por cualquier otro criterio razonable"[34] *(Negritas fuera del texto)*

❖ **Sentencia T-053 de 2009:**

20.- Por otro lado, en los supuestos en los que el conjunto de prestaciones que conforman la garantía integral del derecho a la salud no estén necesariamente establecidos a priori, de manera concreta por el médico tratante, la protección de este derecho conlleva para juez constitucional la necesidad de hacer determinable la orden en el evento de conceder el amparo, por ejemplo, (i) mediante la descripción clara de una determinada patología o condición de salud diagnosticada por el médico tratante, (ii) por el reconocimiento de un conjunto de prestaciones necesarias dirigidas a lograr el diagnóstico en cuestión; o (iii) por cualquier otro criterio razonable. De este modo, el reconocimiento de la prestación integral del servicio de salud debe ir acompañado de indicaciones precisas que hagan determinable la orden del juez de tutela, la cual bajo ningún supuesto puede recaer sobre cosas futuras.

En este orden de ideas, debe precisarse de manera clara que el principio de integralidad no puede entenderse de manera abstracta, lo cual supone que las órdenes de tutela que reconocen atención integral en salud se encuentran sujetas a los conceptos que emita el personal médico, y no, por ejemplo, a lo que estime el paciente. En tal sentido, se trata de garantizar el derecho constitucional a la salud de las personas, siempre teniendo en cuenta las indicaciones y requerimientos del médico tratante.

La falta de atención respecto de este punto, puede derivar en que los jueces de tutela incurran en dictar órdenes indeterminadas, contrarias al ordenamiento jurídico cuyo cumplimiento pueda resultar problemático a la hora disponer las acciones necesarias para brindar la atención a los afiliados y beneficiarios, por parte de las entidades prestadoras del servicio de salud.[31] (Negrita y Subrayado por fuera del texto original)

-Para determinar si los insumos, procedimientos o tecnologías en salud recobrados tienen conexidad con el diagnóstico se examinan las imágenes que acompañan al recobro, caso a caso de manera particular, por lo que no es posible aprobar los recobros que no cuenten con una justificación basada en parámetros y criterios médicos posibles frente al tratamiento, medicamento o procedimiento suministrado de acuerdo con el diagnóstico encontrado.

-Las causales de Glosas relacionadas con estas circunstancias, fueron el resultado de no haberse acreditado en debida forma ante la auditoría por parte de la EPS, que el suministro de la tecnología recobrada guardaba relación con la patología del usuario, porque la documental aportada se encontraba incompleta o no refería la tecnología ordenada pese a no ser un fallo integral y la EPS no lo subsanó aun cuando tenía esa posibilidad y a pesar de que pretende hacerlo en esa instancia, bajo afirmaciones carentes de sustento, lo cierto es que ello no aconteció en el trámite de auditoría.

Esta causal de glosa se encuentra contenida en los códigos: **(i) 3502**: 1 registro, **(ii)3505**: 1 registro.

4.7.3. RELACIONADAS CON LA PRESCRIPCIÓN MÉDICA:

Glosa "La tecnología en salud No POS fue prescrita por el médico tratante del usuario":

4.7.3.1. Esta glosa puede responder entre otras cosas al incumplimiento de criterios tales como los dispuestos en las características de la prescripción de medicamentos definida en el artículo 16 del Decreto 2200 de 2005, y el contenido de la prescripción delimitado en el artículo 17 de este precepto normativo; o estar relacionada con el no haberse soportado de manera adecuada la tecnología ordenada y con evidencia; o tratarse de documental no aportada como: la prescripción o fórmula médica, resumen de la atención, epicrisis o historia clínica, o que habiéndose aportado resulten ilegibles o incompletas.

-De conformidad con lo dispuesto en el **literal a) del artículo 10 de la Resolución 5395 de 2013**, las tecnologías en salud no POS para la aprobación, por ejemplo del Comité Técnico Científico, requerían de la presentación por escrito del médico tratante de las prescripciones u órdenes médicas y su justificación, adjuntando la epicrisis o resumen de historia clínica del paciente, entre otros. De igual forma, para la presentación de solicitudes de recobro originadas en actas de Comité Técnico Científico se requería de estos soportes documentales según lo dispuesto los **artículos 14 y 15**, requisitos que debían ser verificados al momento de efectuar la auditoría.

-Adicionalmente el análisis se efectuaba atendiendo lo previsto en el **Decreto 2200 de 2005 "Por el cual se reglamenta el servicio farmacéutico y se dictan otras disposiciones"**, su finalidad era constatar que las tecnologías en salud fueran prescritas por el médico tratante del usuario y evitar pagos indebidos, la cual señalaba:

"Artículo 16. Características de la prescripción. Toda prescripción de medicamentos deberá hacerse por escrito, previa evaluación del paciente y registro de sus condiciones y diagnóstico en la historia clínica, utilizando para ello la Denominación Común Internacional (nombre genérico) y cumpliendo los siguientes requisitos:

1. Solo podrá hacerse por personal de salud debidamente autorizado de acuerdo con su competencia.
2. La prescripción debe ser en letra clara y legible, con las indicaciones necesarias para su administración.
3. Se hará en idioma español, en forma escrita ya sea por copia mecanográfica, medio electromagnético y/o computarizado.
4. No podrá contener enmendaduras o tachaduras, siglas, claves, signos secretos, abreviaturas o símbolos químicos, con la excepción de las abreviaturas aprobadas por el Comité de Farmacia y Terapéutica de la Institución.
5. La prescripción debe permitir la confrontación entre el medicamento prescrito y el medicamento dispensado (en el caso ambulatorio) y administrado (en el caso hospitalario) por parte del profesional a cargo del servicio farmacéutico y del Departamento de Enfermería o la dependencia que haga sus veces.
6. La prescripción debe permitir la correlación de los medicamentos prescritos con el diagnóstico.
7. La dosis de cada medicamento debe expresarse en el sistema métrico decimal y en casos especiales en unidades internacionales cuando se requiera.
8. Cuando se trate de preparaciones magistrales, además de los requisitos de prescripción, se debe especificar claramente cada uno de los componentes con su respectiva cantidad.

Artículo 17. Contenido de la prescripción. La prescripción del medicamento deberá realizarse en un formato el cual debe contener, como mínimo, los siguientes datos cuando estos apliquen:

1. Nombre del prestador de servicios de salud o profesional de la salud que prescribe, dirección y número telefónico o dirección electrónica.
2. Lugar y fecha de la prescripción.
3. Nombre del paciente y documento de identificación.
4. Número de la historia clínica.
5. Tipo de usuario (contributivo, subsidiado, particular, otro).
6. Nombre del medicamento expresado en la Denominación Común Internacional (nombre genérico).
7. Concentración y forma farmacéutica.
8. Vía de administración.
9. Dosis y frecuencia de administración.

10. Período de duración del tratamiento.
11. Cantidad total de unidades farmacéuticas requeridas para el tratamiento, en números y letras.
12. Indicaciones que a su juicio considere el prescriptor.
13. Vigencia de la prescripción.
14. Nombre y firma del prescriptor con su respectivo número de registro profesional."

-De conformidad con lo dispuesto en el literal a) del artículo 10 de la Resolución 5395 de 2013, las tecnologías en salud no POS para la aprobación, por ejemplo del Comité Técnico Científico, requerían de la presentación por escrito del médico tratante de las prescripciones u órdenes médicas y su justificación, adjuntando la epicrisis o resumen de historia clínica del paciente, entre otros.

4.7.3.2. Dentro de la auditoría en salud, jurídica y financiera se debía establecer si la tecnología en salud NO POS había sido prescrita por el médico tratante del usuario y para ello se evaluaban los soportes del recobro que debía aportar la entidad recobrante, así:

TIPO DE RECOBRO	ÁMBITO DE ATENCIÓN	CRITERIO DE AUDITORÍA
Recobros derivados de autorizaciones de CTC	Ambulatorio	Orden o fórmula médica, en que se evidencie el nombre o tipo y número de identificación del usuario; descripción de la tecnología, nombre o firma y registro del profesional tratante.
	Hospitalario	Orden, fórmula médica, resumen de atención, epicrisis o historia clínica, en los que se evidencie: el nombre o tipo y número de identificación del usuario; descripción de la tecnología, nombre o firma y registro del profesional tratante que elabora los documentos.
Recobros derivados de ordenaciones de fallos de tutela expresos	Ambulatorio / Hospitalario	Copia del fallo de tutela conforme a lo previsto en la Nota Externa 2014331001426683 emitida por la Dirección de Administración de Fondos de la Protección Social, en donde se evidencie el nombre o tipo y número de identificación del usuario y descripción de la tecnología.
Recobros derivados de ordenaciones de fallos de tutela integrales o no expresos	Ambulatorio / Hospitalario	Copia del fallo de tutela conforme a lo previsto en la Nota Externa 2014331001426683 emitida por la Dirección de Administración de Fondos de la Protección Social y formato de justificación médica de tecnologías en salud ordenadas por fallos de tutela que no sean expresos o que ordenen tratamiento integral, en donde el médico de la entidad justifica la conexidad de la tecnología recobrada con el fallo de tutela.

-Estos requisitos se debían verificar al momento de efectuar la auditoría de los recobros, por expresa disposición normativa y en cumplimiento de las obligaciones contractuales de mis representadas quienes debían validar el adecuado soporte probatorio y la justificación de las tecnologías en salud ordenadas. Adicionalmente, la prescripción médica permitía evidenciar y constatar que la tecnología en salud prescrita por el médico fuera la misma objeto de la solicitud de recobro y si ésta no se encontraba expresa en la orden médica, debía ser objeto de aplicación de estas glosas a fin de evitar pagos indebidos o incorrectos.

-En este orden de ideas, la parte actora no acreditó el cumplimiento de todos y cada uno de los requisitos normativos acá expuestos ni en el trámite administrativo ni en esta sede judicial donde tampoco se observan elementos que desvirtúen las glosas aplicadas más allá de su dicho.

-Esta glosa se aplicó en casos como los que a continuación se describen: (i)3304: 6 registros.

4.7.4. RELACIONADAS CON LA FACTURA O DOCUMENTO EQUIVALENTE:

Glosa: "La factura de venta o documento equivalente no se aporta o no contiene la información requerida"

4.7.4.1. Esta glosa se aplicó, de conformidad con lo establecido en el numeral 3 del artículo 13 y el artículo 16 de la Resolución 5395 de 2013, que disponían que además de los documentos generales de presentación del recobro también se debía acompañar el recobro de copia de la factura de venta o documento equivalente.

4.7.4.2. La factura constituye el título valor soporte de la generación de la obligación, es indispensable y necesaria para el fundamento de las solicitudes de recobro, pues es el

documento con el valor probatorio donde se puede verificar, entre otros aspectos que, la entidad recobrante adquirió las tecnologías en salud NO POS que está recobrando, por lo cual se reitera se trata de un requisito esencial para el reconocimiento y pago del recobro y no una mera formalidad, además la factura debe cumplir con todos y cada uno de los requisitos previstos en el artículo 16 de la Resolución 5395 de 2013.

4.7.4.3. Así las cosas, se aplicaban estas glosas entre otros eventos, cuando: (i) no se aportaba la factura se imponía esta glosa; o cuando se observaban circunstancias tales como las siguientes: (ii) la factura no registraba el nombre o identificación del afiliado al que se le suministro la Tecnología No POS; (iii) si no especificaba la descripción, el valor total, el valor unitario y cantidad de la tecnología en salud no POS; (iv) si era ilegible; (v) si no incorporaba el detalle de cargos expedido por el proveedor; (vi) si no desagregaba la tecnología suministrada a los diferentes usuarios, (vii) La factura no cumplía los requisitos normativos previstos en el Estatuto Tributario. Por lo tanto las recobros que ostentan esta causal en el trámite que nos ocupa, obedecen a la falta de acatamiento a las disposiciones normativas en ese sentido por parte de la entidad recobrante.

-Las glosas aplicadas por ese concepto se encuentran contenidas en los códigos de glosa: (i) 3704: 10 registros, (ii) 0402: 1 registro, (iii) 0404:1 registro.

4.7.5. RELACIONADAS CON FALENCIAS EN EL VALOR DEL RECOBRO:

Glosas “El valor recobrado no se encuentra debidamente liquidado, soportado y conforme a la regulación vigente.”:

4.7.5.1. Esta causal está enfocada en que el valor recobrado no se encontraba debidamente liquidado, soportado y conforme a la regulación vigente y en consecuencia el valor a reconocer presentaba diferencias respecto al valor recobrado. Es preciso indicar que el monto a reconocer y pagar por recobros de tecnologías en salud NO POS, se determina sobre el precio de compra al proveedor, soportado en la factura de venta o documento equivalente, por lo tanto en los eventos que se evidenciaban falencias, su resultado era aprobado con reliquidación.

4.7.5.1.1. La Resolución 5395 del 2013 en el artículo 40, precisaba el monto a reconocer y pagar por concepto de tecnologías no POS y continuación se presentan algunas situaciones que se podían presentar y daban lugar a la aplicación de la glosa:

- ❖ El valor recobrado es mayor al valor liquidado conforme a lo establecido en el Artículo 40 de la Resolución 5395 de 2013, por lo tanto, se reliquida y se glosa la diferencia..

La cantidad facturada corresponde con lo autorizado por el CTC o lo ordenado en el fallo de tutela, se reconoce unidades correspondientes a la cantidad de la tecnología en salud ordenada por el CTC o autorizado por el fallo de tutela, glosándose la diferencia.

- ❖ La cantidad facturada de la tecnología corresponde a la cantidad establecida en el plan de beneficios, se reconoce unidades correspondientes a la tecnología en salud NO POS, las demás unidades recobradas se glosan dado que están incluidas en el POS.

- ❖ El valor del medicamento, dispositivo médico recobrado por la entidad recobrante, es superior al que se encuentra regulado por la Comisión Nacional de Precios de Medicamentos y Dispositivos médicos, se glosa la diferencia.

- ❖ El valor de la tecnología en salud recobrada, es mayor al valor máximo establecido, se glosa la diferencia.

- ❖ Al realizar el cálculo u operación matemática para obtener el resultado de aquellos medicamentos recobrados con comparador administrativo, se llegase a presentar error, se glosará la diferencia.

- ❖ Al realizar el cálculo u operación matemática para obtener el resultado de aquellos procedimientos recobrados con comparador administrativo, se llegase a presentar error, se glosará la diferencia.
- ❖ Al realizar el cálculo u operación matemática para establecer el valor del medicamento que reemplaza o sustituye aquellos sin comparador administrativo, se llegase a presentar error, se glosará la diferencia.
- ❖ Si el resultado de la operación matemática para establecer el valor del procedimiento realizado bajo diferente tecnología y/o vía quirúrgica que los reemplaza o sustituye, llegase a presentar error, se glosará la diferencia.
- ❖ Los valores recobrados son superiores al 50% del valor facturado por el proveedor, cuando la tecnología en salud o servicio no fue tramitado por el CTC de la entidad recobrante y fue ordenado mediante fallo de tutela hasta el 18 de enero del 2011.
- ❖ Los valores recobrados son superiores al 85% del valor facturado por el proveedor, cuando la tecnología en salud o servicio no fue aprobada por el CTC de la entidad recobrante y fue ordenado mediante fallo de tutela hasta el 18 de enero del 2011.
- ❖ En consecuencia, esta causal se impone con el propósito evitar pagos indebidos, es decir, que se les reconozca a las entidades promotoras de salud valores superiores a los que tienen derecho o que se entienden ya incluidos en el Plan de Beneficios. Por lo anterior, es preciso señalar que como consecuencia de la aplicación de esta glosa, el recobro se aprueba por un valor diferente al solicitado.

-Estas circunstancias se evidencia en las glosas: (i) 4201 en 6 registros.

4.7.6. GLOSAS EN LAS CUALES LO RECOBRADO NO CORRESPONDE AL FOSYGA:

Glosa: "El reconocimiento de la tecnología en salud recobrada no corresponde al FOSYGA":

4.7.6.1. Esta causal de glosa se aplicó en virtud de lo previsto en la Resolución 5395 de 2013, como quiera que el objeto de dicha resolución era indicar el procedimiento para presentar los recobros cuando, conforme a la normativa vigente o a decisiones judiciales, debían ser reconocidos y pagados por el Fondo de Solidaridad y Garantía -FOSYGA, es decir, que si el pago no le correspondía a este lógicamente era causal de aplicación de la glosa correspondiente.

