|  |  |
| --- | --- |
| CIUDAD Y FECHA | **Bogotá D.C., treinta y uno (31) de julio de dos mil diecinueve (2019)** |
| REFERENCIA | **Expediente No. 11001333603420130006100** |
| DEMANDANTE | **SALUD TOTAL EPS** |
| DEMANDADO | **NACIÓN - MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCION SOCIAL, CONSORCIO FIDUFOSYGA 2005 Y CONSORCIO SAYP 2011** |
| MEDIO DE CONTROL | **REPARACION DIRECTA** |
| ASUNTO | **FALLO DE PRIMERA INSTANCIA** |

Agotado el trámite procesal sin que se observe causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a dictar sentencia en el proceso de **REPARACION DIRECTA** iniciado por **SALUD TOTAL EPS** contra **NACIÓN - MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCION SOCIAL, CONSORCIO FIDUFOSYGA 2005 Y CONSORCIO SAYP 2011.**

* 1. **ANTECEDENTES:**
  2. **La DEMANDA**
     1. **PRETENSIONES PRINCIPALES:**

***“PRIMERA.*** *Que se declare solidariamente responsable a la* ***NACIÓN – MINISTERIO DE SALUD Y DE LA PROTECCIÓN SOCIAL, CONSORCIO FIDUFOSYGA 2005 Y LAS SOCIEDADES FIDUCIARIAS QUE LO INTEGRAN, CONSORCIO SAYP 2011 Y LAS SOCIEDADES FIDUCIARIAS QUE LO INTEGRAN, LA UNIÓN TEMPORAL NUEVO FOSYGA Y LAS SOCIEDADES FIDUCIARIAS QUE INTEGRAN LA UNIÓN*** *de los daños antijurídicos causados por estos a SALUD TOTAL EPS S.A. como consecuencia del descuento unilateral por concepto de servicios de salud prestados a sus afiliados, que presuntamente se encontraban fallecidos para la fecha de la prestación del servicio y que fueron legalmente recobrados por Salud Total EPS S.A., como también por los demás daños y perjuicios que le ocasionaron a la EPS que represento*.

***SEGUNDA.*** *Como consecuencia de lo anterior, se condene a los demandados al pago de* ***MIL TRESCIENTOS OCHENTA Y OCHO MILLONES CIENTO NOVENTA Y SIETE MIL CIENTO TREINTA Y SEIS PESOS. ($1.388.197.136),*** *suma que le fue descontada a mi representada por considerar que los servicios de salud recobrados y cuyo pago ya se habían efectuado, fueron prestados a sus afiliados con posterioridad a la fecha de fallecimiento.*

***TERCERA.*** *Se condene a los demandados al reconocimiento y pago de los* ***intereses corrientes*** *generados desde que se efectuó el descuento, hasta que efectivamente se haga el reintegro del valor demandado.*

***CUARTA.*** *Se condene a los demandados al reconocimiento y pago de los* ***intereses moratorios*** *de conformidad con el Código de Comercio, desde la fecha en la que se efectuaron los descuentos hasta que se verifique el pago.*

***QUINTA.*** *Que las sumas reconocidas por concepto de perjuicios materiales sean debidamente* ***indexadas*** *de conformidad con la jurisprudencia del Consejo de Estado.*

***SEXTA.*** *Que se reconozca cualquier otro daño material, demostrado en el transcurso del proceso.*

***SEPTIMA.*** *Que se reconozca los gastos en que se está incurriendo mi representada por concepto de esta demanda, tales como costas procesales, gastos de notificación, pago de peritos, curadores, publicaciones y en especial, las relacionadas con el pago de honorarios que generan el ejercicio de esta acción.*

***OCTAVA.*** *Que en la sentencia se tenga en cuenta lo dispuesto en los artículos 176, 177 y 178 del C. C. A.*

* + 1. **PRETENSIONES SUBSIDIARIAS**

***PRIMERA.*** *Se declare que la* ***NACIÓN - MINISTERIO DE SALUD Y DE LA PROTECCIÓN SOCIAL, EL CONSORCIO FIDUFOSYGA 2005 Y LAS SOCIEDADES FIDUCIARIAS QUE LO INTEGRAN, CONSORCIO SAYP 2011 Y LAS SOCIEDADES FIDUCIARIAS QUE LO INTEGRAN, LA UNIÓN TEMPORAL NUEVO FOSYGA Y LAS SOCIEDADES COMERCIALES QUE LA INTEGRAN,*** *se han enriquecido sin justa causa, como consecuencia del descuento ilegal e injustificado que realizó a mi representada por un valor de MIL TRESCIENTOS OCHENTA Y OCHO MILLONES CIENTO NOVENTA Y SIETE MIL CIENTO TREINTA Y SEIS PESOS. ($ 1.388.197.136), al considerar que los servicios de salud recobrados y cuyo pago ya se habían efectuado, fueron prestados a sus afiliados con posterioridad a la fecha de fallecimiento.*

*Los demandados incurren en enriquecimiento sin justa causa en el evento en el que efectúan el descuento de recursos a los que mi representada tiene derecho, toda vez que garantizó a sus afiliados servicios de salud por fuera de las coberturas del POS y en consecuencia estos valores deben ser restituidos, de lo contrario, se estaría generando un ingreso patrimonial injustificado al estado frente a un correlativo detrimento a las finanzas de mi representada en particular y del Sistema General de Seguridad Social en Salud en General.*

***SEGUNDA.*** *Como consecuencia de lo anterior, se condene a los demandados, los cuales fueron claramente identificadas en el acápite pertinente, al pago de MIL TRESCIENTOS OCHENTA Y OCHO MILLONES CIENTO NOVENTA Y SIETE MIL CIENTO TREINTA Y SEIS PESOS. ($ 1.388.197.136), suma que le fue descontada a mi representada por considerar que los servicios de salud recobrados y cuyo pago ya se habían efectuado, fueron prestados a sus afiliados con posterioridad a la fecha de fallecimiento.*

***TERCERA.*** *Se condene a los demandados al reconocimiento y pago de los intereses corrientes generados desde que se efectuó el descuento, hasta que efectivamente se haga el reintegro del valor demandado.*

***CUARTA.*** *Se condene a los demandados al reconocimiento y pago de los intereses moratorios de conformidad con el Código de Comercio, desde la fecha en la que se efectuaron los descuentos hasta que se verifique el pago.*

***QUINTA.*** *Que las sumas reconocidas por concepto de perjuicios materiales sean debidamente indexadas de conformidad con la jurisprudencia del Consejo de Estado.*

***SEXTA.*** *Que se reconozca cualquier otro daño material, demostrado en el transcurso del proceso.*

***SEPTIMA.*** *Que se reconozca los gastos en que se está incurriendo mi representada por concepto de esta demanda, tales como costas procesales, gastos de notificación, pago de peritos, curadores, publicaciones y en especial, las relacionadas con el pago de honorarios que generan el ejercicio de esta acción.*

***OCTAVA.*** *Que en la sentencia se tenga en cuenta lo dispuesto en los artículos 176, 177 y 178 del C. C. A.*

***NOVENA.*** *Que en el hipotético caso, que no se de mérito a las pretensiones principales por considerarse que la reparación directa no es el proceso adecuado para ejecutarlas, sírvase su honorable despacho determinar cuál sería la vía adecuada para conocer y fallar de fondo acerca de las pretensiones de la demanda”.*

* + 1. Los **HECHOS** sobre los cuales se basa su petición son en síntesis los siguientes:
       1. El 16 de mayo del 2011 **SALUD TOTAL EPS** recibió el oficio No. AUD 0354-11, proveniente del CONSORCIO FIDUFOSYGA 2005, a través del cual le manifiestan que “1027 recobros que fueron presentados, aprobados y pagados, correspondían a usuarios que se encontraban fallecidos con anterioridad a la prestación del servicio, por la suma de **DOS MIL DOSCIENTOS SETENTA Y DOS MILLONES DOSCIENTOS TREINTA Y TRES MIL CIENTO CUARENTA Y OCHO PESOS ($2.272.233.148) (…)** por lo tanto dicho dinero debe ser reintegrado dentro de los 20 días de que trata el artículo 3 del decreto 1281 de 2002, so pena de proceder a descontarlo unilateralmente en uso de la figura de la compensación de deudas descrita en el Código Civil.
       2. El **16 de junio de 2011** SALUD TOTAL EPS, expone las razones de HECHO y de DERECHO que justifican la improcedencia del descuento, aportando todo el material probatorio correspondiente, lo cual se hizo en un total de 27.046 anexos y/o folios.
       3. El Consorcio Fidufosyga 2005, radica en **SALUD TOTAL EPS**, el oficio No. MYT-1074-11 CD, de fecha 23 de junio de 2011, a través del cual informa que del valor total aprobado por concepto de medicamentos No **POS** pertenecientes al régimen Contributivo, se descontó la suma de ($2.272.233.148) toda vez que fue superado el término de los 20 días otorgados y no se efectuó el reintegro.
       4. El Consorcio Fidufosyga 2005, radica en Salud Total EPS, el oficio No. AUD – 476 - 11 CD, de fecha 12 de julio de 2011 informando que en aplicación de lo dispuesto por el inciso tercero del artículo 3 y el artículo 15 del Decreto 1281 de 2002, debe pagar por concepto de intereses moratorios la suma de **MIL CIENTO CUARENTA Y TRES MILLONES NOVECIENTOS DIECIOCHO MIL DOSCIENTOS NOVENTA Y DOS PESOS CON SETENTA Y SEIS CENTAVOS ($1.143.918.292.76).**
       5. El 12 de agosto de 2011 nuevamente SALUD TOTAL EPS, procede a rendir las aclaraciones y a presentar todos los argumentos que acreditan la absoluta improcedencia del pago de intereses moratorios.
       6. El Consorcio a través de oficio AUD-0561-11 de fecha 26 de agosto de 2011, confirma el descuento por concepto de capital, sobre los recobros objeto de debate, en una suma equivalente a **MIL QUINIENTOS NOVENTA Y CINCO MILLONES QUINIENTOS CUARENTA Y TRES MIL TRESCIENTOS VEINTINUEVE PESOS ($1.595.543.329),** anunciando la devolución en favor de ésta EPS de la suma de **SEISCIENTOS SETENTA Y SEIS MILLONES SEISCIENTOS OCHENTA Y NUEVE MIL OCHOCIENTOS DIECINUEVE PESOS ($676.689.819)** que corresponden a 384 recobros que fueron justificados por Salud Total. En dicho oficio se informa: Que el Consorcio procedió a realizar una nueva revisión sobre los físicos de los recobros objeto de la controversia, obteniendo como resultado que la entidad que usted representa radicó 643 recobros por concepto de servicios NO POS prestados a afiliados que figuran en la base de datos de la Registraduría Nacional de Estado Civil como fallecidos para la fecha de prestación del servicio.
       7. Los descuentos tanto por concepto de capital como de intereses que efectuó el Consorcio Fidufosyga 2005 a SALUD TOTAL EPS, lo hizo sin tener en cuenta la instrucción del Ministerio de la Protección Social.
       8. El Consorcio Fidufosyga 2005, a través de oficio AUD-0566-11 de fecha 30 de agosto de 2011 manifiesto que procedió a realizar un descuento por concepto de intereses moratorios en una suma equivalente a **SETECIENTOS SETENTA Y CINCO MILLONES CUATROCIENTOS NOVENTA MIL SETECIENTOS SESENTA Y TRES PESOS ($775.490.763).**
       9. La suma que realmente descontó el Consorcio Fidufosyga 2005, por concepto de intereses moratorios, sobre los recobros objeto de debate, fue de **SETECIENTOS SETENTA Y DOS MILLONES SEISCIENTOS CUARENTA Y CINCO MIL SETECIENTOS SETENTA Y CINCO PESOS ($772.645.775)** tal como lo certifica el área Financiera de Salud Total EPS S.A., suma que fue descontada en los procesos de compensación: 2do de Julio de 2011 y 1ro de Agosto de 2011, valor que a la fecha no ha sido reintegrado a la EPS. [[1]](#footnote-1)
       10. El Consorcio Fidufosyga 2005, al continuar evaluando las justificaciones presentadas por SALUD TOTAL EPS, encontró que de los 643 recobros que ellos consideraban injustificados, 51 de ellos si lo estaban y en consecuencia, ordena el reembolso a favor de Salud Total EPS de la suma de **CINCUENTA Y NUEVE MILLONES OCHOCIENTOS SETENTA Y UN MIL NOVECIENTOS CUARENTA Y UN PESOS M/CTE ($59.871.941)** junto a la suma de **CUARENTA MILLONES TRESCIENTOS OCHENTA Y DOS MIL SETECIENTOS UN PESOS ($ 40.382.701),** dineros que a la fecha de presentación de esta demanda, no han sido girados a favor de mi representada.
       11. En conclusión, el Consorcio Fidufosyga 2005, descontó a Salud Total EPS la suma de $ 615.551.361 **(SEISCIENTOS QUINCE MILLONES QUINIENTOS CINCUENTA Y UN IN MIL TRESCIENTOS SESENTA Y UN PESOS),** que corresponden a 324[[2]](#footnote-2) cuentas de recobro en las cuales está plenamente demostrado que la fecha de prestación de los servicios de salud es anterior y/o igual a la fecha de fallecimiento de los afiliados y la suma de **SETECIENTOS SETENTA Y DOS MILLONES SEISCIENTOS CUARENTA Y CINCO MIL SETECIENTOS SETENTA Y CINCO PESOS ($772.645.775)** por concepto del interés de ese capital descontado, **LO CUAL SUMA UN GRAN TOTAL DESCONTADO DE MIL TRESCIENTOS OCHENTA Y OCHO MILLONES CIENTO NOVENTA Y SIETE MIL CIENTO TREINTA Y SEIS PESOS. ($ 1.388.197.136).**
       12. De los 324, 51 recobros de manera expresa y pese a que a la fecha no se ha hecho, el Consorcio Fidufosyga 2005 avaló la explicación y declaró procedente el reintegro de esos recursos, y los restantes 273 recobros tienen como soportes de evidencia la aplicación del medicamento NO POS, así como el fallecimiento intrahospitalario: Usuarios en los que se evidencia aplicación y/o suministro del medicamento NO POS recobrado y descontado unilateralmente por el Consorcio Fidufosyga 2005.
       13. El Director General de Financiamiento del entonces **Ministerio de la Protección Social, remite comunicación al Representante Legal del Consorcio Fidufosyga 2005**, asunto: *“Aplicación descuentos recursos apropiados o reconocidos sin justa causa”* ordenando restituir los recursos descontados a la EPS Y EOC en el proceso de ajuste de la BDUA del mes de agosto de la anualidad, lo cuales se efectuaron en contravía de la instrucción.