Al respecto, según el Manual de Auditoría, se verificaban los criterios que se señalan a continuación:

CRITERIO DE AUDITORIA - PREGUNTA ORIENTADORA	SOPORTE / FUENTE DE VALIDACIÓN	DETALLE DE LA GLOSA
¿El fallo de tutela que ordena prestaciones económicas otorga de manera expresa el recobro al FOSYGA?	Fallo de tutela	3801 El fallo no otorga de manera expresa recobro al FOSYGA por prestaciones económicas y además éstas se reconocen de acuerdo con el procedimiento descrito en Nota Externa 201433210469851 del 7 de abril de 2014
Si el paciente corresponde al régimen subsidiado, especial o excepcional ¿El fallo de tutela otorga el recobro al FOSYGA de manera expresa?	Fallo de tutela	3802 El fallo de tutela a favor de usuario del régimen subsidiado, especial o excepcional no otorga de manera expresa recobro al FOSYGA
¿La tecnología en salud NO POS es consecuencia de un accidente de tránsito?	<ul style="list-style-type: none"> • Fallo de tutela • Acta de CTC • Certificado de agotamiento de cobertura ECAT y de la aseguradora del vehículo 	3803 La Tecnología en salud NO POS es consecuencia de un accidente de tránsito y aún no se ha agotado la cobertura SOAT.
¿La tecnología en salud NO POS es consecuencia de un accidente de trabajo o de una enfermedad de origen laboral?	<ul style="list-style-type: none"> • Fallo de tutela • Acta de CTC 	3804 La Tecnología en salud NO POS es consecuencia de un accidente de trabajo o de una enfermedad de origen laboral.

CRITERIO DE AUDITORIA - PREGUNTA ORIENTADORA	SOPORTE / FUENTE DE VALIDACIÓN	DETALLE DE LA GLOSA
¿La tecnología recobrada corresponde a una prestación no financiada con recursos del SGSSS?	<ul style="list-style-type: none"> • Fallo de tutela • Acta de CTC • Formato de justificación médica de tecnologías en salud ordenadas por fallos de tutela que no sean expresos o que ordenen tratamiento integral. 	3805 La tecnología recobrada objeto de la solicitud corresponde a una prestación no financiada con recursos del SGSSS y no se encuentra ordenada de manera expresa en el fallo de tutela o tratándose de fallos de tutela integrales no se adjunta el Formato de justificación médica de tecnologías en salud ordenadas por fallos de tutela que no sean expresos o que ordenen tratamiento integral con o sin comparador administrativo.

4.7.6.2. En cuanto al criterio de auditoría por el cual se verificaba si correspondía a una prestación no financiada con recursos del SGSSS que no se encontraba ordenada de manera expresa en el fallo de tutela o tratándose de fallos de tutela integrales no se adjuntaba el Formato de justificación médica, la descripción específica se encuentra en la causal de glosa denominada “Lo recobrado corresponde a una exclusión del POS y no se encuentra debidamente justificada en el Acta de CTC u ordenada expresamente en el fallo de tutela”.

Por lo tanto, teniendo en cuenta la presunción de legalidad de los actos administrativos, era obligación legal y contractual de la Unión Temporal FOSYGA 2014 dar cumplimiento a la normativa vigente e invocar la correspondiente causal de glosa, en el entendido que los recobros no cumplieron con los requisitos legales respecto al termino para la presentación de los recobros que fue previsto por el legislador para brindar seguridad jurídica.

Esta causal de glosa se encuentra contenida en los códigos: **(i) 3805:** 54 registros.

-Para el asunto que nos ocupa, se trata de prestaciones que en principio NO son financiables con los recursos de salud pues fue hasta la expedición de la **Nota Externa 201433200296523** que se indicó que frente a estas tecnologías procedería el eventual reconocimiento y pago de los recobros, previa aprobación en el proceso de auditoría y cumplimiento de los criterios allí señalados, siempre y cuando no se tratara de exclusiones del POS definidas **por el artículo 154 de la Ley 1450 de 2011**, es decir, si se trataba de tecnologías incorporadas en esta norma como no financiables no aplicaba el reconocimiento.

-Según la nota externa en cita, el reconocimiento y pago de los recobros derivados de fallos de tutela se efectuaría en caso que: **(i)** los servicios estuvieran autorizados expresamente en el fallo de tutela, por lo que si no se encontraba expreso esto daba lugar a la imposición de la correspondiente glosa. Adicionalmente, señalaba que **(ii)** en el caso de fallos integrales o no expresos, en la presentación del recobro se debía aportar diligenciado el formato de Justificación Médica de tecnologías en salud ordenados por fallos de tutela, por lo que si no se cumplía con esta exigencia se aplicaba la glosa correspondiente.

-Ahora bien, **en la Nota Externa 201433200296233, del 10 de noviembre de 2014**, que se proferió según el examen efectuado por el Comité de Definición de Criterios y Lineamientos Técnicos para el Reconocimiento de Tecnologías en Salud NO POS, en cumplimiento de las funciones previstas en los numerales 3 y 4 del Artículo 46 de la Resolución 5395 de 2013, al analizar los temas de exclusiones del POS y prestaciones que no podían ser financiadas por el SGSSS, señaló lo siguiente para los servicios que involucraban las **terapias con animales y musicoterapia:**

HIPOTERAPIA, EQUINOTERAPIA TERAPIA CON EQUINOS	O	Servicios experimentales sin evidencia científica. Se aplica Art. 154 Ley 1450 de 2011 y no procede el recobro, salvo fallo de tutela de acuerdo con lo definido en la presente Nota Externa.
MUSICOTERAPIA		Servicios experimentales sin evidencia científica. Se aplica Art. 154 Ley 1450 de 2011 y no procede el recobro, salvo fallo de tutela de acuerdo con lo definido en la presente Nota Externa.

-Las Notas Externas proferidas por el Ministerio de Salud, incorporan conceptos, lineamientos técnicos y decisiones adoptadas por dicho ente ministerial, los cuales no podían ser desconocidos por las firmas auditoras. En este sentido, es importante precisar que las notas

externas de divergencias recurrentes corresponden a actos administrativos propios de la normatividad que regula el trámite de recobros al FOSYGA, a través de las cuales se precisaron algunos lineamientos y criterios técnicos respecto a las exclusiones del POS y prestaciones que no podían ser financiadas con recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud (SGSSS), por lo que resulta imperioso acudir a estas para la correcta determinación los eventos en que el servicio responde o no a tecnologías POS, no POS o exclusiones.

4.7.6.3. TERAPIAS ASISTIDAS CON ANIMALES- MUSICOTERAPIA- TERAPIAS EDUCATIVAS ENTRE OTRAS:

-Como en la presente demanda se recobran diversos tipos de terapias educacionales, o con animales, entre otras, que corresponden a terapias de tipo experimental y que no tienen un componente en salud, a continuación, se hace una mención puntual a estos servicios contenidos en las referencias normativas aplicables para el caso en concreto, demostrando que inclusive con anterioridad a la expedición de las Notas Externas ya eran consideradas como exclusiones imposibles de financiar con los recursos del Sistema:

➤ **Acuerdo 008 de 2009:**

“ARTÍCULO 10. PRINCIPIOS PARA LAS EXCLUSIONES. Los criterios generales de exclusiones explícitas de los Planes Obligatorios de Salud son los siguientes:

(...)5. Actividades, procedimientos e intervenciones de carácter educativo, instruccional o de capacitación que se lleven a cabo durante el proceso de rehabilitación social o laboral, con excepción de los necesarios para el manejo médico de las enfermedades y sus secuelas, siempre y cuando se acredite la efectividad de su evidencia clínica. (...)

ARTÍCULO 54. EXCLUSIONES EN EL RÉGIMEN CONTRIBUTIVO. El POS-C tiene las siguientes exclusiones y limitaciones, acorde con lo estipulado en el artículo 000 <sic, 10>, del presente acuerdo:

(...)13. Actividades, procedimientos e intervenciones de carácter educativo, instruccional o de capacitación, que se lleven a cabo durante el proceso de rehabilitación, distintos a los necesarios de acuerdo a evidencia clínica debidamente demostrada para el manejo médico de las enfermedades y sus secuelas. (...)

➤ **Acuerdo 029 de 2011** por su parte, indicó:

ARTICULO 6 Los criterios generales para las exclusiones explícitas del Plan Obligatorio de Salud son los siguientes:

... 2. La tecnología en salud de carácter experimental o sobre la cual no exista evidencia científica, de seguridad o costo efectividad, o que no haya sido reconocida por las autoridades nacionales competentes.

3. La tecnología en salud que se utiliza con fines educativos, instruccionales o de capacitación durante el proceso de rehabilitación social o laboral...

ARTÍCULO 49. EXCLUSIONES EN EL PLAN OBLIGATORIO DE SALUD. Se encuentran excluidas del Plan Obligatorio de Salud las siguientes tecnologías en salud:

...13. Tecnologías en salud de carácter educativo, instruccional o de capacitación, que se lleven a cabo durante el proceso de rehabilitación, distintas a las necesarias de acuerdo a la evidencia clínica debidamente demostrada para el manejo médico de las enfermedades y sus secuelas.

-En el **artículo 154 de la Ley 1450 de 2011**, “Por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo, 2010-2014”, se adopta por definición de las prestaciones no financiadas por el Sistema de Salud la siguiente:

“el conjunto de actividades, intervenciones, procedimientos, servicios, tratamientos, medicamentos y otras tecnologías médicas que no podrán ser reconocidas con cargo a los recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud de acuerdo con el listado que elabore la Comisión de Regulación en Salud –

CRES-. Esta categoría incluye las prestaciones suntuarias, las exclusivamente cosméticas, las experimentales sin evidencia científica, aquellas que se ofrezcan por fuera del territorio colombiano y las que no sean propias del ámbito de la salud. Los usos no autorizados por la autoridad competente en el caso de medicamentos y dispositivos continuarán por fuera del ámbito de financiación del Sistema General de Seguridad Social en Salud. Mientras el Gobierno Nacional no reglamente la materia, subsistirán las disposiciones reglamentarias vigentes."

-En la **Sentencia T- 233 de 2012**, M.P.: Gabriel Eduardo Mendoza, a pesar de que en algunos apartes se confunde la definición de prestaciones NO POS con la de exclusiones del plan de beneficios, sí permite concluir la justificación legal y constitucional para la existencia de exclusiones del POS, al señalar: "De este modo, la evidente escasez de recursos de un país en vía de desarrollo como Colombia exige, desde todo punto de vista, la determinación de prioridades en materia de seguridad social, de tal manera que se establezcan límites en cuanto a los contenidos del POS, siendo excluidos del mismo, todas aquellas prestaciones que no tengan como fin primario satisfacer necesidades elementales en salud". Así mismo se resaltan los siguientes argumentos señalados por la Alta Corporación para negar una prestación que entendió como excluida del plan de beneficios:

"Como ya se indicó en acápites anteriores, el derecho a la seguridad social en salud está sujeto al principio de universalidad, ello implica que su garantía se predica de todas las personas, sin distinción alguna. Siendo así, las políticas públicas, los desarrollos legislativos, la prestación de los servicios y la dirección, coordinación y control por parte del Estado, debe orientarse por un necesario criterio de racionalidad, de modo tal que se establezcan prioridades en materia de salud, siendo excluidos todos aquellos servicios no prioritarios, que si bien pueden contribuir al mejoramiento de la salud, no resultan determinantes en dicho objetivo, y que pueden ser sustituidos por otros que cumplen un propósito similar.

Por esa razón, la Corte ha señalado, en forma categórica, que brindar ciertos servicios que no se perfilan hacia ese fin y, además, representan un alto costo para el sistema de salud, supone necesariamente una reducción en el presupuesto destinado a cubrir otras prestaciones que se consideran prioritarias, en tanto que son esenciales para garantizar el derecho a la vida de quien las requiere con necesidad.

Piénsese, por ejemplo, en el caso de personas que necesitan con urgencia tratamientos de alto costo, de forma continua y permanente, como hemodiálisis, quimioterapias, radioterapias, tratamientos para el VIH o que necesitan algún tipo de trasplante. Si los escasos recursos del sistema se destinaran, en parte, a proporcionar elementos de última tecnología en pacientes con algún grado de discapacidad, como sucede en el presente caso, y cuya falta de suministro no altera sus condiciones de existencia, muy seguramente el sistema no contaría con los recursos suficientes para proporcionar a los usuarios los tratamientos de alto costo que demandan, con grave afectación de sus derechos fundamentales a la vida y a la salud.

En otras palabras, si el Plan Obligatorio de Salud fuera ilimitado, es decir, comprendiera todo tipo de prestaciones, incluidas aquellas de orden estético o cosmético, prótesis ortopédicas de alta tecnología, entre otros, que no se consideran vitales, no sería posible garantizar su cubrimiento a toda la población, ni siquiera en las limitadas condiciones en las que hoy se ejecuta, pues el imperativo de brindar atención integral en salud, conllevaría el agotamiento de los recursos estatales si solo se garantiza ese derecho a ciertos sectores de la población.

A este respecto, conviene reiterar que la determinación de excluir ciertos servicios o prestaciones del POS, constituye un legítimo ejercicio de la libertad de configuración normativa en materia de salud, lo cual resulta coherente con la necesidad de implementar un sistema de seguridad social que guarde correspondencia con el principio de universalidad, es decir, que procure su garantía a todas las personas que lo requieran".

-En concordancia con lo señalado, el artículo 15 de la Ley Estatutaria 1751 de 2015, "Por medio de la cual se regula el derecho fundamental a la salud y se dictan otras disposiciones" indica:

ARTÍCULO 15. PRESTACIONES DE SALUD. El Sistema garantizará el derecho fundamental a la salud a través de la prestación de servicios y tecnologías, estructurados sobre una concepción integral de la salud, que incluya su promoción, la prevención, la paliación, la atención de la enfermedad y rehabilitación de sus secuelas.

En todo caso, los recursos públicos asignados a la salud no podrán destinarse a financiar servicios y tecnologías en los que se advierta alguno de los siguientes criterios:

- a) Que tengan como finalidad principal un propósito cosmético o **suntuario no relacionado con la recuperación o mantenimiento de la capacidad funcional o vital de las personas;**
- b) Que no exista evidencia científica sobre su seguridad y eficacia clínica;
- c) Que no exista evidencia científica sobre su efectividad clínica;
- d) Que su uso no haya sido autorizado por la autoridad competente;
- e) **Que se encuentren en fase de experimentación;**
- f) Que tengan que ser prestados en el exterior.

Los servicios o tecnologías que cumplan con esos criterios serán explícitamente excluidos por el Ministerio de Salud y Protección Social o la autoridad competente que determine la ley ordinaria, previo un procedimiento técnico científico, de carácter público, colectivo, participativo y transparente. En cualquier caso, se deberá evaluar y considerar el criterio de expertos independientes de alto nivel, de las asociaciones profesionales de la especialidad correspondiente y de los pacientes que serían potencialmente afectados con la decisión de exclusión. Las decisiones de exclusión no podrán resultar en el fraccionamiento de un servicio de salud previamente cubierto, y ser contrarias al principio de integralidad e interculturalidad.

Para ampliar progresivamente los beneficios la ley ordinaria determinará un mecanismo técnico-científico, de carácter público, colectivo, participativo y transparente.

La exequibilidad del artículo 15 fue analizada en la Sentencia C- 313 de 2014, mediante la cual la H. Corte Constitucional resaltó: "la definición de exclusiones resulta congruente con un concepto del servicio de salud, en el cual la inclusión de todos los servicios, tecnologías y demás se constituye en regla y las exclusiones en la excepción". Apreciándose a lo largo de la normatividad señalada e inclusive de la interpretación jurisprudencial que existen exclusiones expresas, las cuales son imposibles de financiar.

Para ratificar lo anterior, el Ministerio de Salud y Protección Social, **profirió la Nota Externa 201433200296523, el 10 de noviembre de 2014**, en la que se indicó en el numeral 2, que los servicios o tecnologías que se encuentren listados como exclusiones del POS y que además correspondan a prestaciones que no pueden ser financiadas con recursos del SGSSS de conformidad con lo previsto en el Artículo 154 de la Ley 1450 de 2011 (tabla 2), no se reconocerán ni pagarán mediante el mecanismo del recobro y por lo tanto, los CTC no tienen facultad para autorizarlos. En esta tabla se contemplaron las siguientes tecnologías, ya contempladas en este escrito:

SERVICIOS QUE NO PUEDEN SER FINANCIADOS POR EL SISTEMA ARTICULO 154 DE LA LEY 1450 DE 2011	LISTADO DE EXCLUSIONES DEL POS ARTICULO 130 DE LA RESOLUCION 5521 DE 2013
Servicios experimentales sin evidencia científica	Tecnologías o tratamientos experimentales para cualquier tipo de enfermedad Tecnologías en salud (medicamentos y dispositivos) sobre las cuales el INVIMA como autoridad competente haya recomendado su retiro del mercado o no haya sido reconocida por las autoridades competentes Tecnologías en salud sobre la cual no exista evidencia científica, de seguridad o costo efectividad o que tengan alertas de seguridad o falta de efectividad que recomienden su retiro del mercado, de acuerdo con la normatividad vigente
Servicios que no sean propios del ámbito de la salud	Tecnologías en salud cuya finalidad no sea la promoción de la salud, prevención, diagnóstico, tratamiento, rehabilitación o paliación de la enfermedad Tecnologías de carácter educativo, instructivo o de capacitación, que se lleven a cabo durante el proceso de rehabilitación social o laboral y no corresponden al ámbito de la salud aunque sean realizadas por personal del área de la salud. Internación en instituciones educativas Atenciones de balneoterapia La atención financiada con recursos diferentes a los del POS y bienes y servicios que no correspondan al ámbito de la salud

-En adición a lo anterior, en la **Nota Externa No. 201433200296233**, se establecieron como criterios de auditoría los siguiente:

TECNOLOGÍA EN SALUD RADICADA COMO DIVERGENCIA RECURRENTE	CRITERIO ADOPTADO POR EL COMITÉ DE DEFINICIÓN DE CRITERIOS Y LINEAMIENTOS TÉCNICOS PARA EL RECONOCIMIENTO DE TECNOLOGÍAS EN SALUD NO POS
HIPOTERAPIA, EQUINOTERAPIA O TERAPIA CON EQUINOS	Servicios experimentales sin evidencia científica. Se aplica Art. 154 Ley 1450 de 2011 y no procede el recobro, salvo fallo de tutela de acuerdo con lo definido en la presente Nota Externa.
MUSICOTERAPIA	Servicios experimentales sin evidencia científica. Se aplica Art. 154 Ley 1450 de 2011 y no procede el recobro, salvo fallo de tutela de acuerdo con lo definido en la presente Nota Externa.
TERAPIA ASISTIDA CON PERROS	Servicios experimentales sin evidencia científica. Se aplica Art. 154 Ley 1450 de 2011 y no procede el recobro salvo fallo de tutela de acuerdo con lo definido en la presente Nota Externa.

5. EXCEPCIONES

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

5.1. FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA DE LA UNIÓN TEMPORAL FOSYGA 2014- INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN DE PAGO CON RECURSOS PROPIOS POR PARTE DE LA UNIÓN TEMPORAL:

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

Como lo ha determinado el Consejo de Estado, "el análisis sobre la legitimación material en la causa se contrae a dilucidar **si existe, o no, relación real de la parte demandada o de la demandante con la pretensión que ésta fórmula o la defensa que aquella realiza, pues la existencia de tal relación constituye condición anterior y necesaria para dictar sentencia de mérito favorable a una o a otra.** En consonancia con lo anterior, se ha indicado que la falta de legitimación en la causa no impide al fallador pronunciarse de fondo sobre el petitum de la demanda, comoquiera que la aludida legitimación constituye un elemento de la pretensión y no de la acción, en la medida en que se trata de "... una condición propia del derecho sustancial y no una condición procesal, que, cuando no se dirige

correctamente contra el demandado, constituye razón suficiente para decidir el proceso adversamente a los intereses del demandante, por no encontrarse demostrada la imputación del daño a la parte demandada" (énfasis agregado)⁷.

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

5.1.2.1 La relación de mis representadas tan solo se predicaba con el Ministerio- ADRES, **la cual no es oponible a terceros**, es la Administración la directa responsable ante estos, como así lo ha indicado en reiteradas ocasiones el H. Consejo de Estado a manera de ejemplo se citan los siguientes pronunciamientos en sus apartes pertinentes:

"11. Frente a la responsabilidad extracontractual derivada del contrato estatal, la jurisprudencia ha sostenido que se le puede imputar el daño al Estado con fundamento en que cuando la administración contrata una obra pública es como si ella la ejecutara directamente. Además es la dueña de la obra, porque afecta el patrimonio público y su realización obedece a razones del servicio público.⁸

(...) "Aunque el contratista no se convierte en agente de la administración ni en su funcionario, es ella misma la que actúa y por ende su responsabilidad es directa".⁹

5.1.2.2. En otro pronunciamiento, la misma Corporación indicó respecto de la responsabilidad ante terceros:

"Mas recientemente se precisó que la realización de una actividad por conducto de un contratista se asimila a aquellos casos en que la administración realiza directamente la actividad, dado que todas estas obedecen a la necesidad de satisfacer intereses generales, al tiempo que no son oponibles a terceros los pactos de indemnidad suscritos con los contratistas. Ha dicho la Sección¹⁰:

Como de manera uniforme lo ha indicado esta Sala, no son infrecuentes los casos en que un daño antijurídico resulta del proceder -por acción u omisión- de un tercero contratista del Estado. En estos eventos, vale decir, cuando la administración contrata a un tercero para la ejecución de una obra pública, la jurisprudencia tiene determinado -desde 1985- que los eventos relacionados con daños a terceros con ocasión de la ejecución de obras públicas con el concurso de contratistas, comprometen la responsabilidad de la Administración Pública, porque: i) es tanto como si la misma Administración la ejecutara directamente, ii) la Administración es siempre la dueña o titular de la obra pública, iii) la realización de las obras siempre obedece a razones de servicio y de interés general, iv) No son oponibles a terceros los pactos de indemnidad que celebre con el contratista, esto es, exonerarse de responsabilidad extracontractual frente a esos terceros, en tanto la Administración debe responder si el servicio no funcionó, funcionó mal. En estos eventos se configura la responsabilidad del Estado por la actuación de su contratista bajo el título de imputación de falta o falla del servicio y por lo mismo debe asumir la responsabilidad derivada de los perjuicios que puedan llegar a infligirse con ocasión de los referidos trabajos, puesto que se entiende como si la administración hubiese dado lugar al daño antijurídico" (subrayado fuera de texto).

5.1.2.3. Así las cosas, mis representadas tan solo respondían en calidad de contratistas a la contratante en la medida que la causa jurídica fuera su comportamiento como colaborador de la Administración, sin embargo es del caso precisar que **la actividad desplegada por la Unión Temporal era una actividad de consultoría de carácter intelectual, sin administración de recursos ni desplazamiento de obligación de pago con recursos propios, de la cual no se predicaba por tanto ningún tipo de responsabilidad patrimonial ni fungieron en calidad de garantes de la Administración, pues se insiste, no se puede perder de vista que en estos casos la actividad del contratista se asimila a aquellos en que la**

⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Expediente No. 70001-23-31-000-1995-05072-01 (17720).

⁸ Cita Original: Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 9 de octubre de 1985, Rad. 4.556 [fundamento jurídico párrafo 9] en Antología Jurisprudencias y Conceptos, Consejo de Estado 1817-2017 Sección Tercera Tomo B, Bogotá, Imprenta Nacional, 2018, pp. 616-618, disponible en <https://bit.ly/3qFJl0n>

⁹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección C. Sentencia de 13 de Julio de 2020. Exp. 47.956. C.P. Guillermo Sánchez Luque.

¹⁰ Cita del Original: Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia de 20 de septiembre de 2007. Exp. 21322.

administración la realiza directamente y por lo tanto frente a terceros la responsable es la entidad pública contratante y no el particular contratista.

5.1.2.4. Es decir que las sociedades que integraron la Unión Temporal eventualmente responderían frente al Ministerio de Salud y Protección Social, ahora ante la ADRES, en su calidad de contratistas del Estado y su remota responsabilidad derivaría de la ejecución de las obligaciones relacionadas con el objeto y alcance de los servicios contratados por el Ministerio, y frente a un caso de incumplimiento contractual, el cual se desarrollaría al tenor de las normas de contratación estatal plenamente aplicables y a instancias del juez natural del contrato estatal.

Sin embargo, el contrato 043 de 2013 con el cual la Unión Temporal FOSYGA 2014 fungió como ente auditor en el SGSSS se liquidó de forma bilateral desde el año 2020, sin la incorporación de salvedades específicas, con lo que se concluye que ninguna responsabilidad les asiste a mis representadas.

5.2. INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN DE PAGO CON RECURSOS PROPIOS POR PARTE DE LA UTF 2014 – EL ORIGEN DE LOS RECURSOS CON LOS QUE SE FINANCIAN LOS RECOBROS ESTÁ LEGAL Y JURISPRUDENCIALMENTE DETERMINADO:

5.2.1. Aunado a los argumentos expuestos en la excepción anterior, es preciso indicar que la **obligación de pago** de los recobros NO PBS se encuentra expresamente radicada, y de manera exclusiva, en cabeza del Ministerio, con cargo al entonces FOSYGA (hoy ADRES) y no de la Unión Temporal ni de cada una de las sociedades que la conforman.

Aún con independencia que el Ministerio haya contratado la realización de la auditoría integral sobre las solicitudes radicadas, es en éste y ahora en la ADRES en quien recae la obligación de pagar los recobros, sin que pueda entenderse que, en virtud de la relación contractual, esta obligación se desplace y se radique en la Unión Temporal o se extienda y los cobije a ambos por igual.

5.2.2. Así las cosas, no solamente le corresponde al Ministerio ahora la ADRES pagar las solicitudes de recobro, sino que la propia ley le indica con cuáles recursos debe hacerlo, los cuales ciertamente no son los de las sociedades que conformaron la Unión Temporal FOYSGA 2014.

Para la fecha de los hechos objeto de pronunciamiento, los recursos con los cuales se reconocían los recobros por prestaciones no incluidas en el PBS del Sistema General de Seguridad Social en Salud provenían del entonces FOSYGA (hoy de la ADRES). La determinación del origen de dichos recursos ha sido claramente definida en las normas que regularon el trámite durante la ejecución del Contrato de Consultoría No. 043 de 2013 (*cji*- Resoluciones 5395 de 2013 y 3951 de 2016- incluidas sus modificaciones y adiciones) y la jurisprudencia constitucional (*cji*- Sentencias SU- 480 de 1997 y T-760 de 2008).

Resulta necesario insistir en que tanto en las normas que determinaron el origen como la administración de los recursos del Sistema, así como aquellas que regularon el trámite de los recobros durante la ejecución del Contrato de Consultoría No. 043 de 2013, dan cuenta que estas actividades se encontraban en cabeza del ente rector del Sistema y no de particulares como las sociedades acá llamadas en garantía y de igual forma se cuenta con jurisprudencia constitucional que así lo refiere. A continuación, se relacionan algunas de ellas:

5.2.2.1. Decreto Número 4474 de 2010: *“Por el cual se adoptan medidas para establecer el valor máximo para el reconocimiento y pago de recobro de medicamentos con cargo a los recursos del Fondo de Solidaridad y Garantía - FOSYGA”*

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

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

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

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

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

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

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

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

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

(...)

Estos recursos se destinarán a:

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

(...)

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

5.2.2.5. Sentencia T-760-2008:

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

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

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

5.2.2.6. Sentencia C-463-2008:

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

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

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

5.2.2.7. Sentencia C-316-2008:

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

5.2.2.8. Sentencia C- 607 de 2012:

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

7.1. Recursos del sistema

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

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

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

Por consiguiente, forman parte de él:

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

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

c) Además los aportes del presupuesto nacional.

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

Como es sabido, los recursos parafiscales "son recursos públicos, pertenecen al Estado, aunque están destinados a favorecer solamente al grupo, gremio o sector que los tributa", por eso se invierten exclusivamente en beneficio de éstos. **Significa lo anterior que las cotizaciones que hacen los usuarios del sistema de salud, al igual que, como ya se dijo, toda clase de tarifas, copagos, bonificaciones y similares y los aportes del presupuesto nacional, son dineros públicos que las EPS y el Fondo de solidaridad y garantía administran sin que en ningún instante se confundan ni con patrimonio de la EPS, ni con el presupuesto nacional o de entidades territoriales, porque no dependen de circunstancias distintas a la atención al afiliado."**

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

5.2.4. Para el caso, la auditoría de los recobros objeto de demanda la efectuaron la Unión Temporal FOSYGA 2014 y la ADRES, la segunda en vigencia del Contrato No. 043 de 2013, según el cual, la auditoría en salud, jurídica y financiera de las solicitudes de recobro constituía un mecanismo previo para definir sobre el reconocimiento de éstos, los cuales, en etapa posterior, serían pagados por el administrador de los recursos del entonces FOSYGA (hoy ADRES), con recursos propios de dicha cuenta, si se cumple el lleno de requisitos de la normatividad vigente.

5.2.5. La UTF2014, realizó la auditoría de los recobros como resultado de las actividades propias de un contratista del Ministerio, cuya labor se circunscribía a cumplir la función contractual de auditaría de las solicitudes radicadas por las entidades recobrantes, de manera que no administraba las subcuentas del entonces FOSYGA (ADRES), no le correspondía efectuar el pago de los recobros con cargo a las mismas y, mucho menos, realizar el pago empleando su propio patrimonio.

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

*“De otra parte, en lo que se refiere a la condena que solidariamente se impartió a la UNIÓN TEMPORAL NUEVO FOSYGA, se considera que **no hay lugar a la misma, como quiera que las normas que regulan el pago de los recobros y/o reembolso de los costos de los servicios de salud no POS a favor de las EPS, como ya se indicó al inicio de estas consideraciones, está a cargo del Fondo de Solidaridad y Garantía, FOSYGA con recursos propios (...)**”¹¹ (Negrita fuera del texto original)*

5.2.7. En similar sentido, se pronunció esa misma Corporación, Magistrada Ponente: Marleny Rueda Olarte, radicado No. 11001220500020180002701, en sentencia de 16 de abril de 2018¹², mediante la cual modificó la decisión de 28 de julio de 2017, proferida por el Superintendente Delegado para la Función Jurisdiccional y de Conciliación de la Superintendencia Nacional de Salud, al señalar lo siguiente:

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

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

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

5.2.8. Por su parte, la Superintendente Delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación, sentencia de primera instancia proferida el 17 de septiembre de 2018, dentro del proceso J-2015-0792, iniciado por Famisanar, declaró probada la excepción de inexistencia de la obligación de pago con recursos propios por parte de la Unión Temporal Nuevo FOSYGA, para tal efecto, señaló que su entendimiento sobre la responsabilidad solidaria cambió en atención a los fallos de segunda instancia del Tribunal Superior de Bogotá proferidos al respecto, fundamentos que fueron reiterados en la Sentencia J- 2015-0367 proferida el 20 de diciembre de 2018 y en su tenor literal señaló:

:

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

“(…) DÉCIMO: DENEGAR las pretensiones de la demanda frente a la UNIÓN TEMPORAL NUEVO FOSYGA (integrada por CARVAJAL TECNOLOGÍA Y SERVICIOS S.A.S., GRUPO ASESORÍA EN SISTEMATIZACIÓN DE DATOS S.A.S., SERVIS OUTSORCING INFORMÁTICO

¹¹ TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ D.C. – Sala Laboral. Magistrada Ponente: María Isabel Arango Secker. Radicado: 11001-31-05-000-2017-002075-01. Demandante: Entidad Promotora de Salud FAMISANAR CAFAM – Colsubsidio Ltda. Demandado: Ministerio de Salud y Protección Social – Fiduciaria Colombiana de Comercio Exterior S.A. – Fidulcodex – Fiduciaria La Previsora S.A. – Asesoría en Información de Datos S.A. – Servis Outsourcing Informático S.A. y Assenda S.A.S. Bogotá, D.C. 24 de abril de 2018.

¹² TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ D.C. – Sala Laboral. Magistrada Ponente: Marleny Rueda Olarte. Radicado: 11001-31-05-000-2018-00027-01. Demandante: Entidad Promotora de Salud FAMISANAR CAFAM – Colsubsidio Ltda. Demandado: Ministerio de Salud y Protección Social – Fiduciaria Colombiana de Comercio Exterior S.A. – Fidulcodex – Fiduciaria La Previsora S.A. – Asesoría en Información de Datos S.A. – Servis Outsourcing Informático S.A. y Assenda S.A.S. Bogotá, D.C. 16 de abril de 2018.

S.A.S) al prosperar la excepción de Inexistencia de la obligación de pago con recursos propios por parte de la Unión Temporal Nuevo Fosyga, conforme a las consideraciones hechas por este Despacho." (Negrilla fuera de texto original).

De conformidad con lo anterior, y encontrando probado que no existe relación real de la parte demandante con mis representadas y que por el contrario, se encuentra acreditada la falta de legitimación en la causa de las mismas, esa judicatura se encuentra facultada para proferir una **sentencia anticipada respecto de mis representadas**, cualquiera que sea el estado del proceso con ocasión de **la falta de legitimación en la causa para actuar**, de conformidad con lo previsto en el artículo 278 del Código General del Proceso.

5.2. LIMITACIÓN DE COMPETENCIA DE LA JURISDICCIÓN ORDINARIA LABORAL PARA RESOLVER SOBRE LA RESPONSABILIDAD DE LAS SOCIEDADES QUE CONFORMAN LA UNIÓN TEMPORAL FOSYGA 2014:

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

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

La Unión Temporal FOSYGA 2014 y las empresas particulares que las conformaron, esto es, CARVAJAL TECNOLOGÍA Y SERVICIOS S.A.S. (antes, ASSENDA S.A.S.), GRUPO ASESORÍA EN SISTEMATIZACIÓN DE DATOS, SOCIEDAD POR ACCIONES SIMPLIFICADA – GRUPO ASD S.A.S (antes, ASESORÍA EN SISTEMATIZACIÓN DE DATOS SOCIEDAD ANÓNIMA – A.S.D. S.A.) y SERVIS OUTSOURCING INFORMÁTICO SOCIEDAD POR ACCIONES SIMPLIFICADA. – SERVIS S.A.S. (antes, SERVIS OUTSOURCING INFORMÁTICO S.A., tenían un vínculo contractual con el Ministerio de Salud y Protección Social. En este sentido, la Unión Temporal era un contratista del Ministerio de Salud y Protección Social y **no una entidad del Sistema General de Seguridad Social en Salud.**

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

Las Uniones Temporales, respondían frente al Ministerio de Salud y Protección Social como contratistas del Estado y su responsabilidad derivaba de la ejecución de las obligaciones relacionadas con el objeto y alcance de los servicios contratados por el Ministerio y frente a un caso de incumplimiento contractual, el mismo se da es a instancias de las normas de contratación estatal plenamente aplicables y frente al juez del contrato estatal.