También envía **comunicación 295246 de 27 de Septiembre del 2011** a la Representante Legal de SALUD TOTAL EPS S.A., en la que le manifiesta: (...) No obstante lo anterior, el Consorcio posterior a sendas instrucciones efectuó descuentos de recursos apropiados sin justa causa por parte de las EPS y EOC, razón por la cual esta Dirección solicitó la correspondiente restitución, sin embargo es importante aclarar que tal restitución obedece al incumplimiento de una instrucción cual era la de efectuar los descuentos con estricta sujeción a lo previsto en el artículo 3 del Decreto – Ley 1281 del 2002, más no porque este Ministerio considere que las EPS no deban reintegrar tales recursos.

En este orden de ideas es claro que el Ministerio de la Protección Social no disiente de la viabilidad de solicitar el reintegro de los recursos reconocidos indebidamente o sin justa causa, pues mal haría en propiciar un detrimento en los recursos del SGSSS, de lo que se aparta temporalmente es de la forma como se efectuaron tales descuentos, mientras se define jurídicamente si la figura de la compensación prevista en el artículo 1715 del Código Civil es aplicable a este tipo de casos (..) el subrayado fuera del texto.//Así las cosas, el Ministerio de la Protección Social, acepta la indebida aplicación del artículo 3 del Decreto – Ley 1281 de 2002 por parte del CONSORCIO FIDUFOSYGA 2005 y de manera expresa, reconoce la no procedencia de la figura de la compensación de deudas que estaba aplicando el citado consorcio, esta una clara y evidente falla en el servicio.

* + - 1. El Ministro de Salud y de la Protección Social a través de comunicación 12100 00272707 de fecha 8 de Septiembre del 2011 dirigida al **Dr. FUAD VELASCO JURI** Presidente de la Fiduciaria Bancolombia le ordenó: (…) Ahora bien y en atención a que al interior del Ministerio se está revisando la viabilidad de la figura de la compensación de que trata el artículo 1715 del Código Civil, le **solicito suspender el reintegro de recursos por esta vía y solo se efectúe el reintegro en lo previsto en el artículo 3 del Decreto - Ley 1281 del 2002, que corresponde a los lineamientos arriba mencionados** (…) (Subraya y Negrita fuera de texto).
      2. EL Consorcio Fidufosyga 2005 mediante comunicación AUD -0590-11 de fecha 16 de Septiembre del 2011 FISUFOSYGA 2005 le informa a Salud Total EPS S.A que el Consorcio restituyó el 13 de septiembre los recursos descontados a las EPS Y EOC en el proceso de ajuste de la BDUA del mes de agosto de la presente anualidad, diferentes a los conceptos del proceso de compensación y suspendió la aplicación del mecanismo de extinción de las obligaciones por compensación, que señala el artículo 1715 del Código Civil, conforme a lo instruido en el oficio 12100-272707 radicado 4740 del 8 de Septiembre de 2011 (…).

Mediante comunicación **GRC –AUD 0331-12 CD** de 20 de febrero del 2012, en respuesta a la solicitud elevada por Salud Total EPS S.A frente a la devolución de los recursos indebidamente apropiados por ese Consorcio, le informa:

“(…) Ahora, si bien mediante los oficios 12100272707 de fecha 8 de septiembre 2011 y 12100276201 del entonces Ministerio de la Protección Social, ordenó restituir algunos recursos descontados a las EPS, estos correspondían únicamente a los del 1er y 2do proceso de compensación de Julio del 2011, y en consecuencia, lo valores restantes, fueron descontados de acuerdo a lo establecido en la normatividad vigente y a lo instruido por el Ministerio de la Protección Social, mediante el oficio DGF-12100-0703 del 13 de febrero del 2009 y por tanto no es procedente su solicitud”.

Lo anterior es un contrasentido pues el descuento que se le hizo a Salud Total EPS denunciado en esta demanda fue ilegal tanto en el mes de julio como en el de agosto del 2011.

* + - 1. El Ministerio de Salud y Protección Social mediante oficio No 3310-162471 del 30 de julio de 2012, señala lo siguiente:

*Teniendo en cuenta que el proceso de compensación estaba afectando el flujo de recursos en el Sistema General de Seguridad Social en Salud, este Ministerio ordenó al Consorcio suspender la aplicación del mecanismo de extinción de obligaciones por compensación, que señala el artículo 1715 del Código Civil y le solicitó de manera inmediata se restituyeran los recursos descontados a las EPS.*

*La anterior instrucción impartida por este Ministerio no concluye que se haya configurado prueba de la indebida apropiación de los recursos por el Consorcio, ni tampoco se confirma la indebida apropiación de los recursos por parte de Salud Total; la medida adoptada por este Ministerial y como se le informó mediante el comunicado del 27 de septiembre del año en curso, es debido a que nos apartamos temporalmente de la forma como se efectuaron estos descuentos mientras se define jurídicamente si la figura de la compensación es aplicable a este tipo de casos*.

Por lo anterior, es claro que, por un lado el entonces Ministerio de la Protección Social dio instrucciones a la aplicación de la figura de la compensación al Consorcio Fidufosyga 2005, y por otro, el propio Ministerio señala en varias comunicaciones como en la que precede, que se encuentra estudiando la viabilidad de la aplicación de la figura de la compensación, afirmaciones que además de resultar inadmisibles resultan contrarias a lo que de hecho sucedió.

* + - 1. La suma descontada a Salud Total EPS S.A descontado debió ser devuelto a la EPS que represento Indistintamente de si dicho descuento unilateral se realizó en el mes de julio o en el mes de agosto, toda vez que la ilegalidad es una sola y en consecuencia, cobija los dos meses.
  1. **La CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:**
     1. El apoderado de la **NACIÓN - MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCION SOCIAL** manifestó:

*“Me opongo a las pretensiones incoadas por la apoderada de la parte actora contra el Ministerio de Salud y Protección Social, por cuanto carecen de fundamento constitucional y legal de acuerdo con las razones de hecho y derecho que más adelante se expresan.*

*Las actuaciones del Ministerio de Salud y Protección Social, siempre han estado enmarcadas dentro del ordenamiento constitucional, legal y normativo que rige la Seguridad Social en Colombia y en especial el procedimiento de los recobros 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 los Comités Técnicos Científicos de las EPS y fallos de tutela”.*

Propuso las siguientes **excepciones**:

|  |  |
| --- | --- |
| **EXCEPCIONES** | **POSICIÓN DE LA PARTE ACTORA** |
| **CULPA EXCLUSIVA DE LA VICTIMA:**  Para el presente caso, la actora señala que existió un daño antijurídico causado por el descuento realizado en la compensación excepcional del decreto 2729 de 2010. Tal como se indicó anteriormente, la EPS se acogió a este mecanismo excepcional que implico un mínimo de seguridad jurídica para el FOSYGA.  Así mismo, la EPS salud Total debió declarar los valores que debía reintegrar por apropiaciones de la UPC por afiliados fallecidos y sin embargo no lo hizo tal como lo señalo el consorcio FIDUFOSYGA 2005 en la comunicación que se adjunta.  Lo anterior permite concluir que el daño alegado proviene exclusivamente de la omisión y negligencia del propio demandante, quien no puede atribuir responsabilidad al estado por un hecho exclusivamente suyo pues a nadie le es dable alegar su propia culpabilidad para derivar un beneficio. | El anterior argumento no puede ser aceptado como quiera que Salud Total EPS prestó los servicios de salud excluidos del Plan Obligatorio de Salud, y en el material probatorio que fuera aportado a la demanda se evidencia de manera inequívoca ya sea en la Historia Clínica, así como en los demás soportes la aplicación del medicamento NO POS al usuario. Se tiene evidencia de que el usuario ingresó vivo a una de nuestras Instituciones Prestadoras de los servicios de salud y que de manera intrahospitalaria se le suministro el servicio de salud que requería, toda vez que en la mayoría de los casos la atención en salud fue intrahospitalaria, lo que deja entrever la existencia de una real y efectiva prestación de los servicios de Salud al usuario del SGSSS que para ese momento se encontraba vivo y afiliado a Salud Total EPS S.A.  Así mismo, existen casos en los que la atención fue ambulatoria, por tanto se evidencia constancia de entrega del medicamento NO POS al usuario, esto es se demuestra que existió una efectiva y real atención al usuario del SGSSS que se encontraba vivo y afiliado a Salud Total EPS S.A., razón por la cual la EPS estaba legitimada para recibir los recursos objeto del recobro, como quiera que los servicios NO POS fueron prestados y asumidos por completo por la EPS.  Se tiene además un total de treinta y cinco (35) casos en los que se identificó que el usuario falleció durante la atención de salud hospitalaria, es decir el usuario ingresó con una patología terminal o de gravedad y en la historia Clínica se evidencia claramente que no evolucionó satisfactoriamente y finalmente falleció.  Se tiene además que este descuento fue producto de una vía de hecho administrativa en la medida que el descuento fue ilegal, por violar el artículo 3 del Decreto 1281 del 2002. |

* + 1. El apoderado del **CONSORCIO FIDUFOSYGA 2005** manifestó:

*“En atención a lo expuesto, a lo que se demostrará en la etapa probatoria, a las excepciones de mérito que pasan a formularse y que enervan lo fundamental de la acción del demandante, así como a las consideraciones jurídicas que se plantearán en su oportunidad, en forma respetuosa manifiesto que ME OPONGO a todas y cada una de las pretensiones principales y subsidiarias de la demanda formuladas en contra de las fiduciarias que integran el* ***CONSORCIO FIDUFOSYGA 2005****”.*