De manera que no le es dable al juez ordinario laboral como lo pretende el accionante, determinar la responsabilidad de la Unión Temporal sobre el pago de unos recursos que son del Sistema de Seguridad Social en Salud.

Cabe resaltar que la auditoría la realizaba el contratista estatal en atención a las obligaciones adquiridas por virtud de dicho contrato, atendiendo siempre las normas y verificando el cumplimiento de lo dispuesto en sus términos, situación que en ningún caso fue controvertida por el Ministerio de Salud y Protección Social y/o la ADRES, a la fecha, ni al momento de recibir el trabajo a satisfacción.

En virtud de lo previsto en el artículo 141 del C.P.A.C.A. establece el medio de control de controversias contractuales, por el cual se tramitan los asuntos relacionados con

incumplimientos en contratos estatales. Sobre el particular, a manera de ejemplo me permito citar la siguiente sentencia del Consejo de Estado¹³, en la que se manifestó:

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

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

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

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

Frente al objeto de conocimiento de la jurisdicción contencioso administrativa descrito en el artículo 104¹⁴ del CPACA, la sentencia de tutela del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, M.P. Hugo Fernando Bastidas Bárcenas, expediente 2016-02299, proferida el 10 de octubre de 2016, señaló que acude a criterios orgánicos, en tanto en las controversias de su conocimiento figuran entidades públicas, y materiales porque los conflictos son derivados de actos, contratos, hechos, omisiones y operaciones sujetos a derecho administrativo, concluyendo que *“para que un asunto sea de conocimiento de la jurisdicción de lo contencioso administrativo es necesario que una de las partes del conflicto sea el Estado o un particular en ejercicio de función administrativa y que el conflicto se origine en expresiones estatales sometidas a derecho administrativo”*, requisitos que se cumplen a cabalidad en el asunto de la referencia, cuando se pretende imputar responsabilidad a mis representadas por la ejecución del contrato celebrado con el Ministerio de Salud y Protección Social.

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

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

¹³ Fallo Consejo de Estado con radicado No. 25000-23-36-000-2012-00403-01(46112), proferida el 10 de julio de 2013, Consejero Ponente: Hernán Andrade Rincón.

¹⁴ ARTÍCULO 104. DE LA JURISDICCIÓN DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. La Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo está instituida para conocer, además de lo dispuesto en la Constitución Política y en leyes especiales, de las controversias y litigios originados en actos, contratos, hechos, omisiones y operaciones, sujetos al derecho administrativo, en los que estén involucradas las entidades públicas, o los particulares cuando ejerzan función administrativa.

manera semejante a lo expuesto en los casos de responsabilidad médica, por tratarse de controversias relacionadas con contratos:

"[...] la inteligencia genuina de la locución seguridad social integral, concebida como el conjunto armónico de sujetos públicos y privados, normas y procedimientos inherentes a los regímenes de pensiones, salud, riesgos profesionales y servicios sociales complementarios definidos por el legislador para procurar la efectiva realización de los principios de solidaridad, universalidad y eficiencia enunciados en el artículo 48 de la Constitución Política y desarrollados por la Ley 100 de 1993 y sus normas complementarias, no comprende la atribución de competencias a los jueces ordinarios laborales, más que de estos asuntos, sin involucrar la responsabilidad médica civil, estatal o penal, siendo evidente, la competencia de esta Sala para decidir el recurso de casación.

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

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

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

Por lo anterior, es dable afirmar que se escapa de la competencia de la Jurisdicción Ordinaria Laboral establecer la responsabilidad de la Unión Temporal FOSYGA 2014 como contratista del Ministerio de Salud y Protección Social, en la medida en que el escenario judicial para discutir cualquier tipo de responsabilidad relacionado con el cumplimiento del Contrato de Consultoría No. 043 de 2013 es la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, a través de los medios de control previstos en el C.P.A.C.A., en cuyo caso el legitimado para hacerlo es el mencionado ente Ministerial como contratante y no cualquier tercero.

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

De conformidad con lo expresado existe falta de competencia por parte del juez laboral para examinar la responsabilidad de mis representadas, y consecuentemente condenarlas en virtud de la auditoria en salud, jurídica y financiera realizada en cumplimiento del Contrato de Consultoría No. 043 de 2013.

5.3 INEXISTENCIA DE RESPONSABILIDAD SOLIDARIA:

5.3.1. En el caso objeto de estudio no se dan los supuestos necesarios para que ante una eventual condena se predique la solidaridad de mis representadas para con el Ministerio de Salud y Protección Social (ahora ADRES) como quiera que la responsabilidad no está en cabeza de terceros sino de manera exclusiva del Estado y en este sentido no se cumplen

los supuestos del artículo 1568 del Código Civil¹⁵ según los cuales para que una obligación sea solidaria necesariamente debe estar a cargo de una pluralidad de sujetos.

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

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

5.3.3. Adicionalmente, es preciso resaltar que la obligación solidaria se caracteriza, según el Doctor David Namen¹⁶, por:

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

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

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

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

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

5.3.5. La responsabilidad solidaria se predica de obligaciones que revisten estas características y en este caso se advierte que no existe ni siquiera una obligación que haya surgido de mis representadas frente a la EPS accionante, por cuanto no tuvo una relación jurídica con esta, y su participación en el proceso de auditoria se hacía en calidad de contratista del Ministerio de Salud y Protección Social, es decir que no existe una relación obligatoria frente al demandante y la determinación de si existió una responsabilidad en la

¹⁵ ARTÍCULO 1568. En general cuando se ha contraído por muchas personas o para con muchas la obligación de una cosa divisible, cada uno de los deudores, en el primer caso, es obligado solamente a su parte o cuota en la deuda, y cada uno de los acreedores, en el segundo, sólo tiene derecho para demandar su parte o cuota en el crédito.

Pero en virtud de la convención, del testamento o de la ley puede exigirse cada uno de los deudores o por cada uno de los acreedores el total de la deuda, y entonces la obligación es solidaria o in solidum.

La solidaridad debe ser expresamente declarada en todos los casos en que no la establece la ley

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

ejecución de las obligaciones contractuales de mis pro hijadas se predica es frente al ente Ministerial mas no frente a la EPS demandante. En este sentido, se debe recordar que las obligaciones surgen de contratos, cuasicontratos, delitos y cuasidelitos y en ausencia de cualquiera de estas causas frente al demandante se predica la inexistencia obligacional y consecuentemente la inexistencia de responsabilidad.

5.3.6. En este punto se mencionan algunos de los antecedentes, del todo semejantes a la controversia que aquí nos convoca, a saber:

- ✓ Mediante auto de fecha 29 de enero de 2018, el **Juzgado 37 Laboral del Circuito de Bogotá** rechazó la demanda interpuesta por Salud Total EPS-S S.A. contra la Unión Temporal Nuevo Fosyga y, a la vez, la admitió, únicamente, respecto de la ADRES.
- ✓ Mediante autos de 5 de marzo de 2018 y de 9 de abril de 2018, el **Juzgado 5 Laboral del Circuito de Bogotá**, respecto de procesos similares a este con números de radicado 2015-00040, 2015-00162 y 2016- 00044 respectivamente, ordenó desvincular, entre otros, a las sociedades que conformaban tanto la Unión Temporal Nuevo Fosyga, como la Unión Temporal Fosyga 2014 y, al mismo tiempo, ordenó integrar el contradictorio con la ADRES. Lo mismo sucedió en el proceso adelantado ante dicho juzgado con número de radicado 2014-00525, en el que se aceptó la solicitud de desvinculación mediante auto del 15 de agosto de 2018, así como en el 2015- 00100 en el que en la etapa de saneamiento se dispuso la desvinculación de mis representadas y consecuentemente del llamado en garantía en audiencia del 01 de octubre de 2018.
- ✓ El **Juzgado 11 Laboral del Circuito de Bogotá** también profirió autos mediante los cuales aceptó la desvinculación de las sociedades que conforman la Unión Temporal Nuevo FOSYGA, como se puede comprobar en el proceso 2015- 000821, en el que en audiencia del 25 de junio de 2018, se desvinculó a mis representadas por considerar que lo pretendido en ese proceso era el reconocimiento y pago de los recobros de servicio de salud, no contenidos en el entonces POS que se sufragan con los recursos del FOSYGA, cuya titularidad de la obligación de pago recae directamente en el Estado representado por la entidad ADRES, por lo tanto, es a esta última a quien le corresponde dirigir o adelantar mancomunadamente el respectivo proceso de pago, reconociendo que la actuación de la Unión Temporal es meramente administrativa o interadministrativa, situación que no daba lugar a continuar el proceso con estas figuras asociativas. En dicho juzgado también se profirieron autos que desvinculaban a mis representadas en los procesos 2015- 00388 (auto del 18 de julio de 2018) y 2015- 00794 (auto del 11 de julio de 2018).
- ✓ Por su parte, el **Juzgado 14 Laboral del Circuito de Bogotá** en audiencia celebrada el 6 de abril de 2018, en el proceso 2014-00420 resolvió desvincular a la Unión Temporal Fosyga, toda vez que consideró que aquella solamente desplegó "una actividad de auditoría que era necesaria únicamente en sede administrativa, en sede judicial, no se ha reportado como imperativa su comparecencia en tanto se considera que quien ha estar vinculado es el ente pagador que en este caso la ADRES que ahora maneja totalmente los recursos para la salud".
 - De manera similar, dicho Despacho Judicial, desvinculó a mis representadas en los procesos: 2015-00228 (mediante auto del 19/02/2019 notificado el 05/03/2019), 2014-00477, 2014- 00464 y 2015- 00061 (mediante auto del 16 de julio de 2019).
- ✓ Así mismo, el **Juzgado 15 Laboral del Circuito de Bogotá**, en auto del 14 de mayo de 2019 dispuso la desvinculación de mis representadas en el proceso 2015- 00626.
- ✓ De igual forma, el **Juzgado 27 Laboral del Circuito de Bogotá** en audiencia celebrada el 25 de junio de 2009 en el proceso 2015- 00390, resolvió desvincular a las sociedades que integran la Unión Temporal Nuevo FOSYGA con fundamento en lo siguiente "... Es absolutamente claro, que ante la entrada en vigencia del artículo 66 de la Ley 1753 de 2015 es la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud ADRES, por disposición general la única entidad encargada de asumir el manejo unificado de los recursos destinados a la financiación el Sistema General de Seguridad Social en Salud, incluidas entre ellas todas las funciones que tenía el FOSYGA, no es procedente que continuemos el presente proceso contra las demandadas ... GRUPO ASESORÍA EN SISTEMATIZACIÓN DE DATOS SAS, SERVIS OUTSOURCING INFORMÁTICO SAS, y CARVAJAL TECNOLOGÍA Y SERVICIOS S.A.S razón por la cual se ordena su desvinculación del presente proceso y por sustracción de materia también se desvincula a la llamada en garantía ALLIANZ SEGUROS SA por lo que el proceso continuará únicamente contra la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud que está debidamente vinculada a este proceso como sucesora procesal del Ministerio de Salud y Protección Social (minuto 8:01 y siguientes)".
- ✓ Adicionalmente, es importante señalar que en concordancia con los argumentos citados, al resolver el recurso de reposición frente a esta decisión interpuesto por la parte demandante, la honorable juez manifestó: "... Considera el Despacho que ya no tiene razón de ser

continuar con esas entidades en la medida en que, contrario a lo manifestado por el apoderado de la parte actora, en nada se tienen porqué ver perjudicadas esas administradoras, porque ellas... perdón, esas entidades o personas jurídicas, en la medida en que ellas ya no administran los recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud. **Aquí la única afectación**, por decirlo de alguna manera, que eventualmente puede existir **es respecto de los recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud, no respecto del patrimonio de alguna de las entidades que se encuentran vinculadas, y teniendo en cuenta que esas entidades ya no administran los recursos sino que la única entidad que administra esos recursos es la ADRES, es la única entidad que tiene que estar vinculada a este proceso, reitero la única afectación es de los recursos del Sistema y no frente a sus patrimonios**, por lo que el despacho mantiene su decisión de desvincular a las entidades a las que se hizo referencia (minuto 9: 56 y siguientes) "

- ✓ Así mismo, en el proceso **2016- 00729**, mediante auto del 5 de julio de 2019, el Juzgado dejó sin efecto la providencia de fecha 4 de abril de 2018, a través del cual se dispuso admitir la demanda en contra de mis representadas, al considerar que la admisión de la demanda sólo procedía en contra de la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud- ADRES, por cuanto "a partir del 1 de agosto de 2017 es la única entidad encargada de asumir el manejo unificado de los recursos destinados a la financiación del Sistema General de la Seguridad Social en Salud".
- ✓ Más aun, la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, en sentencia de 16 de abril de 2018¹⁷, modificó la decisión de 28 de julio de 2017, proferida por el Superintendente Delegado para la Función Jurisdiccional y de Conciliación de la Superintendencia Nacional de Salud y concluyó, en una controversia semejante a esta, que no existía solidaridad entre la Unión Temporal Nuevo FOSYGA y el Ministerio de Salud, habida cuenta que entre ellos solamente existió una relación de auditoría y que, por contera, aquella no estaba llamada a responder por el pago de los recobros. En dicha oportunidad, la Sala concluyó que la Unión Temporal y el Consorcio SAYP 2011 solamente "apoyan o asesoran a la demandada en cuenta (sic) a la procedencia o no de los recobros, pero de ninguna manera implica que resulten afectadas con una posible o eventual condena".
- ✓ En concordancia con la providencia anterior, la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, en **sentencia de 24 de abril de 2018**, mediante la cual modificó la decisión de 11 de julio de 2017, proferida por el Superintendente Delegado para la Función Jurisdiccional y de Conciliación de la Superintendencia Nacional de Salud, en el proceso 11001220500020172075-01 se dispuso: "... en lo que se refiere a la condena que solidariamente se impartió a la UNIÓN TEMPORAL NUEVO FOSYGA, se considera que **no hay lugar a la misma, como quiera que las normas que regulan el pago de recobros y/o reembolso de los costos de los servicios de salud no POS a favor de la EPS, como ya se indicó al inicio de estas consideraciones, está a cargo del Fondo de Solidaridad y Garantía, FOSYGA con recursos propios.**(...) De esta manera, habrá de exonerarse de la condena impuesta, a dicha Unión temporal en su calidad de auditor y como consecuencia de ello, por sustracción de materia no hay lugar a pronunciamiento alguno frente al llamamiento en garantía¹⁸". (Negrita fuera del texto original).
- ✓ Por su parte, la Superintendente Delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación, en sentencia de primera instancia proferida el 17 de septiembre de 2018, dentro del proceso J-2015-0792, iniciado por Famisanar, declaró probada la excepción de inexistencia de la obligación de pago con recursos propios por parte de la Unión Temporal Nuevo FOSYGA, para tal efecto, señaló que su entendimiento sobre la responsabilidad solidaria había cambiado en atención a los fallos de segunda instancia del Tribunal Superior de Bogotá proferidos al respecto y señaló:

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

¹⁷ TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ D.C. – Sala Laboral. Magistrada Ponente: Marleny Rueda Olarte. Radicado: 11001-31-05-000-2018-00027-01. Demandante: Entidad Promotora de Salud FAMISANAR CAFAM – Colsubsidio Ltda. Demandado: Ministerio de Salud y Protección Social – Fiduciaria Colombiana de Comercio Exterior S.A. – Fidulcodex – Fiduciaria La Previsora S.A. – Asesoría en Información de Datos S.A. – Servis Outsourcing Informático S.A. y Assenda S.A.S. Bogotá, D.C. 16 de abril de 2018.

¹⁸ TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ D.C. – Sala Laboral. Magistrada Ponente: María Isabel Arango Secker. Radicado: 11001-31-05-000-2017-002075-01. Demandante: Entidad Promotora de Salud FAMISANAR CAFAM – Colsubsidio Ltda. Demandado: Ministerio de Salud y Protección Social – Fiduciaria Colombiana de Comercio Exterior S.A. – Fidulcodex – Fiduciaria La Previsora S.A. – Asesoría en Información de Datos S.A. – Servis Outsourcing Informático S.A. y Assenda S.A.S. Bogotá, D.C. 24 de abril de 2018.

a la Unión Temporal Nuevo Fosyga de cualquier responsabilidad frente al pago por concepto de los recobros reclamados en este proceso jurisdiccional"

"(...) DÉCIMO: DENEGAR las pretensiones de la demanda frente a la UNIÓN TEMPORAL NUEVO FOSYGA (integrada por CARVAJAL TECNOLOGÍA Y SERVICIOS S.A.S., GRUPO ASESORÍA EN SISTEMATIZACIÓN DE DATOS S.A.S., SERVIS 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." (Negrilla fuera de texto original).

5.3.7. En suma, no existe responsabilidad solidaria como quiera que la obligación legal del pago de servicios de salud NO PBS se encuentra de manera exclusiva a cargo del Estado, representado actualmente por la ADRES como administradora de los recursos del sistema, además porque en la relación contractual que existió entre estas y las sociedades que conformaron la Unión Temporal no se estipuló su existencia ni se trasladó la mencionada obligación y, en todo caso, las partes del contrato dejaron saldado cualquier aspecto relacionado con el contrato de consultoría por la inexistencia de salvedades específicas contenidas en el Acta de liquidación bilateral.