Propuso las siguientes **excepciones:**

|  |  |
| --- | --- |
| **EXCEPCIONES** | **POSICION DE LA PARTE ACTORA** |
| **AUSENCIA DE INCUMPLIMIENTO POR PARTE DE CONSORCIO FIDUFOSYGA 2005 DE LAS OBLIGACIONES LEGALES Y REGLAMENTARIAS QUE TENIA ASIGNADAS COMO ADMINISTRADOS DEL FONDO DE SOLIDARIDAD Y GARANTIA FOSYGA**  A partir de la instrucción proferida por el Ministerio de la Protección Social mediante **oficio 12100-132618 del 13 de mayo de 2011** y con la base de datos de fallecidos remitida por el mismo, el CONSORCIO FIDUFOSYGA 2005 realizó los cruces de información entre los recobros presentados por SALUD TOTAL ya aprobados y la contenida en la base de datos de fallecidos.  Era una obligación legal y contractual del Consorcio Fidufosyga 2005 desplegar las actuaciones que fueran necesarias para lograr la restitución de los recursos apropiados indebidamente SALUD TOTAL.  El CONSORCIO FIDUFOSYGA 2005 aplicó la figura de la compensación establecida en el artículo 1715 del Código Civil, por operar ella por el propio ministerio de la ley y en cumplimiento de una expresa indicación del entonces Ministerio de la Protección Social.  Antes de aplicar la figura de la compensación y de descontar los recursos respecto de SALUD TOTAL, el CONSORCIO FIDUFOSYGA 2005 cumplió rigurosamente con el procedimiento establecido en el artículo 3 del Decreto Ley 1281 de 2002, otorgándole a SALUD TOTAL el plazo de 20 días hábiles para que se pronunciara.  No era procedente aplicar en este caso la mencionada orden de restitución de los recursos descontados, por cuanto los períodos en los que se realizó el descuento a SALUD TOTAL no correspondían a los períodos cuya devolución fue ordenada por el Ministerio de la Protección Social.  Es pues evidente que el CONSORCIO FIDUFOSYGA lo único que ha hecho en relación con el asunto materia de debate es dar cabal y estricta aplicación a las normas y a las instrucciones que rigen su actuación.    Si el administrador del FOSYGA hubiera definido el marco legal de sus actuaciones, además de haber invadido las competencias del entonces Ministerio de la Protección Social y del propio legislador, generaría un clima de absoluta inseguridad jurídica que haría por completo inviable el funcionamiento del Sistema General de Seguridad Social en Salud.  Así las cosas, si en gracia de discusión se admitiese que las instrucciones impartidas por el entonces MINISTERIO DE LA PROTECCION SOCIAL le generaron a la demandante daños que deben indemnizarse, tales daños le serían imputables única y exclusivamente a quien expidió tales actos, esto es, a las autoridades antes mencionadas.  Por ende, en tal hipótesis la única persona jurídica responsable sería la Nación colombiana, no las fiduciarias que integran el CONSORCIO FIDUFOSYGA 2005. | Vale la pena señalar que la responsabilidad que se predica del CONSORCIO FIDUFOSYGA 2005, surge del contrato de encargo fiduciario celebrado entre el entonces Ministerio de la Protección Social y las fiduciarias que integran el CONSORCIO FIDUFOSYGA 2005 bajo el No. 242 el día 6 de diciembre de 2005, el cual estuvo vigente hasta el día 30 de septiembre de 2011, varias de sus disposiciones prueban que el actuar del CONSORCIO FIDUFOSYGA debía seguir los estrictos lineamientos planteados por el entonces Ministerio de la Protección Social, estas cláusulas de manera enunciativa son las siguientes:[[3]](#footnote-3)  En cuanto a las solicitudes de recobro presentadas por parte de las EPS, el contrato de encargo fiduciario en el numeral 4.35 de la cláusula séptima establece como obligaciones especiales a cargo del CONSORCIO FIDUFOSYGA 2005.[[4]](#footnote-4)  Así las cosas, se tiene que era y continúa siendo el entonces Ministerio de la Protección Social el director del Sistema General de Seguridad Social en Salud, y siempre todas y cada una de las actuaciones que hiciera el CONSORCIO FIDUFOSYGA debían sujetarse a sus instrucciones.  De lo anterior se desprende claramente que el CONSORCIO FIDUFOSYGA, al hacer erradamente encajar la figura de la compensación sin el lleno de los requisitos en el asunto de la referencia, lo hizo de manera autónoma e independiente sin que obrara de por medio orden expresa o instrucción del Ministerio que justificara su actuar.  En ese orden de ideas, se aprecia una evidente extralimitación en las funciones que por mandato contractual tenía el CONSORCIO FIDUFOSYGA del poder legal que estaba investido al ir más allá de la órbita de las necesidades y fines del servicio.  Sumado a lo anterior, se predica un actuar negligente por parte del CONSORCIO FIDUFOSYGA toda vez que al tomar decisiones arbitrarias como la descrita en este caso, dejo de lado el deber de velar por el buen manejo y funcionamiento de los recursos públicos que estaban bajo su custodia y contrario a ello puso en peligro el manejo financiero de los administrados, en particular de la EPS SALUD TOTAL.  El CONSORCIO FIDUFOSYGA 2005, al extralimitarse en sus funciones y actuar de manera negligente frente al manejo de los recursos públicos, además de los perjuicios que ocasionó, infringió una de las obligaciones contenida en la cláusula décima del contrato de encargo fiduciario el cual establece:[[5]](#footnote-5)  En ese orden de ideas, en cuanto a la culpa leve que se predica del actuar del CONSORCIO FIDUFOSYGA 2005, dispone el Código Civil:[[6]](#footnote-6)  De lo expuesto anteriormente se concluye que, el CONSORCIO FIDUFOSYGA 2005, es responsable del daño causado a la EPS que represento porque con su actuar ilegítimo al no estar autorizado por el Ministerio de la Protección Social y proceder de manera autónoma a apropiarse y hacer un supuesto cruce de cuentas bajo la figura de la compensación prevista en la legislación civil, extralimitó sus funciones y fue negligente en la administración de los recursos y demás tareas encomendadas, cuando de él lo que se espera es un actuar con sigilo y cuidado intenso dada la sensibilidad que representa el manejo de los recursos del sistema.  No obstante, de acuerdo con el artículo 218 de la ley 100 de 1993, la cual creó el Fondo de Solidaridad y Garantía como una cuenta adscrita al Ministerio de Salud que se manejaría por encargo fiduciario sin personería jurídica ni planta de personal propia y al mismo tiempo, el decreto 1283 de 1996, "por el cual se reglamenta el funcionamiento del Fondo de Solidaridad y Garantía en una reproducción casi idéntica a lo dispuesto en el canon arriba citado señaló en su artículo 1o: "Naturaleza del Fondo. El Fondo de Solidaridad y Garantía, Fosyga, es una cuenta adscrita al Ministerio de Salud manejada por encargo fiduciario, sin personería jurídica ni planta de personal propia" se tiene que en cuanto a la responsabilidad de los miembros del CONSORCIO FIDUSOYGA 2005, como este no tiene personería jurídica, la responsabilidad recae en los miembros individualmente considerados del citado CONSORCIO FIDUFOSYGA 2005, debiendo estos responder por los daños y perjuicios que ocasionaron a Salud Total EPS S.A. |
| **PAGO EFECTUADO A SALUD TOTAL DE PARTE DE LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA**  Como lo señala SALUD TOTAL, la pretensión se fundamenta únicamente en 324 recobros. De ellos, el CONSORCIO FIDUFOSYGA 2005 consideró que 51 recobros habían sido debidamente apropiados por la EPS, por lo que procedió a devolver la suma de $59.871.941 por concepto de capital y $40.382.701 por concepto de intereses, lo cual consta en las órdenes de pago 7-7195 y 7-7196 de fecha 28 de septiembre de 2011 y las respectivas consignaciones bancadas que se aportan al expediente con el presente escrito.  De ahí que no sea procedente la reclamación de estos valores en la demanda.  De los 273 Recobros restantes, la demandante señala que la fecha de prestación de servicios no incluidos en el POS y objeto de recobro, fue anterior a la fecha de fallecimiento del usuario. Sin embargo, reitero que el CONSORCIO FIDIFOSYGA 2005, en cumplimiento de sus obligaciones legales y contractuales, procedió a realizar la auditoria de los recobros pagados a SALUD TOTAL a partir de la instrucción proferida por el Ministerio de la Protección Social mediante oficio 12100-132618 del 13 de mayo de 2011 y con fundamento en las bases de datos suministradas por el Ministerio de la Protección Social, identificando que todos esos recobros correspondían a servicios prestados a personas fallecidas |  |
| **IMPROCEDENCIA DE LA APLICACIÓN DE LAS REGLAS DEL ARTICULO 90 DE LA CONSTITUCION POLITICA A MIS REPRESENTADAS Y AL PRESENTE CASO Y CONSIGUIENTE FALTA DE JURISDICCION**  SALUD TOTAL pretende que se declare responsables a las entidades demandadas por el descuento efectuado por recobros pagados por el FOSYGA correspondientes a servicios no incluidos en el POS prestados a usuarios fallecidos.  Al respecto cabe mencionar que, por una parte, varias de mis representadas son personas jurídicas de derecho privado, y todas ellas, en la administración del FOSYGA, han venido actuando en ejercicio de su objeto social, cual es la prestación de servicios financieros.  Por ende, resulta claro que ellas no están sometidas a las reglas propias de la responsabilidad patrimonial del Estado previstas en el artículo 90 de la Constitución Política, así como tampoco estas pueden ser llamadas a un proceso, como en el presente caso, ante esta jurisdicción.  Así se desprende claramente del texto del artículo 82 del Código Contencioso Administrativo, el cual, luego de haber sido modificado por la Ley 1107 de 2006, regresó al criterio orgánico para determinar el ámbito de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.  Cabe agregar que esta es una situación totalmente distinta a la del denominado fuero de atracción, la cual, si se examina la causa petendi de la demanda, no es aquella en la que en este caso el | demandante ha fundado la formulación de sus pretensiones en contra de mis representas. |  |
| **LA IMPORCEDENCIA DE LA APLICACIÓN DE LA TEORIA DEL DAÑO ANTIJURIDICO**  Teniendo en cuenta que en la demanda SALUD TOTAL aduce como fundamento de la responsabilidad de las demandadas, la teoría del daño antijurídico, me permito señalar que, en este caso, no resulta procedente una declaración de responsabilidad patrimonial del Estado con base en dicho título de imputación, mucho menos llevarla, por la línea del fuero de atracción, a una condena para mis representadas. Veamos:  Según la entidad demandante, el daño antijurídico se materializó al descontársele el valor de 324 recobros con sus correspondientes intereses.  De ellos el CONSORCIO FIDUFOSYGA 2005 consideró que 51 recobros fueron debidamente s por la EPS por lo que procedió a devolver la suma de $59.871.941 por concepto del capital y $40.382.701 por concepto de intereses, lo cual consta en las órdenes de pago 7-7195 y 7-7196 de fecha 28 de septiembre de 2011 y las respectivas consignaciones bancarias que se aportan al expediente con el presente escrito.  De los 273 recobros restantes, la demandante señala que la fecha de prestación de servicios no incluidos en el POS y objeto de recobro, fue anterior a la fecha de fallecimiento del usuario, pero que el CONSORCIO FIDUFOSYGA 2005 identificó en su momento como fallecidos a la fecha de prestación, según la base de datos suministrada por el entonces Ministerio de Salud y Protección Social, por lo que SALUD TOTAL no tendría derecho alguno a reclamar por tales sumas.  Pues bien, como se ha venido señalando, los descuentos aplicados sobre esos 273 recobros y la correspondiente reclamación de intereses, se hicieron en el marco del Decreto Ley 1281 de 2002 y bajo las instrucciones impartidas por el entonces Ministerio de la Protección Social, sobre la base de datos suministrada por esa misma cartera.  En consecuencia, es claro que la "responsabilidad por daño antijurídico" no es aplicable en el presente caso, mucho menos para declarar a mis representadas responsables del pretendido daño que la demandante ha planteado en su demanda. | Es necesario señalar al despacho que el artículo 3 del Decreto 1281 de 2002 impone la aplicación de dos verbos rectores, esto es, ACLARACIÓN O REINTEGRO, en ningún aparte de la citada norma se infiere la potestad del consorcio de DESCONTAR VIA COMPENSACIÓN DE DEUDAS los citados recursos, recordemos que donde el legislador no hace distinción alguna, no le es dado al interprete hacerlo, y por lo tanto, si se valida en forma objetiva el presupuesto de la disposición objeto de desarrollo, el espíritu de la misma se orienta a que la orden ultima de reintegro se encuentre en cabeza de la Superintendencia Nacional de Salud, como juez natural de las EPS.  El artículo 3 del decreto Ley 1281 de 2002, así lo ordena.  La conclusión inmediata de los argumentos expuestos, no es otra que la de acreditar como el Consorcio Fidufosyga 2005, carece por completo de competencia para ordenar el reintegro de recursos que nos ocupa, habida consideración de que Fidufosyga 2005 NO ES EL JUEZ NATURAL DE LA EPS, Y NO LO PODRIA SER EN TANTO NI SIQUIERA ES UN ORGANO QUE HAGA PARTE DE LA ESTRCUTURA DEL ESTADO, NO TIENE PERSONERÍA JURIDICA Y MUCHO MENOS POTESTAD JURISDICCIONAL, aunado al hecho de que el señor OMAR MAURICIO MARTINEZ como Director de Auditoria Medica del citado Consorcio, no tiene o no cuenta con la investidura para ejercer v adoptar la decisión de descontaren contra de la EPS unos recursos debidamente reconocidos v apropiados en el tiempo, o por lo menos no se ha acreditado que tenga el citado funcionario esa calidad y/o facultad.  