5.4. CUMPLIMIENTO ESTRICTO DE OBLIGACIONES DE ORDEN LEGAL Y CONTRACTUAL:

5.4.1. Como se ha explicado a lo largo del presente escrito, los recobros demandados fueron glosados por no cumplir los requisitos normativos para su reconocimiento, principalmente porque no se radicaban en tiempo o no se acompañaban de los documentos necesarios para su acreditación o porque la *tecnología en salud autorizada u ordenada, prescrita, facturada y entregada se encontraba cubierta por el POS hoy PBS es decir que ya habían sido pagados por el entonces Fosyga a través de la Unidad de Pago por Capitación- UPC*, valor anual reconocido por cada afiliado a la Entidad Promotora de Salud por la organización y garantía de la prestación de los servicios de salud contenidos en el mencionado plan, como una especie de "prima" del seguro en el sistema de seguridad social en salud lo que implicaba de acuerdo con la legislación vigente que las sumas reclamadas debían ser asumidas por la EPS o *por el contrario no podían ser financiados con recursos del entonces FOSYGA para la fecha de prestación del servicio o se encontraba mal liquidado el recobro y superaba el valor a reconocer.*

Por lo tanto, a la Entidades Promotoras de Salud no les es dable acudir bajo la figura del recobro a solicitar el pago de servicios, medicamentos, insumos o tecnologías en salud incluidos dentro del POS habida cuenta que por ellos, el FOSYGA les ha reconocido y pagado la Unidad de Pago por Capitación y/o que no se encuentran debidamente sustentados y ajustados a la normatividad que regula la materia, por lo tanto la auditoría dio estricto cumplimiento a sus funciones contractuales al evidenciar estas circunstancias. Así las cosas, en el caso concreto, respecto de los recobros objeto de la presente demanda, no existe obligación del entonces FOSYGA hoy ADRES de pagar ningún valor, de lo contrario se estaría incurriendo en dobles pagos por un mismo servicio y mucho menos se evidencia obligación a cargo de mis representadas.

5.4.2. Tal como lo expresa claramente el Contrato de Consultoría No. 043 de 2013, la auditoría de los recobros se debía realizar en estricto cumplimiento de las normas vigentes y los procesos, procedimientos e instrucciones suministrados por el Ministerio de Salud y Protección Social. El marco jurídico general relacionado con la auditoría de los recobros objeto de la presente demanda, que resulta de obligatorio cumplimiento y ejecución para la Unión Temporal FOSYGA 2014, incluye normas de naturaleza sustantiva en las cuales se disponen los contenidos del Plan Obligatorio de Salud y disposiciones de carácter adjetivo en las que se establecen los requisitos, criterios y el procedimiento que se debe implementar para efectos de tramitar los recobros por prestaciones extraordinarias no incluidas en el Plan Obligatorio de Salud.

De ahí que en el trámite de las solicitudes de recobro relacionadas en esta demanda y cuya auditoría le correspondió únicamente a la Unión Temporal FOSYGA 2014 integrada por mis representadas se aplicaran estrictamente las normas antes enunciadas y como consecuencia de ello se diera aplicación a las glosas explicadas a lo largo del presente escrito.

5.5. INEXISTENCIA DE CULPA EN CABEZA DE LA UNIÓN TEMPORAL FOSYGA 2014 :

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

La prosperidad de las pretensiones frente a estas requerirá la demostración de una culpa o falla en la auditoría. La culpa implicaría una violación del contenido obligacional impuesto a mis representadas, consistente en haber efectuado la auditoría a los recobros desconociendo el marco general de regulación del Plan Obligatorio de Salud y las normas relacionadas con el procedimiento de recobro de beneficios extraordinarios no incluidos en dicho plan, situación que no se presentó pues mis representadas actuaron de manera diligente y cumplieron con las obligaciones legales al amparo de las normas de naturaleza sustantiva así como las procedimentales y las instrucciones impartidas por el Ministerio de Salud y Protección Social, aplicándolas de forma estricta, sistemática e integral y no podía aprobar recobros que no cumplieran con los requisitos normativos, de tal manera que no se le puede imputar falla o culpa en su actuar, cuando como ya se indicó no solo superó la revisión efectuada por la firma interventora sino que su cumplimiento quedó ratificado en la suscripción del Acta de liquidación bilateral sin salvedades específicas.

5.5.2. En ese sentido, el H. Consejo de Estado¹⁹ ha precisado que, una vez liquidado bilateralmente un contrato estatal, sin que alguna de las partes hubiere dejado expresamente salvedades claras, concretas y suficientes en el texto o documento contentivo del acuerdo de la liquidación, no habrá lugar a proponer extrajudicial ni judicialmente alguna controversia relativa a la celebración, ejecución y liquidación de la relación contractual respectiva. Como el Contratos de Consultoría No. 043 de 2013 se liquidó bilateralmente y sin salvedades específicas, concretas y suficientes, quedó así finiquitada o saldada dicha relación contractual, la UTF 2014 o las sociedades que la integraron no están legitimadas por pasiva ni tienen responsabilidades frente a terceros usuarios de la ADRES que pretendan el recobro de los valores asumidos para cubrir los servicios no POS (hoy PBS).

5.6. CULPA EXCLUSIVA DE LA VICTIMA –E.P.S. DEMANDANTE:

5.6.1. La parte demandante señala que el daño antijurídico es el supuesto incumplimiento en los pagos por concepto de recobros presentados por EPS ALIANSALUD, pero como se indicó anteriormente aquellos recobros que NO fueron no aprobados no fueron cancelados por parte del entonces FOSYGA, hoy la ADRES, en atención a que se pretendía el pago de recobros sin el cumplimiento de los requisitos normativos correspondientes, de donde se colige que si la EPS sufrió algún perjuicio se debió a su propia omisión y/o negligencia que no se puede atribuir en modo alguno a la actuación de mis representadas. Adicionalmente, nótese como la imposibilidad de recobrar valores de prestaciones sin el lleno de los requisitos, surge de la misma ley, por lo que no existe un título jurídico para el cobro, lo que impide que se configure y tenga como demostrado el daño.

5.6.2. Debe insistirse que en el desarrollo de la auditoría integral, la EPS demandante NO demostró el cumplimiento de los requisitos para el reconocimiento de los recobros como sí lo pretende hacer valer en esta instancia, sin aportar pruebas de cara a la documental que fue conocida por mis representadas, pues los recobros adolecían de las falencias enunciadas en las glosas y en este proceso la parte actora no desvirtúa que ello no fuera así en ese momento, sino que se limita afirmar lo contrario, sin demostrar su cumplimiento en el momento en que mis representadas tuvieron el conocimiento de los recobros y realizaron la auditoría.

5.7. AUSENCIA DE CARGA PROBATORIA DE LA PARTE DEMANDANTE// INEXISTENCIA DEL DAÑO ANTIJURÍDICO RECLAMADO:

¹⁹ "Es importante precisar que esta Corporación ha sostenido que, para que las pretensiones contractuales elevadas por alguna de las partes luego de la liquidación bilateral del contrato puedan ser acogidas, la parte interesada debe haber planteado en el acta de liquidación salvedades claras y suficientes para determinar las razones de inconformidad con la misma. Pese a que el consorcio Protécnica Ltda. Constructora Kepler S.A. de C.V. incluyó en las dos actas la misma salvedad, esta carece del carácter claro, concreto y específico necesario para la prosperidad de sus pretensiones." (Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección B. Sentencia de ocho (8) de mayo de 2019. Exp. 41.868)

5.7.1. La parte actora aduce que sufrió un daño por el no pago de los recobros generados por la prestación de los servicios, NO POS, al respecto se tiene que su acreditación no se da con la simple afirmación de su existencia, para ello se requiere que se demuestren los diferentes elementos requeridos para que surja la responsabilidad patrimonial del Estado a la luz de lo establecido en el artículo 90 de la Constitución Política y la jurisprudencia del Consejo de Estado.

Corresponde a la parte actora establecer y probar el daño sufrido y que el mismo fue ocasionado única y exclusivamente por causa de cada uno de los demandados, es decir que exista un nexo causal entre el daño que se configuró y la conducta cometida por cada uno de los accionados. No basta con las simples afirmaciones contenidas en la demanda, la accionante debe probar su dicho, pero no con las pruebas acá obrantes sino respecto de su actuar ante la auditoría.

En este proceso, no precisa ni demuestra la actora conforme la documental radicada ante la Unión Temporal, la evidencia del cumplimiento en esa instancia, por lo tanto las afirmaciones acá contenidas y la documental allegada en nada modifica la realidad que fue conocida por mis representadas y que se encuentra descrita en las glosas invocadas y que tan solo fueron objetadas en algunos casos sin lleno de requisitos que permitieran modificar la decisión.

Las afirmaciones de la parte actora carecen de soporte fáctico y jurídico, pues como se ha mencionado mis representadas desplegaron todas las actuaciones a su cargo en el marco de las funciones que le eran atribuibles. La parte demandante, pretende eximirse de la carga probatoria que la asiste, contrariando lo normado en el artículo 167 del Código General del Proceso, el cual sobre la Carga de la Prueba expresa lo siguiente:

“Art. 167 del C.G.P. Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen. (...) Los hechos notorios y las afirmaciones o negaciones indefinidas no requieren prueba.”

En consecuencia, es menester de la parte actora probar los supuestos de hecho invocados, so pretexto de dar paso a lo que la doctrina autorizada ha denominado **“riesgo de no persuasión”**, y que en síntesis comporta un cúmulo de reglas que a su turno habilitan al juez para resolver la incertidumbre acerca de la prueba de los hechos principales, de manera adversa a lo solicitado, esto es como si se hubiera probado su inexistencia. Pues no obra ninguna prueba por parte de la actora que acredite que la documental que se extrañaba en la auditoría si obraba en el expediente, por el contrario, mis representadas si dieron cuenta de ello al invocar la glosa debidamente motivada mientras que la EPS no lo subsanó en los casos en que era posible, precisamente porque no contaba con los elementos para hacerlo en esa oportunidad y que pretende justificar en esta instancia.

5.7.2. La asunción o no de los valores a los que hace referencia la parte actora por parte del Estado, supone la acreditación de todos los requisitos establecidos por las normas que se encontraban vigentes para el momento de los hechos, las cuales regulaban los recobros en el Sistema General de Seguridad Social en Salud y fue en su aplicación estricta que las solicitudes de recobro no fueron aprobadas.

y fue en su aplicación estricta que las solicitudes de recobro no fueron aprobadas.

La ejecución lícita de un contrato estatal, sometido a la implementación de normas, actos administrativos e instrucciones de la entidad contratante –en este caso el Ministerio de Salud y Protección Social - no puede ser fuente de ningún tipo de daño cuyo eventual resarcimiento pueda recaer en cabeza de mis representadas, más aún si se tiene en cuenta que los recursos con los cuales se reconocen los recobros por prestaciones no incluidas en el PBS provienen del entonces FOSYGA ahora de la ADRES.

5.7.3. Frente al caso particular no existe daño antijurídico alguno. Si la demandante hubiese dado cumplimiento a los requisitos y exigencias previstos en la normativa legal vigente, que en consonancia con el principio de legalidad del gasto público eran necesarios para que la administración ordenara el pago, no se habrían aplicado las glosas invocadas a los recobros objeto de reclamación. Es claro entonces, que no existe obligación de pagar cuentas que no cumplan con el lleno de los requisitos exigidos en la legislación para el

trámite de los recobros ante el FOSYGA, HOY ADRES o cuando versaban sobre valores ya reconocidos a través de la UPC o respecto de tecnologías no financiadas por el Sistema.

5.7.4. El no obtener el pago recobrado, no es en sí mismo un daño indemnizable, mucho menos cuando la razón para ello fue el resultado del actuar desplegado por la EPS y la consecuente falta de cumplimiento de los requisitos previstos para el reconocimiento y que dio lugar a la aplicación de las glosas y observaciones impuestas. El desconocimiento de la parte actora de las disposiciones vigentes y obligatorias para ésta como entidad recobrante, no la exime de su cumplimiento.

5.7.5. En lo que respecta a mis representadas, éstas son sociedades de naturaleza comercial y privada, contratadas por el Ministerio de Salud y Protección Social para ejecutar el Contrato de Consultoría No. 043 de 2013 y que por su propia naturaleza no podrían ostentar competencias reglamentarias.

No es cierto, que el daño alegado por la EPS demandante sea sufrido como consecuencia de las causales de glosa y observaciones de los recobros, pues fue la conducta de la demandante al presentar los recobros sin el lleno de requisitos, la que originó la aplicación de las glosas y observaciones descritas a lo largo de este escrito, por lo cual no se puede atribuir responsabilidad alguna al Estado Colombiano.

La actuación de mis representadas, esto es, específicamente la aplicación de las glosas pertinentes, se realizó en estricto cumplimiento de sus deberes contractuales y legales (en sentido amplio), pues, en virtud del Contrato de Consultoría, la auditoría debía ceñirse al cumplimiento de las normas vigentes y los procedimientos e instrucciones impartidas por el Ministerio de Salud y Protección Social.

5.7.6. Desde este punto de vista mis representadas y de la evaluación de su eventual responsabilidad patrimonial, es preciso resaltar que éstas actuaron en cumplimiento de un deber legal y siguiendo actos de autoridad, circunstancia que excluye su responsabilidad de conformidad con lo señalado en el artículo 64 del Código Civil y se insiste que de haber efectuado el reconocimiento sin el lleno de requisitos, habrían incurrido en incumplimientos contractuales y reconocimiento de pagos indebidos con recursos del entonces FOSYGA hoy ADRES. La aplicación de las glosas y observaciones ordenadas y dispuestas por la ley y los actos administrativos que regulan la materia, no da lugar a que mis representadas resulten condenadas frente a un pago –que de resultar procedente- le correspondería efectuar única y exclusivamente al Ministerio de Salud y Protección Social con cargo a los recursos del FOSYGA ahora de la ADRES.

La ejecución lícita de un contrato estatal, sometido a la implementación de normas, actos administrativos e instrucciones de la entidad contratante –en este caso el Ministerio de Salud y Protección Social - no puede ser fuente de ningún tipo de daño cuyo eventual resarcimiento pueda recaer en cabeza de mis representadas, más aún si se tiene en cuenta que los recursos con los cuales se reconocen los recobros por prestaciones no incluidas en el PBS provienen del entonces FOSYGA ahora de la ADRES.

Aunado a lo anterior, frente a mis representadas no es posible dar aplicación a la teoría de responsabilidad objetiva, pasando por alto que las sociedades que conformaron la Unión Temporal FOSYGA 2014, pues como ya se expresó, su régimen de responsabilidad es eminentemente subjetivo, en la medida en que debe ser la culpa el eje central análisis frente al cumplimiento de sus obligaciones contractuales como consultor.

En lo que respecta a mis representadas, éstas son simples sociedades de naturaleza comercial y privada, contratadas por el Ministerio de Salud y Protección Social para ejecutar el Contrato de Consultoría No. 043 de 2013. Por su propia naturaleza no pueden ostentar competencias reglamentarias, por el contrario, son destinatarias de la misma regulación, no es posible predicar en cabeza de ellas una responsabilidad patrimonial de esta naturaleza pues esta recae, única y exclusivamente en el ente estatal que expidió la regulación, en el hipotético evento en que se demuestre la existencia de los elementos que justifican un resarcimiento económico con base en este esquema especial de responsabilidad.

5.7.7. Vale la pena destacar que la conducta de la demandante al presentar los recobros por concepto de prestaciones en salud incluidas en el PBS, o catalogadas como tecnologías no financiadas con los recursos del Sistema General de Seguridad Social en

Salud sin el lleno de requisitos, fue la que originó la aplicación de las glosas descritas a lo largo de este escrito, por lo cual no se puede atribuir responsabilidad alguna al Estado Colombiano y mucho menos de mis representadas.

En conclusión y de conformidad con el principio general del derecho **“a nadie le es dable alegar su propia culpa para obtener provecho de ello”**, no podría la EPS demandante alegar un daño que se originó en su incumplimiento por la indebida presentación de los recobros sin el lleno de los requisitos legales, o en solicitud de un pago que ya había sido cubierto con los recursos del sistema.