Es claro entonces, que en el caso que nos ocupa el procedimiento para que la EPS que represento devolviera dineros apropiados sin justa causa (en caso de ser cierta dicha apropiación) era el siguiente:  1. Si el administrador fiduciario o cualquier otra entidad pública detecta la apropiación sin justa causa de recursos del sector salud, solicitará de forma inmediata las aclaraciones respectivas o su reintegro, lo cual procederá dentro de los 20 días hábiles siguientes a la comunicación en donde se formaliza tal solicitud.  2. Si la situación no es subsanada o aclarada dentro del plazo señalado de manera inmediata y con las pruebas correspondientes, el Administrador Fiduciario informará inmediatamente a la Superintendencia Nacional de Salud quien ordenará el reintegro de forma inmediata de los recursos v adelantará las acciones que considere pertinentes  En ese orden de ideas, es claro que quien tiene la competencia para ordenar el reintegro de los dineros apropiados sin justa causa es la Superintendencia Nacional de Salud y no el Administrador Fiduciario: La Superintendencia Nacional de Salud mediante acto motivado debe ordenar el reintegro de dineros apropiados sin justa causa por parte de una EPS, decisión contra la cual procederá los recursos de la vía gubernativa, tal como lo estableció la Corte Constitucional al estudiar la constitucionalidad del Artículo 3 del Decreto 1281 del 2002 en la sentencia C- 607 del 2012 .  Adicional, al no existir un acto administrativo proferido por la Superintendencia Nacional de Salud como lo ordena la norma y la sentencia C-607 del 2012, resultó imposible para Salud Total EPS S.A., ejercer los recursos de la vía gubernativa, tendientes a evitar el descuento de las sumas de dinero antes referenciadas, circunstancia que vulnera el debido proceso y el derecho de defensa de la EPS que represento, lo cual constituye una vía de hecho generadora de un daño antijurídico que debe ser resarcido, en la medida que se desconocieron flagrantemente los derechos de Salud Total EPS.  • **SALUD TOTAL EPS JUSTIFICÓ 324 RECOBROS ANTE EL CONSORCIO FIDUFOSYGA 2005, DE SERVICIOS DE SALUD SUMINISTRADOS A SUS AFILIADOS LOS CUALES FUERON OBJETO DE DESCUENTO UNILATERAL[[7]](#footnote-7)**  **• IMPROCEDENCIA DE LA COMPENSACIÓN DE DEUDAS COMO UNA FORMA DE EXTINCIÓN DE LAS OBLIGACIONES EN EL ASUNTO DE LA REFERENCIA- DEFECTO SUSTANTIVO DEL ACTO DE DESCUENTO - VIA DE HECHO.[[8]](#footnote-8)** |
| **IMPROCEDENCIA DE LA TEORIA DE FALLA DEL SERVICIO**  Como bien lo tiene establecido la jurisprudencia, toda falla en el servicio tiene como elemento común y esencial, la violación de una obligación por parte de la autoridad llamada a responder.  El CONSORCIO FIDUFOSYGA 2005, como particular que es, no puede constituir con su actuación una falla en el servicio, máxime cuando lo único que hizo en el caso sometido examen fue cumplir lo dispuesto en el Decreto Ley 1281 de 2002 y las instrucciones impartidas por el entonces Ministerio de la Protección Social.  Y lo hizo, precisamente, porque tanto el decreto como la instrucción se presumían legal tenían que ser cumplidos por el administrador fiduciario, no solo por virtud de claros mandatos legales, sino por expresa obligación contractual.  Ahora bien, es pertinente establecer que quien era responsable de mantener actualiza base de datos de usuarios fallecidos era el entonces Ministerio de la Protección Social, quien le remitía al CONSORCIO FIDUFOSYGA 2005 la información que a su vez recibía de la Registraduría Nacional del Estado Civil para que éste hiciera las actualizaciones a la Base de Datos Única de Afiliados y las auditorías del caso.  Quiere decir lo anterior, que cuando el entonces Ministerio de la Protección Social le remitía al CONSORCIO FIDUFOSYGA 2005 la información que éste a su vez recibía de manos la Registraduría Nacional del Estado Civil, el CONSORCIO FIDUFOSYGA 2005 debía cruzar la relación de fallecidos contra los recobros pagados y, en consecuencia, establecer en qué casos había presentado una apropiación indebida por parte de las EPS.  Y fue sobre esas bases de datos, remitidas en su momento mediante los oficios que se acompañan a esta contestación, que el CONSORCIO FIDUFOSYGA 2005 efectuó los descuentos de los 273 recobros reclamados en la demanda junto con sus correspondientes intereses de mora.  En consecuencia, resulta claro que mal puede SALUD TOTAL pretender que se le restituya la suma de dinero reconocida por servicios prestados a usuarios fallecidos, cuando todas las decisiones y actuaciones administrativas cumplidas para determinar dicha suma de dinero y realizar el descuento, se ajustaron íntegramente a las normas legales y reglamentarias aplicables y cuando no era el CONSORCIO FIDUFOSYGA 2005 el responsable de administrar y actualizar la base de datos de fallecidos. | Extraído este concepto al caso en particular se tiene que, el daño antijurídico se materializa en el descuento unilateral que hizo el CONSORCIO FIDUFOSYA 2005 a Salud Total EPS de la suma de $ 2.270.779.450, descuento que se materializó, de los dineros (acreencia a favor de Salud Total EPS S.A) que dicho consorcio le adeudaba a Salud Total EPS por concepto de recobro de servicios de salud, lo anterior bajo la figura de compensación de deudas al considerar erradamente el Ministerio de la Protección Social y el CONSORCIO FIDUFOSYA 2005 que la suma descontada, fue apropiada indebidamente pues la misma corresponde al valor de servicios de salud prestados a afiliados presuntamente después de su fallecimiento.  El daño causado a Salud Total EPS es antijurídico toda vez que mi representada no estaba en la obligación de soportarlo, y el mismo es consecuencia de una falla en el servicio materializada en una vía de hecho.  Para argumentar lo anterior, se tiene que este descuento fue producto de una vía de hecho administrativa en la medida que el descuento fue ilegal, por violar el artículo 3 del Decreto 1281 del 2002, al no ser procedente la figura de compensación de deudas del artículo 1715 del C.C. y finalmente porque operó el fenómeno de la caducidad como hecho extintivo del derecho que en principio tendría el Estado Colombiano para solicitar el reintegro de los 592 recobros presentados presuntamente sin causa legal por parte de Salud Total EPS.  En consecuencia, el pretendido daño resulta evidente dado el detrimento patrimonial, desequilibrio económico y financiero que ha tenido que soportar la EPS, como consecuencia de la inobservancia de la normatividad y de la aplicación arbitraria de la figura de la compensación establecida en el artículo 1715 del C.C. |
| **IMPROCEDENCIA DE LA TEORIAL DEL ENRIQUECIMIENTO SIN JUSTA CAUSA**  La parte actora fundamenta las pretensiones subsidiarias de la demanda en un supuesto "enriquecimiento sin justa causa".  Según la jurisprudencia del Consejo de Estado son varios los requisitos para que se pueda aplicar la teoría del enriquecimiento sin causa como fuente de las obligaciones: "i) el enriquecimiento de un patrimonio, ii) un empobrecimiento correlativo de otro patrimonio, iii) que tal situación de desequilibrio adolezca de causa jurídica, esto es que no se origine en ninguno de los eventos establecidos en el artículo 1494 del C.C.,y iv) como consecuencia de lo anterior, se debe carecer de cualquier acción para reclamar dicha reparación patrimonial".1  Observando los hechos que dieron origen a la demanda se observa que estos requisitos no se han cumplido por las siguientes razones:     * El enriquecimiento de un patrimonio: teniendo en cuenta que (i) el FOSYGA es u cuenta adscrita al actual Ministerio de Salud y Protección Social, (ii) el FOSYGA fue administrado mediante encargo fiduciario por las entidades que conforman CONSORCIO FIDUFOSYGA 2005, (iii) por la naturaleza misma del negocio jurídico que se fundaba la relación contractual entre el CONSORCIO FIDUFOSYGA 2005 y entonces Ministerio de la Protección Social, no le fue transferido el dominio de los recursos del FOSYGA a mis representadas; ellas actuaron como un simple administrador de los recursos, (iv) el CONSORCIO FIDUFOSYGA 2005 debía administrar los recursos del FOSYGA en el marco de las normas legales e instrucciones proferidas por el entonces Ministerio de Protección Social y, (v) la dirección del FOSYGA, ordenación del gasto y autorización del pago se encontraba en cabeza del Ministerio de Protección Social, lo cual no desplazaba al administrador fiduciario en esta función; se concluye entonces que al no ser las entidades que integran el CONSORCIO FIDUFOSYGA 2005 las propietarias de los recursos del FOSYGA, sino simples administradores que actúan en el marco de las normas e instrucciones del entonces Ministerio de la Protección Social, el hecho de haber lo los descuentos a SALUD TOTAL, en nada enriquecen o benefician a las entidades que represento * Que tal situación de desequilibrio adolezca de causa jurídica: Como se ha dicho a lo largo de este escrito, el descuento del valor de los 273 recobros reclamados se hizo con fundamento en el Decreto Ley 1281 de 2002 y las instrucciones proferidas por el Ministerio de la Protección Social. En consecuencia, no es cierto que el descuento aplicado adolezca de ausencia de una causa jurídica. * Carecer de cualquier acción para reclamar dicha reparación patrimonial: Como puede observarse, de las pretensiones formuladas por SALUD TOTAL y de los fundamentos jurídicos expuestos en su escrito de demanda, se puede concluir que el pretendido daño cuya indemnización reclama, proviene directamente de la aplicación del Decreto Ley 1281 de 2002 y de las instrucciones proferidas por el Ministerio de la Protección Social. Así las cosas, es evidente que la acción procedente era la de una demanda de inconstitucionalidad o de una nulidad y restablecimiento del derecho, contemplada en el artículo 85 del Código Contencioso Administrativo, la cual, por definición, involucra siempre la anulación del acto administrativo censurado como condición necesaria para la indemnización del daño que su aplicación causó.   En consecuencia, es claro que el "enriquecimiento sin justa causa" no es aplicable en el presente caso. |  |
| **AUSENCIA DE DAÑO**  Como se dijo anteriormente, la pretensión se fundamenta únicamente en 324 recobros. De ellos, el CONSORCIO FIDUFOSYGA 2005 consideró que 51 recobros fueron debidamente apropiados por la EPS por lo que procedió a devolver la suma de $59.871.941 por concepto de capital y $41.382.701 por concepto de intereses, lo cual consta en las órdenes de pago 7-7195 y7—7196 de fecha 28 de septiembre y las respectivas consignaciones bancarias que se aportan al expediente con el presente escrito    De ahí que no sea procedente la reclamación de estos valores en la demanda.  De los 273 recobros restantes, la demandante señala que la fecha de prestación de servicio no incluido en el POS y objeto de recobro, fue anterior a la fecha de fallecimiento usuario. Sin embargo, el CONSORCIO FIDUFOSYGA 2005 reitera que en cumplimiento de sus obligaciones legales y contractuales, procedió a realizar la auditoría de los recobros pagados a SALUD TOTAL con fundamento en la base de datos suministrada por el entonces Ministerio de la Protección Social, identificando que esos 273 recobros corresponden a servicios prestados a personas fallecidas.  De ahí que, SALUD TOTAL se encuentra reclamando valores que no tiene derecho a apropiar, ce de fundamento alguno prestar servicios de salud a personas fallecidas y, se de ello, reclamando posteriormente su recobro ante el FOSYGA. |  |
| **CADUCIDAD EN LA APLICACIÓN DE LOS DESCUENTOS**  Argumenta la demandante que el CONSORCIO FIDUFOSYGA 2005 no podía efectuar los descuentos a parte de los recobros objeto de demanda, por cuanto los mismos habían sido pagados 3 años antes de efectuado el descuento. Lo anterior lo sustenta en el Código Contencioso Administrativo y en una sentencia de la Corte Constitucional que hace referencia al artículo 3Q del Decreto Ley 1281 de 2012.  Al respecto cabe hacer la siguiente mención:  En primer lugar, la sentencia citada es del año 2012, es decir con posterioridad a la fecha en que se realizaron los respectivos descuentos.  Por otra parte, la remisión que hace al Código Contencioso Administrativo, la efectúa sobre la discusión de aplicar o no las normas sobre vía gubernativa o sobre silencio administrativo, más no sobre un plazo establecido para efectuar la restitución de los recursos.  Finalmente, el artículo 3 del Decreto Ley 1281 de 2002, no establece un plazo para que el administrador fiduciario del FOSYGA pueda efectuar los procesos de restitución de recursos allí contemplados.  Por lo que mal podía aplicarse el plazo de 3 años contemplado en el artículo 38 del Código Contencioso Administrativo que trata sobre la caducidad de las acciones contenciosas administrativas a los procesos de restitución de recursos contemplados en el artículo 3 del Decreto Ley 1281 de 2002.  Menos aun cuando, de lo que se trata este artículo, es recuperar los recursos de la salud que fueron apropiados indebidamente y sin justa causa por las EPS, como el del caso en cuestión en el que la demandante reclama por servicios prestados a usuarios fallecidos | El término de caducidad para las acciones de reparación directa es de dos (2) años, conforme lo determina el legislador. Para la presente acción, dicho término se cuenta desde el momento en el que el Consorcio Fidufosyga 2005 efectuó el descuento injustificado que generó el daño antijurídico a Salud Total EPS cuya reparación se pretende en la presente acción, esto es desde el 16 de mayo de 2011 cuando el Consorcio Fidufosyga 2005, le anuncia a mi representada, mediante oficio No. AUD 0354-11 el descuento de DOS MIL DOSCIENTOS SETENTA Y DOS MILLONES DOSCIENTOS TREINTA Y TRES MIL CIENTO CUARENTA Y OCHO PESOS ($2.272.233.148) por concepto de los 1.027 recobros que fueron aprobados y pagados, correspondientes a usuarios que se encontraban fallecidos con anterioridad a la prestación del servicio. |

* + 1. El apoderado del **CONSORCIO SAYP 2011** manifestó: *“Me opongo a todas y cada una de las pretensiones tanto principales como subsidiarias por las razones expuestas, toda vez que está demostrado que ni el* ***CONSORCIO SAYP 2011*** *ni las fiduciarias que lo conforman, ocasionaron daño antijurídico ya que no tuvieron intervención alguna en el trámite de pago de los recobros y mucho menos del trámite de Reintegro de recursos apropiados o reconocidos sin justa causa en el caso que se debate”.*

Así las cosas, procedieron a formular las siguientes **excepciones:**

|  |  |
| --- | --- |
| **EXCEPCIONES** | **POSICION DE LA PARTE ACTORA** |
| **FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA DEL CONSORCIO SAYP 2011.**  El **CONSORCIO SAYP 2011** actúa como administrador fiduciario de los recursos públicos del Ministerio de Salud y Protección Social -Fondo de Solidaridad y Garantía -**FOSYGA**-. Los recursos así entregados no solo no se transfieren a la entidad fiduciaria, ni constituyen patrimonio autónomo, sino que, en todo caso la capacidad para actuar del **CONSORCIO SAYP 2011** está estrictamente delimitada por las normas del Sistema General de Seguridad Social en Salud, las cláusulas contractuales y las instrucciones y directrices impartidas por el Ministerio de Salud y Protección social.  No obstante, que hagan parte del Consorcio **FIDUFOSYGA 2005, FIDUPREVISORA S.A. y FIDUCOLDEX S.A**., en este caso resulta inocua la notificación y tramite de este proceso contra el Consorcio SAYP 2011, ante todo, porque la urgencia del contrato de encargo fiduciario No. 467 es de septiembre del año 2011, fecha muy posterior a la ocurrencia de los hechos que se relatan en este proceso, y así mismo, porque la figura de un consorcio en el ámbito del derecho contractual público, justamente por no generar una persona jurídica diferente a quienes la integran, es de virtualidad jurídica para el sujeto pasivo de cualquier acción.  Resulta pertinente indicar, que en el encargo fiduciario estatal, al faltarle a la entidad fiduciaria la titularidad de los bienes, no existe fundamento alguno para considerarlo legitimado en la causa para actuar por los recursos, así las cosas, la fiduciaria solo está facultada para obrar como intermediario material (no jurídico) en el cumplimiento de las instrucciones dadas por el constituyente, quien es quien jurídicamente dispone. Por contraste, es fácil advertir que en el encargo fiduciario estatal, al faltarle a la entidad fiduciaria la titularidad de los bienes, no existe fundamento alguno para considerarlo legitimado en la causa para actuar procesalmente por los recursos del FOSYGA.  Lo anterior supone que ni el **CONSORCIO SAYP 2011** ni el contrato de encargo fiduciario son idénticos o se confunden con el Fondo de Solidaridad y Garantía -**FOSYGA**-. Se trata de dos conceptos esencialmente diferentes. El **CONSORCIO SAYP 2011** es, simplemente, un colaborador de la administración cuya actuación a través del cumplimiento de las obligaciones contempladas en el contrato de encargo fiduciario es la propia de un contratista. Por el contrario, el Fondo es un "organismo con capacidad limitada de actuación" debido a que depende, en virtud de su adscripción, del Ministerio correspondiente.  Además existen las siguientes razones:  1) El negocio fiduciario celebrado es, simplemente y por mandato de la ley, una modalidad contractual de sustitución en tanto que el fiduciario actúa por instrucciones del Ministerio de Salud y Protección Social, o de acuerdo con las prerrogativas otorgadas en el acto constitutivo; por tanto y en la medida que al contrato de encargo fiduciario se le aplican las normas del mandato por lo dispuesto por la Superfinanciera en la Circular Básica Jurídica, constituye un vehículo para la instrumentación operativa de los recursos que componen el Fondo de Solidaridad y Garantía -FOSYGA- a efectos de ofrecer agilidad y transparencia en el empleo de los recursos.  2) El desarrollo de tal metodología y, en particular, la ejecución del contrato por parte del **CONSORCIO SAYP** 2011, se lleva a efecto (a) con fundamento en lo dispuesto en el contrato de encargo fiduciario y (b) de acuerdo con lo señalado por los órganos que tienen las funciones de dirección del citado Fondo de Solidaridad y Garantía -**FOSYGA**-.  3) La circunstancia de que el contrato ordenado por el artículo 218 de la Ley 100 de 1993, a fin de "manejar" el Fondo de Solidaridad y Garantía -**FOSYGA**- fuese un contrato de encargo fiduciario tiene como efecto, entre otras cosas, que su instrumentación se lleva a efecto con apoyo en las normas del mandato y, en esa medida, la fiduciaria no actúa por su propia cuenta sino que ejecuta su gestión por encargo del fideicomitente -en este caso del Ministerio de Salud, hoy Ministerio de Salud y Protección Social-. Ello coincide con la calificación de los negocios fiduciarios como contratos de confianza y colaboración.  4) Suponer que la celebración del contrato de encargo fiduciario para "manejar" los recursos del Fondo de Solidaridad y Garantía -**FOSYGA**- hace que el fiduciario asuma la condición de sujeto inspeccionado, vigilado o controlado, implica (i) desconocer que la celebración de dicho contrato tiene como finalidad, exclusivamente, instrumentar formas de manejo eficiente y transparente de los citados recursos, (ii) asumir equivocadamente que el Fondo se convierte en propiedad del fiduciario contratante, (iii) admitir, de manera inaceptable, que una operación contractual como la señalada tiene la virtualidad de transferir funciones y responsabilidades de una entidad pública a un particular y (iv) modificar el tipo de relación existente entre el contratista fiduciario y el Estado presentando la relación contractual no como tal sino como un vínculo reglamentario que hace al contratista entidad.  Por consiguiente, ni por la estructura de la demanda y sus pretensiones, ni por las razones jurídicas que se predican de un consorcio que resulta de una licitación pública posterior a la situación fáctica que se descubre en la demanda, no puede deducirse una responsabilidad para una figura asociativa sin virtualidad para crear una persona jurídica.  En conclusión, el Consorcio SAYP 2011 no tiene ni la responsabilidad, ni la legitimidad, capacidad jurídica v procesal para realizar el reintegro de las sumas que indica la demandante para el reconocimiento de pago de intereses moratorios, o para reconocer perjuicios materiales u otro daño material que se demuestre en el trámite de este proceso. | No procede la excepción propuesta por el apoderado del administrador de los recursos **SAYP** como quiera que la responsabilidad que se le imputa al Consorcio Sayp 2011 y a todas y cada una de las sociedades fiduciarias que lo conforman, tiene fundamento en que este Consorcio es el nuevo administrador fiduciario del **FOSYGA** según contrato de encargo fiduciario No. 467 de 2011, suscrito con el Ministerio de la Protección Social el 23 de septiembre de 2011, cuyo objeto señala: "el Consorcio se compromete a realizar el recaudo, administración v pago de los recursos del Fondo de Solidaridad v Garantía - FOSYGA - del Sistema General de Seguridad Social en Salud (.. Subrayado y Negrita fuera de texto).  Así las cosas, dada la operación continua que se requiere en el Sistema General de Seguridad Social en Salud, es el Consorcio SAYP 2011, hoy en día el Administrador de los recursos de la cuenta del Fosyga y en consecuencia, es el llamado a responder por los daños y perjuicios ocasionados a mi representada, efectuando la devolución de los recursos ¡legalmente descontados. |
| **INEXSISTENCIA DE LA OBLIGACION INDEMNIZATORIA-AUSENCIA DE NEXO CAUSAL**  La jurisprudencia y la doctrina han indicado que para poder atribuir un resultado a una persona, ya sea natural o jurídica, como producto de su acción u omisión es indispensable definir si aquél aparece ligado a ésta por una relación de causa a efecto, no simplemente desde el punto de vista táctico, sino jurídico.  Habiendo quedado debidamente sustentado que el CONSORCIO SAYP 2011, no tuvo ningún tipo de injerencia dentro del trámite de reintegro de recursos apropiados o reconocidos sin justa causa, **EN RAZÓN FUNDAMENTAL A QUE PARA LA EPOCA DE LA OCURRENCIA DEL HECHO GENERADOR DE LA DEMANDA NO HABIA CONTRAIDO NINGUN TIPO DE RELACION CONTRACTUAL CON EL MINISTERIO**, no hay razón legal alguna para que se afirme que en este caso se den los presupuestos para que proceda condena alguna en contra del **CONSORCIO SAYP 2011**, dado que sus obligaciones contractuales se adquirieron con la celebración del contrato 467 de 2011, cuya suscripción se elevó el día 01 de octubre de 2011.  Se reitera, entendiéndose que los hechos de la demanda están referidos a situaciones ocurridas con anterioridad a la celebración del contrato de encargo fiduciario No. 467 de 2011, por simple sustracción de materia desaparece la posibilidad de atribuirle a las fiduciarias del consorcio SAYP 2011 daños sobre circunstancias por fuera de su gestión contractual, lo que a su vez implica la ruptura del nexo causal entre su acción y el perjuicio reclamado; en fin, la coincidencia que **FIDUPREVISORA S.A. y FIDUCOLDEX S.A**. hayan sido miembros de consorcio **FIDUFOSYGA** 2005, ello no sirve de título para "arrastrar" las consecuencias de conductas presuntamente asignables a situaciones cuyo alcance de la propia Ley 80 de 1993 circunscribe y limita a la pervivencia del consorcio **FIDUFOSYGA 2005,** pues solo frente al contrato que dio lugar al nacimiento de esa forma asociativa de carácter contractual, es que la ley predica solidaridad. En ese orden, la solidaridad prevista en el artículo 7 de la Ley 80 de 1993, solo se predica por los actos y omisiones que se susciten con ocasión de la celebración, ejecución y terminación del contrato respectivo, y no por fuera del mismo. |  |
| **EL CONSORCIO SAYP 2011 NO REEMPLAZA NI RESPONDE SOLIDARIAMENTE AL CONSORCIO FIDUFOSYGA 2005**  Desde la vigencia de la Ley 100 de 1993, el Ministerio de Salud y Protección Social ha contratado 5 administradores de recursos, así: **CONSORCIO FIDUCIARIO FOSGA (1994-1997), CONSORCIO FIDUSALUD (1997-2000), CONSORCIO FISALUD (2000-2005), CONSORCIO FIDUFOSYGA 2005 (2005-2011),** y actualmente, CONSORCIO SAYP 2011. En cuanto a las obligaciones contractuales de los dos últimos administradores fiduciarios, se precisa lo siguiente:  Hasta el 30 de septiembre de 2011 el **CONSORCIO FIDUFOSYGA 2005**, en virtud del contrato de encargo fiduciario No. 242 de 2005, tuvo a su cargo la administración fiduciaria de los recursos del **FOSYGA**, encontrándose dentro de sus obligaciones contractuales, llevar el trámite de las reclamaciones y los recobro, a través del cual se determina la procedencia de pago de dichas solicitudes, previo el cumplimiento de los requisitos formales establecidos en el Decreto 3990 del 17 de octubre de 2007, para las reclamaciones con cargo a los recursos de la subcuenta ECAT y en la Resolución 2933 de 2006, para los recobros con cargo a los recursos de la Subcuenta de Compensación.  A partir del 1 de octubre de 2011, el **CONSORCIO SAYP 2011** tiene a su cargo el recaudo, administración y pago de los recursos del **FOSYGA**. Según el contrato de encargo fiduciario No. 467 de 2011, suscrito con el Ministerio de Salud y Protección Social, el cual no contempla dentro de sus obligaciones llevar el trámite de las reclamaciones ni de los recobros, toda vez que dicho proceso está a cargo de la **UNION TEMPORAL NUEVO FOSYGA**, la cual para el efecto suscribió con dicho Ministerio el contrato de consultoría No. 055 del 23 de diciembre de 2011.  Por lo anterior, se evidencia que cada uno de los administradores mencionados son independientes en las gestiones realizadas, y por ende, no entran a reemplazar ni adquirir las responsabilidades del anterior administrador fiduciario, el CONSORCIO FIDUFOSYGA 2005., como lo afirma el demandante en las pretensiones principales y subsidiarias |  |