5.8. INEXISTENCIA DE ENRIQUECIMIENTO SIN JUSTA CAUSA:

5.8.1. La jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado²⁰ tiene claramente definidos los cinco elementos o requisitos necesarios para que se configure un evento de enriquecimiento sin causa, los cuales se enuncian a continuación:

*“ (i) **Que exista un enriquecimiento**, es decir, que el obligado haya obtenido una ventaja patrimonial, la cual puede ser positiva o negativa. Esto es, no solo en el sentido de adición de algo, sino también en el de evitar el menoscabo de un patrimonio”; (ii) **“Que haya un empobrecimiento correlativo**, lo cual significa que la ventaja obtenida por el enriquecido haya costado algo al empobrecido, o sea que a expensas de éste se haya efectuado el enriquecimiento (...) El acontecimiento que produce el desplazamiento de un patrimonio a otro debe relacionar inmediatamente a los sujetos activo y pasivo de la pretensión de enriquecimiento, lo cual equivale a exigir que la circunstancia que origina la ganancia y la pérdida sea una y sea la misma”; (iii) **“Para que el empobrecimiento sufrido por el demandante, como consecuencia del enriquecimiento del demandado, sea injusto, se requiere que el desequilibrio entre los dos patrimonios se haya producido sin causa jurídica”**; (iv) **“Para que sea legitimada en la causa la acción de in rem verso, se requiere que el demandante, a fin de recuperar el bien, carezca de cualquiera otra acción originada por un contrato, un cuasicontrato, un delito, un cuasidelito, o de las que brotan de los derechos absolutos”**; y (v) **“La acción ... no procede cuando con ella se pretende soslayar una disposición imperativa de la ley”**.*

El H. Consejo de Estado ha establecido un requisito adicional a los antes mencionados, así²¹:

*“(...) Sin embargo, del estudio de los fundamentos de la figura, la Sala señala un elemento adicional, como lo es **que la falta de una causa para el empobrecimiento, no haya sido provocada por el mismo empobrecido, toda vez que en dicho evento no se estaría ante un “enriquecimiento sin justa causa”, sino ante la tentativa del afectado de sacar provecho de su propia culpa (...)**”*

5.8.2. Desde el punto de vista de mis representadas, y atendiendo la jurisprudencia antes transcrita no se configuran los elementos necesarios para que se estructure dicha figura, teniendo en cuenta que la auditoría en salud, jurídica y financiera de los se realizó de conformidad con la normativa vigente, y como consecuencia de ello fueron improbados por no cumplir con el lleno de los requisitos, es decir, el no reconocimiento de los recobros y presunto “empobrecimiento” de la EPS demandante es justo, en la medida que se fundamenta en una causa jurídica.

En ese orden de ideas, el no reconocimiento de los recobros fue provocado exclusivamente por la EPS, de manera que dicha entidad para la solicitud de las cuentas ahora reclamadas no puede alegar la configuración de tal figura cuando la causa del “empobrecimiento” responde a su propia culpa.

5.8.3. De otra parte, bajo el “enriquecimiento sin justa causa” no se concibe un traslado patrimonial entre dos o más personas, sin que exista una causa eficiente y justa para ello, en el caso en concreto de haberse reconocido y pagado las cuentas reclamadas sin el lleno de los requisitos previstos en la normatividad de recobros vigente, dicha situación no tendría un sustento fáctico o jurídico que permitiera considerarla ajustada a derecho, por lo tanto se habría configurado la mencionada figura, teniendo como sujeto empobrecido al FOSYGA.

²⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, 29 de enero de 2009. Exp. 15662. C.P. Myriam Guerrero de Escobar.

²¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, 30 de marzo de 2006, Exp. 25000-23-26-000-1999-01968-01 (25662), M.P. RAMIRO SAAVEDRA BECERRA

El Contrato de Consultoría No. 043 de 2013 establece en la modalidad de pago lo siguiente:

"CLÁUSULA QUINTA. FORMA DE PAGO: El Ministerio, o quien haga sus veces, pagará el valor del contrato de la siguiente forma:

5.1. Una comisión mensual fija, que busca remunerar la capacidad instalada y disponible para ejecutar las obligaciones derivadas del contrato, así como aquellas actividades que no están sujetas a un resultado de auditoría, y que debe llevar a cabo el contratista para cumplir el objeto contractual. El valor mensual de la comisión fija para cada año de ejecución del contrato incluyendo el respectivo ajuste anual al IPC en los términos establecidos en el Pliego de Condiciones, se pagará de la siguiente manera:

5.1.1. Para el año 2013, un pago, por la fracción del mes de diciembre de 2013, correspondiente al periodo comprendido entre los días 15 al 31 de diciembre de 2013, por la suma de CIENTO TREINTA Y CUATRO MILLONES CUARENTA Y DOS MIL SETECIENTOS SETENTA Y OCHO PESOS M/CTE., (\$134.042.778,00).

5.1.2. Para el año 2014, pagos mensuales, cada uno por la suma de SETECIENTOS SETENTA Y OCHO MILLONES OCHOCIENTOS OCHENTA MIL NOVECIENTOS SESENTA Y SIETE PESOS M/CTE., (\$778.880.967,00).

5.1.3. Para el año 2015, pagos mensuales, cada uno por la suma de OCHOCIENTOS DOS MILLONES DOSCIENTOS CUARENTA Y SIETE MIL TRESCIENTOS NOVENTA Y SEIS PESOS M/CTE (\$802.247.396,00).

5.1.4. Para el año 2016, pagos mensuales, cada uno por la suma de OCHOCIENTOS VEINTISÉIS MILLONES TRESCIENTOS CATORCE MIL OCHOCIENTOS DIECISIETE PESOS M/CTE., (\$826.314.817,00).

5.1.5. Para el año 2017, pagos mensuales, cada uno por la suma de OCHOCIENTOS CINCUENTA Y UN MILLONES CIENTO CUATRO MIL DOSCIENTOS SESENTA Y UN PESOS M/CTE., (\$851.104.261,00).

5.1.6. Para fracciones, la comisión mensual fija se pagará en forma proporcional por los días del mes que correspondan.

*5.2. Una comisión variable, que corresponde a un valor unitario por concepto de auditoría en salud, jurídica y financiera por cada: i) Recobro NO POS con resultado aprobado, y; ii) **Reclamación ECAT con resultado aprobado o aprobado parcialmente.** Esta comisión se pagará mes vencido para cada vigencia fiscal, sobre el total de los recobros NO POS y reclamaciones ECAT con el resultado señalado que se facture en el respectivo periodo, previo el cumplimiento de los requisitos señalados en esta cláusula. El valor unitario de la comisión variable, por cada recobro NO POS o reclamación ECAT, incluyendo el respectivo ajuste anual al IPC en los términos establecidos en el Pliego de Condiciones, se pagará de la siguiente manera:*

5.2.1. Para el año 2014 un valor unitario por recobro o reclamación de SEIS MIL DOSCIENTOS DOCE PESOS M/CTE., (\$6.212,00).

5.2.2. Para el año 2015 un valor unitario por recobro o reclamación de SEIS MIL TRESCIENTOS NOVENTA Y OCHO PESOS M/CTE., (\$6.398,00).

5.2.3. Para el año 2016 un valor unitario por recobro o reclamación de SEIS MIL QUINIENTOS NOVENTA PESOS., (\$6.590,00).

5.2.4. Para el año 2017 un valor unitario por recobro o reclamación de SEIS MIL SETECIENTOS OCHENTA Y OCHO PESOS M/CTE, (\$6.788,00).

5.2.5. Los valores anteriormente discriminados incluyen IVA.

*5.2.6. **No se reconocerá comisión variable,** para el caso de recobros No POS, por productos de auditoría con resultado distinto a aprobado y, **tratándose de reclamaciones ECAT, por productos de auditoría con resultado distinto a aprobado o aprobado parcialmente.** No obstante lo anterior, para la auditoría que requiera aclaración de glosas efectuadas a reclamaciones ECAT aprobadas parcialmente en vigencia de anteriores contratos de auditoría, se reconocerá y cancelará comisión variable en los términos del numeral 5.2 de la presente cláusula. {...}"*

Como se puede colegir de las disposiciones contractuales citadas, la Unión Temporal FOSYGA 2014, sólo percibió la comisión variable de los recobros cuyo resultado fue aprobado o aprobado parcialmente, razón por la cual los recobros que fueron incluidos en esta reclamación que resultaron glosados no generaron pago a las empresas vinculadas

en la presente acción, lo que hace inviable respecto a estas la configuración de un eventual enriquecimiento sin causa.

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

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

Así las cosas, en el evento en que el Despacho llegara a considerar que la Unión Temporal FOSYGA 2014 o las sociedades que la integraron se encuentran obligadas a pagar con sus propios recursos, los valores de los recobros por ellas glosados, el resultado no sería otro sino el enriquecimiento sin causa a favor del Ministerio de Salud y Protección Social y ahora la ADRES.

5.9.2. Desde el punto de vista de mis representadas y atendiendo la jurisprudencia trascrita en la excepción que antecede se configuran los elementos necesarios para que se estructure esta figura en el evento en que se ordene pagar a su cargo los recobros involucrados en la demanda que nos ocupa, como se pasa a explicar:

- ❖ **Incremento patrimonial a favor de una persona:** En este evento el sujeto activo de esta figura sería la ADRES, pues su patrimonio se incrementaría como quiera que no saldrían de éste los recursos necesarios para sufragar las prestaciones no incluidas en los planes de beneficios, las cuales de acuerdo con las normas que regulan los recobros y la jurisprudencia de las Altas Cortes, deben financiarse con cargo a los recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud.
- ❖ **Correlativa disminución patrimonial que sufre otra persona:** El sujeto pasivo o empobrecido de esta figura serían las sociedades que conforman la Unión Temporal, terceros de carácter privado, que de ordenarse el pago de los recobros con sus propios recursos económicos verían afectado o disminuido su patrimonio a costa del incremento o enriquecimiento de la ADRES.
- ❖ **Ausencia de causa:** Como se ha señalado, la obligación de pago de los recobros no incluidos en el Plan de Beneficios se encuentra expresamente radicada y de manera exclusiva, en principio en cabeza del Ministerio de Salud y Protección Social, con cargo a los recursos del entonces FOSYGA, actualmente esta obligación le asiste a la ADRES y no a la Unión Temporal ni a las sociedades que la conforman. Es más, con independencia de que el Ministerio haya contratado la realización de la auditoría en salud, jurídica y financiera sobre las solicitudes radicadas de recobros de lo no incluido en el plan de beneficios en salud, es en él y ahora en la ADRES en quien recae la obligación de pagarlos, sin que pueda entenderse que, en virtud de la relación contractual, esta obligación se desplace y se radique en la Unión Temporal o se extienda a ambos por igual.

Así las cosas, en el remoto evento en que el Despacho llegara a considerar que la UTF2014 se encontraba obligada a pagar con sus propios recursos, los valores de los recobros reclamados, el resultado no sería otro sino el enriquecimiento sin causa a favor del Ministerio de Salud y Protección Social, ahora la ADRES.

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

5.9.4. Aunado a lo anterior, es de resaltar que, el hecho de que algunas de las glosas y observaciones impuestas como fruto de la auditoría desarrollada por la Unión Temporal FOSYGA 2014, pueda llegar a ser reversadas en esta instancia, con ocasión de los nuevos elementos acá aportados, en manera alguna desvirtúa la obligación legal impuesta al Ministerio ahora la ADRES de atender con los recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud los recobros, menos aún la traslada a los contratistas, es decir, a la Unión Temporal.

5.10. **PRESCRIPCIÓN DEL DERECHO:**

Según se ha argumentado a lo largo de este escrito, la EPS demandante no puede reclamar a la Unión Temporal FOSYGA 2014 el pago de los recobros que fueron auditados por esta y que, de ser procedentes en caso de una remota condena declarada por esa entidad, deben ser pagados con los recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud.

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

La prescripción es “el fenómeno mediante el cual el ejercicio de un derecho se adquiere o se extingue con el solo transcurso del tiempo de acuerdo a las condiciones descritas en las normas que para cada situación se dicten bien sea en materia adquisitiva o extintiva”²²

Sobre el particular, el artículo 151 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, establece:

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

En consideración a este fenómeno, resulta indispensable que el Despacho determine respecto de todos y cada uno de los recobros objeto de la presente demanda si se configura la prescripción del derecho, en la medida en que desde la fecha de prestación del servicio se deben computar tres (3) años hasta la fecha de presentación de los recobros ante el entonces FOSYGA, de lo contrario y si los recobros fueron presentados por fuera de dicha oportunidad se entenderían prescritos.

Ahora bien, en caso de que los recobros se hubiesen presentado dentro del término anteriormente acotado, se entendería configurada la interrupción del fenómeno prescriptivo, reactivándose el término por uno igual que deberá computarse hasta la fecha de presentación de la demanda para determinar si se encontró o no configurada la prescripción de la solicitud de recobro correspondiente.

5.11. **IMPROCEDENCIA DE RECONOCIMIENTO DE INTERÉS DE MORA U OTRAS SANCIONES PECUNIARIAS:**

5.11.1. **Inviabilidad del pago de intereses por expresa disposición legal:**

Como se indicó anteriormente en el acápite de respuesta a las pretensiones no es viable el pago de interés alguno en el presente caso, como quiera que la Ley 1955 de 2019, “Por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2018- 2022. “Pacto por Colombia, Pacto por la Equidad”, en el párrafo quinto del artículo 237 señaló que: “Las decisiones judiciales que ordenen el pago de recobros distintos se indexarán utilizando el Índice de Precios al Consumidor - IPC, **sin lugar a intereses de mora**” (Negrilla y subrayado fuera del texto original), con el ánimo de garantizar la sostenibilidad financiera del Sistema General de Seguridad Social en Salud, conforme se indica en dicho artículo.

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

²² Consejo de Estado Sección Segunda, Sentencia del 9 de julio de 2015, Expediente: 27001233300020130034601 – radicado interno {03272014

La Ley 2294 de 2023, por el cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2022-2026 ratificó que el reconocimiento y pago de los recobros debe ceñirse a las disposiciones contenidas en los artículos 237 y 245 de la Ley 1955 de 2019.

5.11.2. Los intereses moratorios no se generan por cuanto no existe la obligación principal:

Los intereses moratorios constituyen una obligación accesoria a la obligación principal, es decir si ésta última prospera, eventualmente podrían causarse los intereses moratorios de encontrarse probada una obligación de pago sin el cumplimiento de requisitos legales. Así las cosas, teniendo en cuenta que la UTF2014 no le adeuda los valores recobrados a través del presente proceso, por cuanto no tenían a su cargo la obligación de pago, no existe en consecuencia obligación principal y al seguir la pretensión accesoria la suerte de esta tampoco habría lugar al reconocimiento de intereses moratorios ni ningún otro tipo de sanciones de carácter pecuniario.

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

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

5.11.3. Hasta el momento, la obligación de pago es inexistente, y tan solo surgiría con ocasión de una eventual condena contenida en la sentencia y en consecuencia sería inexistente el reconocimiento de intereses antes de esa fecha:

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

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

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

A todas luces resulta ilógico reconocer intereses moratorios cuando la no aprobación o el rechazo de los recobros obedeció a la propia culpa de la entidad recobrante y **su reconocimiento atenta contra la sostenibilidad del Sistema y premia el actuar negligente de la EPS demandante.**

5.11.4. Imposibilidad de reconocer intereses moratorios cuando los recobros son presentados después de 6 meses de prestado el servicio:

Ahora bien, si todo lo anterior no es suficiente para desechar la condena en intereses, existe otra disposición normativa expresa que proscribe la condena de este rubro en un caso en específico, y es la contenida en el artículo 7° del Decreto Ley 1281 de 2002²³. Esta disposición señala de manera expresa que no hay lugar al reconocimiento de intereses si en los seis (6) meses siguientes a la fecha de prestación del servicio no se ha radicado la cuenta de cobro ante el entonces FOSYGA hoy ADRES. En su tenor literal la norma dispone:

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

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

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

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

-En atención a la norma en cita, es dable afirmar que respecto de varios de los recobros objeto de la presente controversia, no existe asomo de duda que **no hay lugar** a ordenar el pago de intereses moratorios ni de otras sanciones de carácter pecuniario, cuando el resultado de la glosa fue por el actuar de la EPS.

A las Entidades Promotoras de Salud dentro del Sistema General de Seguridad Social en Salud y específicamente en el flujo de recursos de dicho sistema, es dable exigirles la presentación de los recobros para su pago dentro de la oportunidad prevista en las normas vigentes, por lo tanto, la presentación extemporánea constituye una causal justificada para el no pago en vía administrativa de los recobros e implica la pérdida de los intereses moratorios y de cualquier sanción pecuniaria atendiendo lo dispuesto en el artículo 7° del Decreto Ley 1281 de 2002 inclusive en vía judicial, como castigo a la EPS por la presentación tardía de los recobros.

5.12. IMPROCEDENCIA DE RECONOCIMIENTO DE GASTOS ADMINISTRATIVOS:

5.12.1. La parte actora pretende el reconocimiento de gastos administrativos que presuntamente incurrió por la gestión y el manejo de las prestaciones no incluidas en POS objeto de la presente demanda, tales como despliegue de personal locativo, logístico y técnico –científico que permitiera a la EPS poder cumplir con las ordenes contenidas en los fallos de tutela y en las autorizaciones del Comité Técnico Científico.

Los gastos de administración de las EPS independientemente de si son generados de prestaciones POS o no POS se encuentran contemplados en un porcentaje de la UPC de

²³ “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”

conformidad con lo dispuesto en la Ley 1438 de 2011. Es decir, no importa si el servicio prestado se encuentra o no cubierto en el POS, pues en todo caso los gastos de administración de la EPS por expresa disposición legal se encuentran cubiertos en un porcentaje de la UPC que no puede superar el 10% según lo dispuesto en el artículo 23 de la disposición citada.