| **IMPOSIBILIDAD JURÍDICA**  Para el caso, debe tenerse en cuenta la aplicación del el principio "ad impossibilia nemo tenetur". Sobre esta máxima del derecho, según la cual, nadie está obligado a lo imposible, la Corte Constitucional mediante sentencia C-337 de 1993 señaló que: (...)b) Toda obligación debe estar proporcionada al sujeto de la misma, es decir, debe estar de acuerdo con sus capacidades; como lo imposible rebasa la capacidad del sujeto de la obligación, es desproporcionado asignarle a aquél una vinculación con un resultado exorbitante a su capacidad de compromiso, por cuanto implicaría comprometerse a ir en contra de su naturaleza, lo cual resulta a todas luces un absurdo.  c) El fin de toda obligación es construir o conservar -según el caso-el orden social justo. Todo orden social justo se basa en lo existente o en la probabilidad de existencia. Y como lo imposible jurídicamente resulta inexistente, es lógico que no haga parte del fin de la obligación; y lo que no está en el fin no mueve al medio. Por tanto, nadie puede sentirse motivado a cumplir algo ajeno en absoluto a su fin natural (...)"  Como puede observarse, el **CONSORCIO SAYP 2011**, por no ser sujeto pasivo de la acción está imposibilitado jurídicamente, por demás de manera absoluta para cumplir lo que no le es dable. | No puede aceptarse la afirmación del Consorcio SAYP referida a que se encuentra imposibilitado Jurídicamente como quiera que como ya se advirtió, este Consorcio es el nuevo administrador fiduciario del FOSYGA según contrato de encargo fiduciario No. 467 de 2011, suscrito con el Ministerio de la Protección Social el 23 de septiembre de 2011, cuyo objeto señala: "el Consorcio se compromete a realizar el recaudo, administración v pago de los recursos del Fondo de Solidaridad v Garantía - FOSYGA - del Sistema General de Seguridad Social en Salud Subrayado y Negrita fuera de texto).  Tan está obligado el Consorcio SAYP que fue el mismo el que rindiera el concepto CMP-7671 -13 que fue aportado a la contestación de la demanda por el Ministerio de Salud y de la Protección Social, así como también el apoderado del Consorcio Fidufosyga 2005 en el acápite de pruebas solicita oficiar al Consorcio Sayp para que remita documentación directamente relacionada con la cuentas objeto de la demanda, lo que permite de manera inequívoca concluir que el Consorcio SAYP en la actualidad es el que ostenta calidad de sujeto pasivo audita, rinde conceptos, y certifica el pago de los recobros, por lo que deberá ser tenido como litisconsorte necesario para integrar el contradictorio dentro del proceso de la referencia  Es de anotar tal como se encuentra expreso en el contrato de consultoría número 055 de 2011 suscrito entre el Ministerio de Salud y Protección Social, la Unión Temporal Nuevo Fosyga y las sociedades Comerciales que lo conforman, dentro de las obligaciones que la Unión Temporal suscribió se encuentra la de realizar la auditoria en Salud, jurídica v Financiera, respecto de las solicitudes de recobro ordenados a través de fallos de tutela y Comités Técnicos Científicos, Junta Técnica Científica de Pares y la Superintendencia Nacional de Salud, por ende las cuentas presentadas para pago debieron haber sido reconocidas y pagadas conforme a la auditoria hecha por la entidad, esto es los (79) casos de recobros por concepto de transporte no medicado NO POS y que son objeto de la presente controversia jurídica.  La Unión Temporal Nuevo Fosyga y todas y cada una de las sociedades comerciales que la conforman, es responsable del daño antijurídico causado a Salud Total EPS reclamado en la presente acción por cuanto en calidad de auditor de las cuentas de recobro presentadas al Fosyga es quien conceptúa al Consorcio Sayp 2011 sobre la procedencia o no del pago de las solicitudes de recobro.  Lo anterior, en cumplimiento del contrato de Consultoría No. 055 de 2011 suscrito por la Unión Temporal Nuevo Fosyga y el Ministerio de Salud y Protección Social de 23 de diciembre de 2011, cuyo objeto es "realizarla auditoría en Salud jurídica v financiera de las reclamaciones por los beneficios con cargo a la Subcuenta de eventos catastróficos y accidentes de tránsito – ECAT las solicitudes de recobro por beneficios extraordinarios no incluidos en el plan general de beneficios explícitos, ordenados por los Comités Técnico Científicos de las EPS, las Juntas Técnicas Científicas de Pares, la Superintendencia Nacional de Salud o los jueces, de acuerdo con lo establecido en la Ley 1438 de 2011, artículos 26, 27 y 126. Igualmente deberá auditar los recobros v reclamaciones que se presenten con fundamento en disposiciones legales anteriores aplicando las normas pertinentes para cada caso.  Así las cosas, debido al engranaje de la actividad de las instituciones que integran el SGSSS y el trabajo concatenado de quienes en ella intervienen, es la Unión Temporal Nuevo Fosyga, quien audita las cuentas de recobro y conceptúa al Consorcio Sayp 2011 para que proceda al reconocimiento y pago de los recobros presentados por las EPS, para el presente caso, será quien verifique y encuentre que Salud Total prestó servicios NO POS y por ende debían estos ser reconocidos.  Si bien es cierto, que los elementos facticos referidos en la demanda se originaron con antelación a la suscripción del acuerdo de voluntades efectuado entre el Ministerio de Salud y Protección Social, la Unión Temporal Nuevo Fosyga y las sociedades Comerciales no es menos cierto que tal como se establece en el acuerdo de voluntades No 055 de 2011, dentro de las **OBLIGACIONES DE AUDITORIA** que adquirió la Unión Temporal para la ejecución del contrato se encuentra entre otras la de realizar auditoria jurídica y financiera de las reclamaciones por concepto de atención en salud que hubiesen sido aprobados por el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud o quien ejerza esta función, encabezada hoy en día por el Ministerio de Protección Social, sin embargo resulta pertinente adjuntar algunos apartes del mismo contrato, para evidenciar la veracidad de lo mencionado:  Respecto a esta excepción es necesario tener claridad frente al tema de quienes son las entidades llamadas a responder patrimonialmente por los valores adeudados y reclamados en la demanda y a su vez advertir los fundamentos por los cuales se inició proceso litigioso contra los demandados.  De un lado se encuentra el Consorcio FIDUFOSYGA 2005 quien en su momento tenía tiene funciones de administrador fiduciario y auditor, entidad hoy en día en liquidación , sin embargo mediante Resolución 00397 del 9 de septiembre de 2011 la referida adjudicó la función de administrador, entre otras funciones en cabeza del **CONSORCIO SAYP 2011** (fiduciarias que la conforman) y de la auditoria, entre otras funciones a la **UNION TEMPORAL NUEVO FOSYGA**, (sociedades comerciales que la conforman), consecuencia de ello se tiene que juntas entidades fueron demandadas, tal como lo puede evidenciar su despacho. |
| **IMPROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE REPARACION DIRECTA**  Respecto de la acción en estudio, lo que busca con ella es la indemnización del daño causado al administrado o a sus bienes con ocasión del cumplimiento de la actuación de la administración.  Su fundamento se encuentra consagrado en el artículo 90 de la Constitución Política:[[9]](#footnote-9)  Lo anterior supone que, como principio en el establecimiento de la responsabilidad estatal se deben probar el daño, la culpa y el nexo causal, es decir, que como **SALUD TOTAL EPS** pretende por vía de la acción de Reparación Directa que se declare administrativa y solidariamente responsable a la Nación Ministerio de Salud y Protección Social, al Consorcio **FIDUFOSYGA 2005** y al Consorcio SAYP 2011, por considerar que el descuento posterior de unos servicios de salud recobrados que habían sido pagados es ilegal e injustificado, debe probar la culpa del **CONSORCIO SAYP 2011** y para ello es necesario estudiar si el motivo para realizar los descuentos de "Servicios prestados a sus afiliados con posterioridad a la fecha de fallecimiento" tiene amparo legal, respecto de un sujeto que para la fecha de los hechos no existía, lo cual no es propio de los asuntos que se ventilan por vía de la acción de Reparación Directa. | Es claro que en todos y cada uno de los argumentos el Ministerio de Salud ha aceptado la indebida aplicación del artículo 3 del Decreto - Ley 1281 de 2002 por parte del **CONSORCIO FIDUFOSYGA 2005** y de manera expresa, reconoce la no procedencia de la figura de la compensación de deudas que estaba aplicando el citado consorcio, esta una clara v evidente falla en el servicio.  El régimen de responsabilidad del estado, encuentra fundamento en el artículo 90 de la Constitución de 1991, e impone al estado el deber de responder patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas, es decir, el elemento fundamental de la responsabilidad es la existencia de un daño sin que haya un correlativo deber jurídico de soportar.  Extraído este concepto al caso en particular se tiene que, el daño antijurídico se materializa en el descuento unilateral que hizo el **CONSORCIO FIDUFOSYA 2005** a Salud Total **EPS** de la suma de **$2.270.779.450**, descuento que se materializó, de los dineros (acreencia a favor de Salud Total EPS S.A) que dicho consorcio le adeudaba a Salud Total **EPS** por concepto de recobro de servicios de salud, lo anterior bajo la figura de compensación de deudas al considerar erradamente el Ministerio de la Protección Social y el **CONSORCIO FIDUFOSYA 2005** que la suma descontada, fue apropiada indebidamente pues la misma corresponde al valor de servicios de salud prestados a afiliados presuntamente después de su fallecimiento.  El daño causado a Salud Total **EPS** es antijurídico toda vez que mi representada no estaba en la obligación de soportarlo, y el mismo es consecuencia de una falla en el servicio materializada en una vía de hecho.  Para argumentar lo anterior, se tiene que este descuento fue producto de una vía de hecho administrativa en la medida que el descuento fue ilegal, por violar el artículo 3 del Decreto 1281 del 2002, al no ser procedente la figura de compensación de deudas del artículo 1715 del cc y finalmente porque opero el fenómeno de la caducidad como hecho extintivo del derecho que en principio tendría el Estado Colombiano para solicitar el reintegro de los 592 recobros presentados presuntamente sin causa legal por parte de Salud Total EPS.  En consecuencia, el pretendido daño resulta evidente dado el detrimento patrimonial, desequilibrio económico y financiero que ha tenido que soportar la EPS, como consecuencia de la inobservancia de la normatividad y de la aplicación arbitraria de la figura de la compensación establecida en el artículo 1715 del C.C |
| **IMPROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE ENRIQUECIMIENTO SIN JUSTA CAUSA**  El enriquecimiento sin justa causa se encuentra fundamentado en el artículo 83 de la Constitución Política de Colombia mediante el principio de la buena fe.  Seguidamente, para que exista dicho enriquecimiento injustificado deben concurrir todos los elementos, como lo señala la Sentencia del 22 de julio de 2009 del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo-Sección Tercera, Consejero Ponente Enrique Gil Botero:[[10]](#footnote-10)  Teniendo en cuenta la doctrina y la jurisprudencia, es improcedente la acción de enriquecimiento sin justa causa en contra del Consorcio SAYP 2011, ya que no concurre con todos los elementos, primero porque para la fecha de los hechos el Consorcio SAYP 2011, no tenía ningún tipo de relación contractual con el Ministerio de Salud y Protección Social, y adicionalmente porque siendo que el patrimonio de este consorcio no se ha enriquecido ni se enriquecerá, en razón a que el Consorcio es, simplemente como se ha reiterado un colaborador de la administración cuya actuación se ejecuta a través del cumplimiento de las obligaciones contempladas en el contrato de encargo fiduciario propia de un contratista, como ha venido explicando en varios puntos de la contestación de esta demanda. | Así como se explicó anteriormente y a lo largo de la respuesta a las excepciones la parte demandada el apoderado del Consorcio Sayp fundamenta sus excepciones en aducir que no existe enriquecimiento sin causa, sin embargo son las mismas cuentas que se presentaron para auditoria las que evidencia que efectivamente hubo un enriquecimiento patrimonial, por cuanto teniendo la obligación el estado de reconocer los valores por concepto de servicios NO POS prestados a sus usuarios y financiados con recursos destinados a prestar los servicios de salud de los demás afiliados no fueron retribuidos por el Estado, tan es así que la misma normatividad preceptúa la obligación que tiene el Estado de que dichos recursos financieros sean devueltos, lo que la no devolución de estos dineros genera. |