Lo anterior tiene como fundamento el artículo 23 de la Ley 1438 de 2011, que dispone, como deben entenderse los gastos administrativos. Esta disposición se encuentra en el Título IV, de Aseguramiento, en el Capítulo I, en el marco de las Disposiciones Generales del Sistema General de Seguridad Social en Salud, es decir, que opera en la prestación del servicio de salud de manera general, sin discriminación del tipo de prestación. En otras palabras, la citada disposición hace referencia a los “gastos de administración de la EPS” y no a los gastos de administración por las prestaciones incluidas en los planes de beneficios, de manera que independientemente de si se trata de prestaciones incluidas o no en el plan de beneficios, en ese porcentaje se encuentran cubiertos todos los gastos de administración de las EPS, tal vez porque sería muy difícil de separar qué gastos de administración provienen de una u otra prestación, cuando se trata de gastos de tipo operativos de una empresa, tales como materiales de oficina, papelería, contabilidad, alquiler de locales, gastos de personal, entre otros.

5.12.2. Ahora bien, la UPC junto con otros recursos que reciben las EPS- tiene como finalidad financiar el cumplimiento de las funciones a cargo de las EPS en el marco del SGSSS, conforme con los artículos 182 y 215 de la Ley 100 de 1993, entre las funciones principales de las EPS se encuentra “(...) organizar y garantizar, directa o indirectamente, la prestación del Plan de Salud Obligatorio a los afiliados”. Igualmente, el artículo 14 de la Ley 1122 de 2007, dispone que las EPS son responsables de cumplir la función de aseguramiento, la cual comprende “(...) la administración del riesgo financiero, la gestión del riesgo en salud, la articulación de los servicios que garantice el acceso efectivo, la garantía de la calidad en la prestación de los servicios de salud y la representación del afiliado ante el prestador y los demás actores sin perjuicio de la autonomía del usuario”.

5.12.2.1. En la sentencia SU-480 de 1997 la Corte Constitucional, recordó que, según la jurisprudencia constitucional, es obligación de las EPS suministrar todos los medicamentos y servicios prescritos por los médicos tratantes, incluso aquellos no señalados en el POS cuando esté de por medio la vida del paciente. No obstante, como los medicamentos y procedimientos no contemplados en el POS no son remunerados por la UPC, la Corte indicó que, en esos casos, para asegurar el equilibrio del sistema y no imponer una carga desproporcionada a las EPS, éstas podrían repetir contra el Estado, específicamente contra el FOSYGA.

Así las cosas, pese a que las EPS tienen derecho a recobrar al Estado el valor de las prestaciones no incluidas en el POS o en los planes de beneficios, lo cierto es **que no existe legal ni jurisprudencialmente un derecho al pago de gastos administrativos distintos a aquellos que se les reconoce dentro de la Unidad de Pago por Capitación**, pues todo el despliegue administrativo financiado con los recursos de la UPC le permiten asumir también los trámites necesarios para la prestación de tales prestaciones, y así, cumplir efectivamente con una de sus obligaciones que es la articulación de los servicios para garantizar el acceso efectivo a los mismos, una posición en contrario implicaría un pago ilegal e injustificado, incluso un doble pago.

5.12.3. Resulta indispensable señalar que en la legislación no está definido exactamente qué es y qué no es gasto administrativo, no obstante, la Corte Constitucional en la sentencia C- 262 de 2013, precisó que los recursos para la atención en salud son distintos a los gastos administrativos, en esa medida, los servicios o prestaciones NO POS pueden ser recobrados a la ADRES, al no estar cubiertos en la UPC, en cambio los gastos de administración de las EPS se encuentran financiados con el porcentaje fijado por el Estado en la UPC, por lo tanto, no pueden a su vez ser recobrados.

Entonces, los gastos de logística y personal necesario para el cumplimiento de los fallos de tutela y de las autorizaciones del CTC, son gastos que tiene la obligación de asumirlas las EPS, pues constituye una erogación en la que debe incurrir en el ejercicio y cumplimiento de sus actividades de aseguramiento. Además, se insiste en que el Estado les reconoce a las EPS dentro de la UPC un porcentaje para los gastos administrativos, y posteriormente, una vez la solicitud de recobro cumplan con los requisitos previstos en las normas, se reconoce el valor de las prestaciones, medicamentos, servicios o tecnologías en salud no

incluidas en los planes de beneficios, es decir, están cubiertos, todos los gastos en que incurre la EPS recobrante.

Ahora bien, ante una remota condena deben probarse en el proceso todos y cada uno de los gastos denominados por la EPS demandante como administrativos y no aplicar por mera liberalidad de la demandante el porcentaje por él establecido, teniendo en cuenta que los recursos de la salud son limitados y que no puede reconocerse sumas de dinero sin que se encuentren justificadas, de manera que resulta improcedente la declaratoria solicitada.

5.12.4. Al respecto, la Superintendencia Nacional de Salud, en sentencia S-2018-001047 del 20 de diciembre del 2018, proferida dentro del proceso J-2015-0367, iniciado por la EPS FAMISANAR LTDA contra la Administradora de los Recursos del Sistema de Seguridad Social en Salud- ADRES y otros, indicó que **“(..) las EPS como actores del SGSSS, tienen la obligación de asumir todos los gastos administrativos que se susciten en el ejercicio de sus actividades de aseguramiento y de recaudo de los recursos, no puede pretender que los gastos administrativos en que incurre por el ejercicio ordinario de la radicación de los recobros ante el FOSYGA, (trámite meramente administrativo para el pago de las prestaciones o tecnologías en salud NO POS), deba ser asumido por el ente pagador o por el mismo sistema de salud. Esa erogación no está prevista en la destinación de los recursos de la Subcuenta de Compensación, razón por la cual, al acceder a dicho pedimento, se estaría ordenando un pago injustificado e ilegal que por consiguiente este Despacho no ordenará”** (Negrilla fuera del texto original), providencia que es allegada en copia al presente escrito.

5.12.5. Adicionalmente, en la Sentencia proferida el 30 de junio de 2021, en el proceso 31-2015-00361-01, promovido por EPS Sanitas en contra del Ministerio De Salud Y Protección Social, M.P.: LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ, se señaló respecto a este tema: “debe tener en cuenta esa entidad que los gastos en que pueda incurrir por el ejercicio ordinario de la radicación de recobros ante el FOSYGA, son trámites netamente administrativos y no pueden ser asumidos por el sistema de seguridad social en salud, en este caso la ADRES, como quiera que esta erogación está prevista en la subcuenta de compensación”, de manera que no es procedente su reconocimiento.

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

De manera genérica se propone la excepción de pago, como quiera que existe probabilidad de que algunos de los recobros involucrados en la presente demanda ya hayan sido pagados o que posteriormente puedan pagarse en virtud de mecanismos excepcionales establecidos mediante actos administrativos por parte del Ministerio de Salud y Protección Social, tales como glosa administrativa, glosa transversal, divergencias recurrentes, entre otros, los cuales tuvieron como propósito la flexibilización de los requisitos que contemplaba la normativa que se encontraba vigente.

Cabe resaltar que partir del 1 de agosto de 2017, **la Entidad Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud (SGSSS) ADRES** creada mediante el artículo 66 de la Ley 1753 de 2015, conforme a esta misma normatividad, es la encargada de administrar los recursos que hacen parte del entonces Fondo de Solidaridad y Garantía (FOSYGA), los del Fondo de Salvamento y Garantías para el Sector Salud (FONSAET), los que financien el aseguramiento en salud, los copagos por concepto de prestaciones no incluidas en el plan de beneficios del Régimen Contributivo y los recursos que se recauden como consecuencia de las gestiones que realiza la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP).

Es importante señalar que quien realiza los pagos en el evento en que los recobros sean aprobados, es el administrador de los recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud (SGSSS) hoy dicha función se encuentra en cabeza de la ADRES.

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

5.13. ALGUNOS DE LOS VALORES ACÁ RECLAMADOS YA HAN SIDO RECOBRADOS O PAGADOS CON ANTERIORIDAD POR EL FOSYGA:

Algunas de las prestaciones objeto de la presente demanda pueden ya haber sido recobradas por la entidad demandante y en algunos casos canceladas con anterioridad por el entonces FOSYGA, conforme al anexo técnico suministrado por la ADRES, razón por la cual, no habría lugar a ordenar su pago, toda vez que de hacerlo se estaría incurriendo en un doble pago con recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud. Estos recobros responden a la Glosa: **"La tecnología en salud objeto de recobro ha sido presentada o pagada con anterioridad por el FOSYGA"**.

Con relación a lo indicado, se elevó derecho de petición ante la ADRES, con el fin de que dicha entidad informe, certifique o aporte los documentos respectivos al Despacho, tendientes a demostrar que los recobros que fueron presentados o aprobados en un paquete anterior. La copia del derecho de petición se anexa a la presente contestación.

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

El eventual reconocimiento en vía judicial del pago de los recobros, no puede ser interpretado como error de la auditoría, pues dicha situación puede obedecer a que el Juez estime que pese al no cumplimiento de los requisitos en vía administrativa (de acuerdo con la normatividad aplicable) es viable su pago en sede judicial, en consideración a la jurisprudencia de la Corte Constitucional (C-510 de 2004) como ocurre con la glosa de extemporaneidad, o que el estudio de su procedencia para pago se haga en virtud de normas posteriores a las aplicables, como por ejemplo, normas de mecanismos excepcionales, las cuales flexibilizaron el análisis de los requisitos como medida de saneamiento y con el fin de garantizar el flujo de recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud; puede referirse a prestaciones o tecnologías aclaradas a través del mecanismo de divergencias recurrentes, o acreditar nuevas pruebas incorporadas en el proceso judicial o ser el resultado de una apreciación o criterio diferente.

En otras palabras, se puede considerar viable el pago de los recobros en esta instancia en atención a jurisprudencia constitucional, por cambio normativo o aclaraciones del contenido del plan de beneficios de salud o valoración de nuevos hechos o pruebas, y diferencia de criterios, situaciones que de ningún modo son atribuibles a mis representadas, pues nuevamente se resalta que la ejecución del Contrato de Consultoría por parte de las Unión Temporal integradas por mis representadas, debía evaluarse bajo la óptica propia de la naturaleza misma de las obligaciones de un consultor, en consecuencia estamos en presencia de obligaciones contractuales de medio y no de resultado y por lo tanto la circunstancia acá planteada no constituye un incumplimiento contractual y mucho menos una culpa extracontractual o aquiliana.

La existencia de un régimen de responsabilidad contractual eminentemente subjetivo se ve reforzado por un marco jurídico sectorial inestable, permanentemente reglamentado, con dificultades en la determinación de la vigencia de las normas, sujeto a la interpretación constitucional, con incidencia de instrucciones y conceptos -en ocasiones contradictorios con las propias normas que debían ser implementadas en la auditoría- y bajo la permanente sombra de zonas grises en cuanto a los planes de beneficios, que fueron reconocidas incluso por la propia Corte Constitucional en su sentencia T-760 de 2008 y sus autos de seguimiento, circunstancias que implicaron de manera preponderante la utilización de criterios de interpretación y no de aplicación pura y simple de las normas en particular y el marco jurídico en general, realidad que hace impensable la exigencia -por demás ajena al Contrato- de una auditoría bajo criterios cualitativos del 100%.

Adicionalmente, la auditoría en salud, jurídica y financiera como se ha expresado a lo largo de este documento, se realizó en cumplimiento de la normatividad vigente e instrucciones impartidas por el contratante, es decir, las glosas impuestas obedecieron al acatamiento estricto de un deber legal y contractual, lo cual rompe cualquier nexo de causalidad.

Conforme a lo expuesto, el levantamiento de las glosas en sede judicial no implica que sean atribuibles a un error de auditoría y en todo caso, dicha situación no tiene como

consecuencia que sociedades de carácter privado asuman un pago que legal y jurisprudencialmente radica exclusivamente en cabeza del Estado, a través de la ADRES como entidad administradora de los recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud.

5.15.1. Margen de error permitido:

Desde el momento mismo de la estructuración del Contrato, el Ministerio de Salud y Protección Social determinó que era posible autorizar el cierre de paquetes y posterior pago de los recobros aprobados de forma total, parcial o reliquidados, aun existiendo diferencias de criterio, siempre que las mismas fueran inferiores al margen de error establecido en la metodología de evaluación de la consistencia del resultado de auditoría de los recobros incluidos en cada paquete, por lo tanto no puede pretenderse que pese a la aprobación por parte de la interventoría y posterior reconocimiento por el MSPS o la ADRES de los diferentes paquetes en los que se agruparon los recobros que son reclamados en la demanda, le asista responsabilidad alguna a mis representadas.

Pues se insiste que el proceso de auditoría realizado por las sociedades integrantes de la Unión Temporal estaba sujeto a la revisión de la firma interventora de los contratos del FOSYGA, con base en parámetros de calidad establecidos por el Ministerio de Salud y Protección Social según muestreos aleatorios, que fueron superados con suficiencia por mis representadas y por ello se certificó el cierre de los paquetes.

6. OPOSICIÓN A ALGUNOS MEDIOS PROBATORIOS

6.1. DOCUMENTALES EN PODER DE LA ADRES Y EXHIBICIÓN DE DOCUMENTOS:

A pesar que el demandante en los numerales 1.2 del acápite de pruebas requiere a la ADRES y no a mis representadas, para que aporte los documentos soporte de los recobros que fueron objeto de glosas y exhiba los documentos que en ese sentido se encuentran en su custodia y no a mis representadas, con el fin de evitar interpretaciones contrarias, manifestamos que los medios probatorios solicitados no proceden frente a las sociedades integrantes de la Unión Temporal FOSYGA 2014, ya que esta una vez finalizaba el trámite de auditoría en salud, jurídica y financiera devolvía los recobros y sus soportes a las EPS recobrantes en los eventos en que el resultado de la auditoría era no aprobado, rechazo o devuelto. En otras palabras, en su custodia no se encuentra ninguno de los documentos radicados por la accionante con el fin de llevar a cabo el trámite de la auditoría.

6.2. DICTAMEN PERICIAL:

La parte actora solicita el decreto y práctica de dictamen pericial de carácter administrativo y financiero y si bien se observa que el juzgado no hizo referencia al dictamen solicitado en oportunidad anterior a la contestación de la demanda, se solicita tener en cuenta para el momento del decreto de la prueba lo siguiente:

El dictamen tiene por objeto realizar interpretaciones normativas que le corresponden única y exclusivamente al Juez y que no tienen que ver con aspectos que requieran especiales conocimientos científicos, artísticos o técnicos. En consecuencia, con fundamento en lo dispuesto en el inciso tercero del artículo 226 del CGP, solicito que se deniegue la práctica de este medio probatorio.

En el evento en que se conceda la oportunidad de aportar dicho dictamen pericial a la parte actora, para efectos de su contradicción, me reservo el derecho de solicitar la comparecencia de quienes rindan dichas experticias a la audiencia de práctica de pruebas y juzgamiento, con el propósito de interrogarlo bajo juramento acerca de su idoneidad e imparcialidad y sobre el contenido del dictamen y/o aportar otro dictamen, de conformidad con lo señalado en el artículo 228 del Código General del Proceso, aplicable por remisión del artículo 145 del Código de Procedimiento Laboral.

7. MEDIOS DE PRUEBA

7.1. DOCUMENTOS:

Solicito de manera atenta que se tengan como pruebas los documentos que a continuación relaciono y que serán aportados a través de link en "One Drive": [MEDIOS DE PRUEBA - CONTESTACIÓN DEMANDA- 2018-00273 \(JL 20\)](#)

7.1.1. Una carpeta adjunta denominada "**CONTRATO 043 de 2013**" que contiene los siguientes documentos:

7.1.1.1. DOCUMENTO DE CONFORMACIÓN UTF2014 – Precisa la integración de la Unión Temporal FOSYGA 2014 para participar en el concurso de méritos abierto CMA DAFPS N° 001 de 2013 suscrito el 10 de octubre de 2013.

7.1.1.2. RESOLUCIÓN 7941 DEL 29-11-13 ADJUDICACIÓN CONCURSO DE MERITOS – Por la cual se adjudicó el concurso de méritos abierto CMA DAFPS N° 001 de 2013 a la Unión Temporal FOSYGA 2014.

7.1.1.3. ANEXO TÉCNICO DEFINITIVO - OCT - 2013 – contiene: los requerimientos técnicos, metodología y plan de cargas de trabajo para la auditoria de recobros y reclamaciones.

7.1.1.4. CONTRATO 043 DE 2013 – suscrito entre el Ministerio de Salud y Protección Social y las sociedades integrantes de la Unión Temporal FOSYGA 2014 el 10 de diciembre de 2013.

7.1.1.5. PÓLIZA DE CUMPLIMIENTO 2286761 EXPEDIDA EL 11-12-13 - suscrita con ocasión del Contrato de Consultoría N° 043 de 2013.

7.1.1.6. CERTIFICACIÓN DE NO EXPIRACIÓN DE PÓLIZA - 12-12-13 - Expedida por LIBERTY SEGUROS S.A. mediante el cual certifica que la póliza no expirará por falta de pago de la prima de la póliza o de los certificados o anexos que se expidan con fundamento en esta.

7.1.1.7. CONDICIONES PÓLIZA DE CUMPLIMIENTO - Documento expedido por LIBERTY SEGUROS S.A. con las condiciones de la Póliza de cumplimiento a favor de entidades estatales – versión marzo de 2013.