* 1. **ALEGATOS DE CONCLUSIÓN:**
     1. La apoderada de la **PARTE ACTORA, SALUD TOTAL E.P.S-S S.A** expuso:

*“Es claro que el Ministerio de la Protección Social no disiente de la viabilidad de solicitar el reintegro de los recursos reconocidos indebidamente o sin justa causa, pues mal haría en propiciar un detrimento en los recursos del* ***SGSSS, DE LO QUE SE APARTA TEMPORALEMNTE ES DE LA FORMA COMO SE EFECTUARON TALES DESCUENTOS, MIENTRAS SE DEFINE JURÍDICAMENTE SI LA FIGURA DE LA COMPENSACIÓN PREVISTA EN EL ARTÍCULO 1715 DEL CÓDIGO CIVIL ES APLICABLE A ESTE TIPO DE CASOS."*** */Negrilla, subrayado y mayúsculas propias/.*

*En el mismo sentido y confirmando la ilegalidad en la actuación del Consorcio, el Ministerio de Salud a través de Oficio No. 3310-162471 del 30 de julio de 2012 señala con total precisión que: "Teniendo en cuenta que el proceso de compensación estaba afectando el flujo de recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud, este Ministerio ordenó al Consorcio suspender la aplicación del mecanismo de extinción de obligaciones por compensación que señala el artículo 1715 del Código Civil y le solicitó de manera inmediata se restituyeran los recursos descontados a la EPS." Pues bien, todo lo reseñado hasta este punto, que corresponde a lo debidamente probado a lo largo de este proceso, permite arribar a la conclusión de que el Ministerio de Salud dio instrucciones precisas sobre la aplicación de la figura de la compensación al Consorcio Fidufosyga 2005, manifestando puntualmente que la misma no era procedente y que debía someterse UNICAMENTE al proceso contemplado en el artículo 3 del Decreto - Ley 1281 de 2002, postulado que se obvió por completo en el caso concreto de mi representada y que es objeto de la Litis, lo que constituye sin lugar a dudas una irregularidad en la actuación desplegada por las accionadas y se vislumbra como una verdadera falla del servicio objeto de reproche.*

*Es patente entonces, tal como lo manifestó el mismo Ministerio, que los descuentos realizados generaron una afectación al flujo de los recursos del SGSSS, lo que se traduce necesariamente en un verdadero y actual daño antijurídico, comprendido como el detrimento al patrimonio no solo económico sino de derechos de mi representada de manera injustificada, como quiera que* ***EVIDENTEMENTE****, los descuentos realizados por el Consorcio no estaban permitidos en la forma en que se efectuaron, descartando que existiera para el caso concreto un soporte legal o regulatorio que acompasara su posición del uso de la figura de la compensación, lo que es a todas luces una causa injustificada para la actuación arbitraria, ilegal y en plena desatención de las órdenes del Ministerio.*

*Con todo, es claro entonces que para el caso sub-índice se configuró una falla del servicio atribuible a las accionadas, tal como se desarrolló conceptualmente en libelo introductor (sobre el cual me mantengo para efectos argumentativos), quedando demostrado el daño antijurídico y la imputabilidad tanto fáctica como jurídica en cabeza de la parte demandada, en tanto es evidente que en el curso normal del proceso de compensación y de funcionamiento del SGSSS, específicamente en lo que respecta a este caso de SALUD TOTAL EPS-S S.A., NO ERA PREVISIBLE NI ESPERABLE que por parte del Consorcio se efectuara una serie de descuentos arbitrarios e ilegales (sin justificación legal), respecto de los ingresos que habían sido percibidos legítimamente por la compañía para efectos de cubrir los costos de operación en salud que demandaba la población afiliada para la época de los hechos, situación que desde la teoría de los fundamentos de responsabilidad se aviene perfectamente a la generación de una falla del servicio comprendida dentro del régimen subjetivo de enjuiciamiento, misma que creó un perjuicio tangible y demostrable contablemente, pues se trató de un daño emergente al no efectuar el pago de la totalidad de los recobros por medicamentos NO POS debidamente aprobados, lo que implicó un egreso para la entidad que represento al tener que cubrir dichos gastos con recursos propios, situación que debe ser resarcible en este escenario judicial por parte de su señoría.*

***III) SOLICITUD***

*Con total deferencia, solicito a su señoría que atienda* ***FAVORABLEMENTE*** *todas y cada una de las pretensiones de la demanda, declarando responsables a las accionadas por el daño 6 antijurídico causado a* ***SALUD TOTAL EPS-S S.A****., y en consecuencia, condenándolas al pago de las sumas deprecadas en el escrito introductor, todo con el fin de reparar el perjuicio causado a mi representada y que se encuentra plenamente demostrado en la actuación”.*

* + 1. El apoderado de la **PARTE DEMANDADA, MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCION SOCIAL** señaló:

*“Solicito se nieguen las pretensiones de la demanda, reiterando los argumentos y excepciones expuestos en su escrito de contestación de la demanda”*

* + 1. El apoderado de la **PARTE DEMANDADA, CONSORCIO FIDUFOSYGA 2005** expuso:

*“La presente acción tiende a resolver sobre la posible reparación directa a SALUD TOTAL EPS, frente a lo que considera descuentos injustificados en relación con el trámite administrativo de apropiación de recursos sin justa causa por concepto de fallecidos.*

*El Consorcio Administrador del FOSYGA en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto 1281 de 2002 "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", procedió a adelantar el trámite de restitución de recursos.*

*El Consorcio FIDUFOSYGA 2005 garantizó los derechos de defensa y contradicción, al comunicar a SALUD TOTAL EPS el resultado de auditoria que reflejó la presunta apropiación de recursos sin justa causa por concepto de fallecidos y además solicitó su aclaración.*

*SALUD TOTAL EPS procedió a realizar las aclaraciones, las cuales fueron tenidas en cuentan por Consorcio Administrador del FOSYGA, razón por la cual, una vez analizadas procedió a la devolución de MIL TRECIENTOS OCHENTA Y CINCO MILLONES TRESCIENTOS NOVENTA Y7 NUEVE MIL CUARENTA Y TRES PESOS ($1.385.399.043) a la EPS, como consta en la certificación de la gerente de operaciones de SALUD TOTAL EPS, Dra. Luz Elena Jaramillo Gaviria, con fecha de 23 de noviembre de 2012 que obra en el plenario.*

*Teniendo en cuenta lo anterior, a partir de la verificación de las aclaraciones y en desarrollo del principio de buena fe en las actuaciones de la administración -LA NACIÓN MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL, y el Consorcio Administrador del FOSYGA, se realizó la devolución de las cuentas que se consideraron como improcedentes para el reintegro.*

*- El MEMORANDO No. 201613000283853 con fecha de 22-11-2016, como prueba documental decretada y practicada, la cual contiene la consulta de la base de datos de la RNEC, además contiene información importante para el presente asunto, como son las fechas que la EPS DEMANDANTE allegó en los formatos de los recobros que fueron objeto de descuento, información de la cual se puede deducir que no existe correspondencia con las fechas que se encuentran en los soportes documentales de los recobros de presentación del servicio.*

*La conducta endilgada a la Administración por parte de la accionante no se subsume dentro de ninguno de los títulos de imputación, como quiera que la actividad del Ministerio de Salud y Protección Social es eminentemente REGLADA y no puede desbordar su actividad frente al marco constitucional y legal establecido”.*

* + 1. El apoderado de la **PARTE DEMANDADA: CONSORCIO SAYP 2011** dijo:

*“ES EVIDENTE QUE EL CONSORCIO SAYP 2011 TIENE UNAS OBLIGACIONES DELIMITADAS, EN EJERCICIO DEL CONTRATO 467 DE 2011, LO QUE SE RESTRINGE A EFECTUAR EL PAGO QUE PRESCRIBE EL MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL A TRAVÉS DE LA ORDENACIÓN DEL GASTO Y AUTORIZACIÓN DEL GIRO, SIN QUE DENTRO DE SUS OBLIGACIONES SE ENCUENTRE SURTIR EL TRÁMITE DE AUDITORÍA INTEGRAL DE RECOBROS, ACTIVIDAD QUE SE EJECUTA DESDE EL 03 DE OCTUBRE DE 2011 Y ACTIVIDAD QUE SE REALIZA COMO SE EXPLICO DE MANERA FRACCIONADA Y DELIMITADA; Y QUE TAMPOCO TIENE RESPONSABILIDAD DENTRO DE LOS PROCESOS ADELANTADOS POR EL CONSORCIO FIDUFOSYGA 2005 SOBRE EL PROCEDIMIENTO DESPLEGADO PARA EL REINTEGRO DE RECURSOS APROPIADOS O RECONOCIDOS SIN JUSTA CAUSA.*