7.1.1.8. PÓLIZA DE CUMPLIMIENTO – ANEXO MODIFICACIÓN – 16-12-13 - suscrita con ocasión del Contrato de Consultoría N° 043 de 2013.

7.1.1.9. ACTA DE INICIO DEL CONTRATO – 16-12-13 – Refiere el inicio de ejecución del contrato de consultoría N° 043 de 2013.

7.1.1.10. OTROSÍ APROPIACIÓN DE RECURSOS - 06-02-18 – Mediante el cual se apropian recursos a la cláusula cuarta del Contrato de Consultoría N° 043 de 2013 en la suma de CINCO MIL SESENTA Y TRES MILLONES NOVECIENTOS OCHENTA Y SIETE MIL CIENTO CUATRO PESOS CON TREINTA Y CUATRO CENTAVOS (\$5.073.987.104,34) M/CTE

7.1.1.11. PRÓRROGA NO. 1 y OTROSÍ MODIFICATORIO NO. 2 – Por el cual se modifica la cláusula tercera del contrato N° 043 de 2013, y se ordena la modificación de la garantía única que ampara el contrato.

7.1.1.12. MODIFICACIÓN DOCUMENTO DE CONFORMACIÓN UTF2014 – suscrita el 21 de diciembre de 2017.

7.1.1.13. ACTA DE LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO – Copia del acta de liquidación bilateral Contrato de Consultoría N° 043 de 2013 celebrado entre el Ministerio de Salud y Protección Social - ADRES y la UNIÓN TEMPORAL FOSYGA 2014 el 30 de octubre de 2020.

7.1.2 DERECHOS DE PETICIÓN elevados ante la Administradora de Recurso del Sistema General de Seguridad Social en Salud- ADRES dirigidos al Dr. Marcos Jaher Parra Oviedo en

su calidad de Jefe de la Oficina Asesora Jurídica, a través de los correos señalados por la entidad para esta clase de radicaciones, con el fin que se certifique:

7.1.2.1. Se certifique si los recobros objeto de la presente demanda fueron pagados a través de mecanismos ordinarios o excepcionales. Se acompaña el correo electrónico que soporta la petición, de los anexos y del mensaje que confirma la entrega.

7.1.2.2. Solicitud de copia de las certificaciones de cierre definitivo de paquetes, emitidas por la firma interventora JAHV MCGREGOR. Se acompaña el correo electrónico que soporta la petición y la confirmación de entrega.

7.1.3. Un archivo Excel denominado "**ANEXO TÉCNICO**", contentivo de la base de datos aportada por la ADRES nombrada "**PJU_2018-00273 UT EPS ALIANSALUD_Reporte**".

7.1.4. Un archivo Excel denominado "**PRONUNCIAMIENTO PRETENSIONES**" que hace parte integral de esta contestación y contiene, como su nombre lo indica la posición asumida por mis representadas frente a las pretensiones contenidas en la demanda.

7.1.5. Una carpeta denominada "**NOTAS EXTERNAS Y OFICIO MSPS**" que contiene la siguiente información (Notas externas que se citan en el acápite de líneas o mecanismos de los recobros):

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

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

7.1.5.3-Nota Externa 201433200100153 de 2014: Precisiones para efectos de la presentación de los recobros por concepto DIVERGENCIAS RECURRENTE

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

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

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

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

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

7.1.5.9-Nota Externa 201533200021483 de 2015: Periodo de radicación - Divergencias recurrentes.

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

7.1.5.11- Nota Externa 201433210469851 del 7 de abril de 2014.

7.1.5.12-Nota Externa 201433100142683 de 2014: Precisiones Resolución 5395 de 2013, Sentencia T-160 de 2008

7.1.5.13-Nota Externa 201433200009753 de 2014: Amplía período de radicación de MYT01-02 para el mes de enero de 2014 - Resolución 5395 de 2013

7.1.5.14-Nota Externa 201433200014303 de 2014: Formatos y Anexos Técnicos para el proceso de verificación, control y pago de solicitudes de Recobro

7.1.5.15-Nota Externa 201433200040343 de 2014: Amplía período de radicación de MYT01-02 para el mes de enero de 2014 - Resolución 5395 de 2013

7.1.5.16-Nota Externa 201433200063693 de 2014: Amplía período de radicación de MYT01-02 para el mes de marzo de 2014 - Resolución 5395 de 2013

7.1.5.17-Nota Externa 201433200152233 de 2014: Adopción del anexo técnico de Comparadores Administrativos para medicamentos no incluidos en el Plan de Beneficios

7.1.5.18-Nota Externa 201433200170103 de 2014: Validaciones excepcionales BDUA radicación mes de julio de 2014

7.1.5.19-Nota Externa 201433200174923 de 2014: Ampliación período de recepción de soportes documentales de recobros con validaciones excepcionales BDUA - Radicación mes de julio de 2014

7.1.5.20-Nota Externa 201433200179423 de 2014: Precisiones Resolución 5395 de 2013

7.1.5.22-Nota Externa 201433200207053 de 2014: Periodo de aplicación Nota Externa 20143320019009 del 01-08-2014

7.1.5.23-Nota Externa 201433200208153 de 2014: Conciliación de etapas de pre radicación y radicación del proceso ordinario (MYT 01-02) de Recobros

7.1.5.24-Nota Externa 201433200214183 de 2014: Pre radicación de solicitudes de recobros con excepciones de validación de BDUA

7.1.5.25-Nota Externa 201433200266343 de 2014: Ampliación periodo de radicación octubre de 2014 - Resolución 5395 de 2013

7.1.5.26-Nota Externa 201433200293623 de 2014: Entrada en vigencia formato de justificación médica de tecnologías en salud ordenadas por fallos de tutela que no sean expresos o que ordenen tratamiento integral con o sin comparador administrativo y formato de acta de comité técnico científico.

7.1.5.27-Nota Externa 201433200296523 de 2014: Lineamientos y criterios técnicos respecto de exclusiones del POS y prestaciones que no pueden ser financiadas con recursos del Sistema General de Seguridad Social en salud (SGSSS)

7.1.5.28-Nota Externa 201433200306443 de 2014: Ampliación período para la nueva presentación de recobros con resultados de auditoría integral, Resolución 5395 de 2013

7.1.5.29-Nota Externa 201433200308473 de 2014: Ampliación período de radicación de noviembre de 2014, Resolución 5395 de 2013

7.1.5.30-Nota Externa 201433200679191 de 2014: Ampliación periodo de radicación mayo de 2014 - Resolución 5395 de 2013

7.1.5.31-Nota Externa 201533200009313 de 2015: Ampliación período de radicación de enero de 2015

7.1.5.32-Nota Externa 201433200161573 de 2014: Ampliación periodo para la presentación de objeción a los resultados de auditoría

7.1.5.33-Nota Externa 201433200190093 de 2014: Formatos para la presentación de objeción de los resultados de auditoría integral - Artículo 31 de la Resolución 5395 de 2013.

7.1.5.34-Nota Externa 201433200271553 de 2014: Ampliación periodo para la presentación de objeción a los resultados de auditoría integral Resolución 5395 de 2013

7.1.5.35-Nota Externa No. 3993 de 2012: Instructivo para la presentación de recobros y reclamaciones en trámite de conciliación prejudicial.

7.1.5.36-Nota Externa 201733200087993 de 2017

7.1.5.37-Nota externa 201733200149353 de 2017

7.1.5.38-Oficio No 201433201753111 del 05 de diciembre de 2014: Criterios de Auditoría del Comité de Definición de Criterios y Lineamientos Técnicos para el Reconocimiento de Tecnologías en Salud NO POS

7.1.6. Una carpeta denominada “**PRECEDENTES**” que contiene la siguiente información:

7.1.6.1. Copia de la sentencia de segunda instancia de fecha 16 de abril de 2018, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá- Sala de Decisión Laboral, MP. Dra. Marleny RuedaOlarte.

7.1.6.2. Copia de la sentencia de fecha 24 de abril de 2018, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá- Sala de Decisión Laboral, MP. Dra. María Isabel Arango Secker.

7.1.6.3. Copia de la sentencia de fecha 25 de junio de 2020, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá- Sala de Decisión Laboral, MP. Dra. Ángela Lucía Murillo Varón.

7.1.6.4. Copia de la Sentencia del 30 de junio de 2021, proferida por el Tribunal Superior de Bogotá – Sala Laboral – MP Luis Carlos González Velásquez dentro del proceso N° 11001310503120150036101.

7.1.6.5. Copia de la Sentencia de fecha 17 de septiembre de 2018 proferida por la delegada con funciones jurisdiccionales de la Superintendencia Nacional de Salud, dentro del proceso radicado J- 2015-00792, que corresponde a un precedente frente a la ausencia de responsabilidad de mi prohijada.

7.1.6.6. Copia de la Sentencia de fecha 20 de diciembre de 2018 proferida por esa delegada, dentro del proceso radicado J-2015-0367, que corresponde a un precedente frente a la ausencia de responsabilidad de mi prohijada.

7.1.6.7. Copia de la Sentencia proferida por la delegada con funciones jurisdiccionales de la Superintendencia Nacional de Salud, dentro del proceso radicado, de fecha S-2019-000524 del 25 de abril del 2019, proferida dentro del proceso J-2015-0003.

7.1.6.8. Copia de la Sentencia proferida por la delegada con funciones jurisdiccionales de la Superintendencia Nacional de Salud, dentro del proceso radicado, de fecha S-2020-001237 del 07 de julio del 2020, proferida dentro del proceso J-2015-0024.

7.1.6.9. Copia de la Sentencia proferida por la delegada con funciones jurisdiccionales de la Superintendencia Nacional de Salud, dentro del proceso radicado, de fecha S-2020-001637 del 28 de agosto del 2020, proferida dentro del proceso J-2015-0037.

7.1.6.10. Copia de la Sentencia proferida por la delegada con funciones jurisdiccionales de la Superintendencia Nacional de Salud, dentro del proceso radicado, de fecha S-2021-000541 del 31 de marzo de 2021, proferida dentro del proceso J-2015-0032.

7.1.6.11. Copia de la Sentencia proferida por la delegada con funciones jurisdiccionales de la Superintendencia Nacional de Salud, dentro del proceso radicado, de fecha S-2021-000675 del 15 de abril de 2021, proferida dentro del proceso J-2015-0038.

7.1.6.12. Copia de la Sentencia proferida por la delegada con funciones jurisdiccionales de la Superintendencia Nacional de Salud, dentro del proceso radicado, de fecha 28 de abril de 2021, proferida dentro del proceso J-2015-0045.

7.1.6.13. Copia de la Sentencia proferida por la delegada con funciones jurisdiccionales de la Superintendencia Nacional de Salud, dentro del proceso radicado, de fecha 30 de abril de 2021, proferida dentro del proceso J-2015-0039.

7.1.6.14. Copia de la Sentencia proferida por la delegada con funciones jurisdiccionales de la Superintendencia Nacional de Salud, dentro del proceso radicado, de fecha 1 de julio de 2021, proferida dentro del proceso J-2015-0036.

7.1.6.15. Copia de la Sentencia proferida por la delegada con funciones jurisdiccionales de la Superintendencia Nacional de Salud, dentro del proceso radicado, de fecha 15 de diciembre de 2021, proferida dentro del proceso J-2015-0027.

7.1.6.16. Copia de la Sentencia proferida por la delegada con funciones jurisdiccionales de la Superintendencia Nacional de Salud, dentro del proceso radicado, de fecha 15 de diciembre de 2021, proferida dentro del proceso J-2015-0043.

7.1.6.17. Copia de la Sentencia proferida por la delegada con funciones jurisdiccionales de la Superintendencia Nacional de Salud, dentro del proceso radicado, de fecha 8 de octubre de 2021, proferida dentro del proceso J-2015-0028.

7.1.6.18. Copia de la Sentencia proferida por la delegada con funciones jurisdiccionales de la Superintendencia Nacional de Salud, dentro del proceso radicado, de fecha 16 de junio de 2022, proferida dentro del proceso J-2016-0087.

7.1.6.19. Copia de la Sentencia proferida por la delegada con funciones jurisdiccionales de la Superintendencia Nacional de Salud, dentro del proceso radicado, de fecha 7 de Julio de 2022, proferida dentro del proceso J-2016-0088.

7.1.6.20. Copia de la Sentencia proferida por la delegada con funciones jurisdiccionales de la Superintendencia Nacional de Salud, dentro del proceso radicado, de fecha 7 de Julio de 2022.

7.1.7 Carpeta denominada "**MANUALES DE AUDITORÍA**" en la cual se aportan algunos de los manuales de auditoría aplicados en el trámite de auditoría efectuado a los recobros objeto de la presente demanda:

7.1.7.1. Manual de auditoría "MAYO 2015"

7.1.7.2. Manual de auditoría "27022015_SIG-F04_Manual_de_Auditoria_v1"

7.1.7.3. Listado Glosas Resolución 5395 de 2013 (Previo a la entrada en vigencia del Manual de Auditoría).

7.2. TESTIMONIOS:

7.2.1. Solicito que se decrete el testimonio de **MARÍA ESPERANZA ROZO GÓMEZ**, mayor de edad, con domicilio en Bogotá D.C., quien se localiza en la Calle 32 No. 13 – 07 y en el correo electrónico: esperanza.rozo@utfosyga2014.com. La testigo declarará sobre las obligaciones contractuales adquiridas por la Unión Temporal FOSYGA 2014, la ejecución de los Contratos de Consultoría No. 055 de 2011 y 043 de 2013, el origen de los recursos con los cuales se cancelan los recobros en el Sistema General de Seguridad Social en Salud, las auditorías efectuadas por las mencionadas firmas, las directrices e instrucciones impartidas por el Ministerio de Salud y Protección Social en el trámite de auditoría (notas externas, circulares), los criterios tomados en cuenta para efectuar la auditoría integral, los demás hechos de la demanda, su contestación y las excepciones.

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

7.3. OFICIOS:

7.3.1. Toda vez que para la fecha de presentación de la presente respuesta a la demanda no se obtuvo respuesta a los derechos de petición presentados por la suscrita ante la Administradora de Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud- ADRES (actuaciones adelantadas en cumplimiento de lo previsto en el numeral 10 del artículo 78

del Código General del Proceso), solicito respetuosamente al Despacho que se oficie o exhorte a dicha entidad para que con destino a este proceso:

- Allegue certificación o informe si los recobros objeto de la presente demanda han sido pagados a través de mecanismos excepcionales o mecanismos ordinarios.
- Se certifique "Si los recobros relacionados en el derecho de petición radicado el 28-10-21 fueron presentados y/o pagados en otros paquetes.
- Copia de las certificaciones de cierre definitivo de paquetes, emitidas por la firma interventora JAHV MCGREGOR relacionadas con los paquetes auditados por la **Unión Temporal FOSYGA 2014** y los recobros que son objeto de litigio.

8. ANEXOS

Presento los siguientes:

8.1. Los documentos enunciados en el acápite de pruebas.

8.2. En documento separado se formulan llamamientos en garantía a ADRES y a la Aseguradora CHUBB SEGUROS S.A.

9. DIRECCIONES Y NOTIFICACIONES

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

9.1. DEMANDANTE: EPS ALIANSALUD:

- Domicilio: Calle 63 No. 28-76- Bogotá.
- Dirección electrónica notificación: notificacionesjudiciales@aliansalud.com.co
- Dirección electrónica apoderado: juanmanuel@diazgranados.co

-

➤ OTROS DEMANDADOS:

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

- Domicilio: Calle 26 No. 69-76. Torre 1 Piso 17- Edificio Elemento
- Dirección electrónica notificación judicial: notificacionesjudiciales@adres.gov.co

➤ LLAMADO EN GARANTÍA:

9.3. DE LA SOCIEDAD LLAMADA EN GARANTÍA: CHUBB SEGUROS COLOMBIA S.A:

- Domicilio Principal: Calle 116 No. 7-15. Oficina 1201. Edificio Cusezar – Bogotá D.C.
- Dirección electrónica notificación judicial: notificacioneslegales.co@chubb.com

➤ En lo que se refiere a las Sociedades que conformaron la **UNIÓN TEMPORAL FOSYGA 2014:**

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

- Correo notificaciones judiciales: impuesto.carvajal@carvajal.com

- Domicilio: Calle 29 Norte # 6ª-40- Santiago de Cali.
- Teléfono: (1) 410 04 00 Extensión 18400

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

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

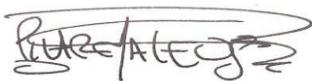
9.6. SERVIS OUTSORCING INFORMÁTICO SOCIEDAD POR ACCIONES SIMPLIFICADA – SERVIS S.A.S.:

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

9.7. APODERADA DE LAS SOCIEDADES QUE INTEGRARON LA UNIÓN TEMPORAL FOSYGA 2014:

- **ALIDA DEL PILAR MATEUS CIFUENTES**, apoderada de las sociedades mencionadas
- Correos electrónicos: pilar.mateus@utfosyga2014.com
- Teléfono: 3045304501

Atentamente,



ALIDA DEL PILAR MATEUS CIFUENTES,
C.C. No. 37.627.008
T.P. No. 221.228 del C. S. de la J.
pilar.mateus@utfosyga2014.com