***CONSIDERACIONES:***

*Se precisa que todas las acciones precedentes relacionadas el CONSORCIO FIDUFOSYGA 2005 no son responsabilidad del CONSORCIO SAYP 2011, específicamente en virtud a que solo fue partir del 1 de octubre de 2011 que el CONSORCIO SAYP 2011 tiene a su cargo el recaudo, administración y pago de los recursos del FOSYGA, según el contrato de encargo fiduciario No. 467 de 2011, suscrito con el Ministerio de Salud y Protección Social, con obligaciones completamente independientes y diferentes a las que se suscribieron en su momento con el CONSORCIO FIDUFOSYGA 2005.*

*Pero además, debe tenerse en cuenta que hasta el 30 de septiembre de 2011 el CONSORCIO FIDUFOSYGA 2005, en virtud del contrato de encargo fiduciario No. 242 de 2005, tuvo a su cargo la administración fiduciaria de los recursos del FOSYGA, encontrándose dentro de sus obligaciones contractuales dar trámite tendiente a la restitución de aquellos recursos del FOSYGA por presunta apropiación sin justa causa en cumplimiento de la decisión de fondo impartida por la Superintendencia Nacional de Salud como órgano de cierre de la actuación a administrativa sobre la procedencia de restituir dineros apropiados sin justa causa por la EPS.*

*El CONSORCIO SAYP no está investido legítimamente para ejercer la voluntad del órgano estatal competente para decidir o para adelantar trámite de restitución de recursos a favor del FOSYGA, pues no cuenta con la facultad legal, ni contractual para proferir actos en nombre del Ministerio de Salud y Protección Social.*

***CONSIDERACIONES FINALES***

*• FALTA DE LEGITIMACION EN LA CAUSA POR PARTE PASIVA:*

*De acuerdo a lo que se ha venido exponiendo, el CONSORCIO SAYP 2011 actúa como administrador fiduciario de los recursos públicos del Ministerio de Salud y Protección Social - Fondo de Solidaridad y Garantía -FOSYGA-.*

*Por lo tanto, los recursos así entregados no solo no se transfieren a la entidad fiduciaria, ni constituyen patrimonio autónomo, sino que, en todo caso la capacidad para actuar del CONSORCIO SAYP 2011 está estrictamente delimitada por las normas del Sistema General de Seguridad Social en Salud, las cláusulas contractuales y las instrucciones y directrices impartidas por el Ministerio de Salud y Protección social.*

*En fin, el Consorcio SAYP 2011 no tiene ni la responsabilidad, ni la legitimidad, capacidad jurídica y procesal para actuar y responder por los supuestos perjuicios que se endilgan por la parte actora y que son objeto de las pretensiones indicadas por la demandante o para responder por cualquier otro daño, perjuicio o pago de indemnización en caso de llegar a demostrarse en el trámite de este proceso.*

*• EL CONSORCIO SAYP 2011 NO REEMPLAZA NI RESPONDE SOLIDARIAMENTE AL CONSORCIO FIDUFOSYGA 2005, NI A LA UNION TEMPORAL NUEVO FOSYGA HOY UNION TEMPORAL FOSYGA 2014.*

*A partir del 1 de octubre de 2011, el CONSORCIO SAYP 2011 tiene a su cargo el recaudo, administración y pago de los recursos del FOSYGA, según el contrato de encargo fiduciario No. 467 de 2011, suscrito con el Ministerio de Salud y Protección Social, el cual no contempla dentro de sus obligaciones llevar el trámite de las reclamaciones ni de los recobros, toda vez que dicho proceso está a cargo de la UNION TEMPORAL NUEVO FOSYGA, la cual para el efecto suscribió con dicho Ministerio el contrato de consultoría No. 055 del 23 de diciembre de 2011.*

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

*Así las cosas, el CONSORCIO SAYP 2011 no es responsable de las actividades realizadas por el anterior administrador fiduciario el CONSORCIO FIDUFOSYGA 2005 ni por las actividades que realice LA UNION TEMPORAL NUEVO FOSYGA.*

***SOLICITUD***

*De conformidad a lo expuesto en este escrito y en la contestación de la demanda de manera respetuosa, se reitera la solicitud realizada, en el sentido de:*

*1. NO ACCEDER a las pretensiones de la Demandada por los argumentos expuestos tanto en estos alegatos como en la contestación a la demanda.*

*2. Como petición subsidiaria y en caso de prosperar alguna de las pretensiones de la demandante, solicito DESVINCULAR a parte demandada CONSORCIO SAYP 2011 y las fiduciarias que lo conforman de cualquier tipo de condena, responsabilidad o perjuicio frente a los hechos expuestos en la demanda, específicamente, porque frente a las pretensiones de la demanda no tienen ningún tipo de potestad administrativa para definir o no la procedencia de los descuentos; lo cierto es que el consorcio , en virtud del contrato de encargo fiduciario, es tan solo el actual Administrador Fiduciario de los recursos del FOSYGA con la obligación de defenderlos, sí, pero sin afectar posición patrimonial propia.*

*3. Por lo anterior ABSOLVER a mi representada Consorcio SAYP 2011 y las fiduciarias que lo conforman, de cualquier tipo de responsabilidad o perjuicio frente a los hechos expuestos en la demanda y se condene en costas a la parte actora”.*

* + 1. El MINISTERIO PUBLICO representado por la PROCURADURIA JUDICIAL 82-1 no conceptuó.
  1. **CONSIDERACIONES**
  2. Respecto de las **excepciones propuestas** el despacho verifica lo siguiente:
* En cuanto a las excepciones de **IMPROCEDENCIA DE LA APLICACIÓN LAS REGLAS DEL ARTÍCULO 90 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA A MIS REPRESENTADAS Y AL PRESENTE CASO, Y CONSIGUIENTE FALTA DE JURISDICCIÓN ES CONSIDERADA COMO PREVIA, CADUCIDAD EN LA APLICACIÓN DE LOS DESCUENTOS** propuestas por el demandado consorcio FIDUFOSYGA 2005 **y las de FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA DEL CONSORCIO SAYP 2011 e IMPROCEDENCIADE LA ACCIÓN DE REPARACION DIRECTA** propuestas por el demandado CONSORCIO SAYP 2011 el despacho se remite a lo decidido respecto de las mismas en el acápite respectivo en la audiencia inicial.
* Las excepciones de AUSENCIA DE INCUMPLIMIENTO POR PARTE DE CONSORCIO FIDUFOSYGA 2005 DE LAS OBLIGACIONES LEGALES Y REGLAMENTARIAS QUE TENIA ASIGNADAS COMO ADMINISTRADOS DEL FONDO DE SOLIDARIDAD Y GARANTIA FOSYGA, PAGO EFECTUADO A SALUD TOTAL DE PARTE DE LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA, LA IMPORCEDENCIA DE LA APLICACIÓN DE LA TEORIA DEL DAÑO ANTIJURIDICO, IMPROCEDENCIA DE LA TEORIA DE FALLA DEL SERVICIO, IMPROCEDENCIA DE LA TEORIAL DEL ENRIQUECIMIENTO SIN JUSTA CAUSA Y AUSENCIA DE DAÑO**,** propuestas por **FIDUFOSYGA 2005** y las excepciones de INEXSISTENCIA DE LA OBLIGACION INDEMNIZATORIA-AUSENCIA DE NEXO CAUSAL, EL CONSORCIO SAYP 2011 NO REEMPLAZA NI RESPONDE SOLIDARIAMENTE AL CONSORCIO FIDUFOSYGA 2005, IMPOSIBILIDAD JURÍDICA E IMPROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE ENRIQUECIMIENTO SIN JUSTA CAUSA**,** incoadas por el **CONSORCIO SAYP 2011** no gozan de esta calidad, en atención a que los hechos que se aducen como fundamento de la misma, no la conforman, limitándose simplemente a negar o contradecir los supuestos de hecho en que los demandantes sustentan su acción. En este sentido, el término “excepción”, está reservado para aquéllos únicos casos en que tal instrumento de defensa, se traduce en la acreditación de hechos y razones distintos, encaminados a excluir, enervar o dilatar las pretensiones.
* Respecto de la excepción de **CULPA EXCLUSIVA DE LA VICTIMA** propuesta por la **NACION – MINISTERIO DE SALUD Y DE PROTECCION SOCIAL,** por tratarse de un eximente de responsabilidad, se estudiará sólo en el evento en que aquella se configure. Por ende, se procederá a determinar si en el sub examine si se verifican todos y cada uno de los presupuestos que permitan la responsabilidad de las demandadas.
  1. **LA RAZÓN DE LA CONTROVERSIA:**

Conforme a lo establecido en la **FIJACIÓN DEL LITIGIO**, se busca establecer si las demandadas deben o no responder por los presuntos perjuicios ocasionados al demandante como consecuencia del descuento económico presuntamente ilegal e injustificado por servicios de salud recobrados y cuyo pago ya se habían efectuado.

Surge entonces el siguiente problema jurídico:

**¿*EXISTIÓ UNA FALLA EN EL SERVICIO POR PARTE DE LAS DEMANDADAS NACION – MINISTERIO DE SALUD Y DELA PROTECCION SOCIAL, COSORCIO* FIDUFOSYGA 2005[[11]](#footnote-11) Y CONSORCIO SAYP 2011 *AL HABER EFECTUADO UN DESCUENTO ECONÓMICO POR CONCEPTO DE SERVICIOS DE SALUD* RECOBRADOS Y CUYO PAGO YA SE HABÍAN EFECTUADO*?***

Para solucionar este interrogante es necesario tener en cuenta lo siguiente:

El presente proceso tuvo su origen en el ejercicio del medio de control de reparación directa contemplada en el artículo 140 del C.P.C.A., el cual dispone que el interesado podrá demandar la reparación del daño cuando su causa sea un hecho, una omisión, una operación administrativa o la ocupación temporal o permanente de un inmueble por causa de trabajos públicos o por cualquier otra causa.

El régimen de responsabilidad patrimonial del Estado al que obedece tal acción, tiene su fundamento Constitucional en el artículo 90 de la Carta, el cual le impone a aquel el deber de responder patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas, es decir que el elemento fundamental de la responsabilidad es la existencia de un daño que la persona no está en el deber legal de soportar.

Se observa entonces que no importa si el actuar de la Administración fue legal o no, para efectos de determinar la responsabilidad, puesto que la antijuridicidad no se predica de su comportamiento sino del daño sufrido por el afectado, que bien puede provenir de una actuación legítima de aquella; no obstante, la jurisprudencia continúa aplicando los regímenes de imputación de responsabilidad que de tiempo atrás ha ido decantando, ya que ellos facilitan el proceso de calificación de la conducta estatal y la determinación de la existencia del daño y del nexo causal de éste con aquella.

El principal régimen de imputación de responsabilidad es el de la tradicional falla del servicio, dentro del cual la responsabilidad surge a partir de la comprobación de la existencia de tres elementos fundamentales:

1) el daño antijurídico sufrido por el interesado,

2) la falla del servicio propiamente dicha, que consiste en el deficiente funcionamiento del servicio, porque no funcionó cuando ha debido hacerlo, o lo hizo de manera tardía o equivocada, y finalmente,

3) una relación de causalidad entre estos dos elementos, es decir, la comprobación de que el daño se produjo como consecuencia de la falla del servicio.

Considera el Despacho que el régimen de responsabilidad aplicable en el caso concreto es el del FALLA EN EL SERVICIO en virtud de los hechos relatados en la demanda por lo que se procederá al estudio del caso concreto teniendo en cuenta los elementos de responsabilidad anotados y el material probatorio aportado a la demanda.

* 1. **ANÁLISIS CRÍTICO DE LAS PRUEBAS:**
     1. Conforme al material probatorio aportado, se encuentran **probados los siguientes hechos**
* La cuenta el FOSYGA estuvo administrada mediante contrato de encargo fiduciario 242 de 2005 celebrado con el *CONSORCIO* FIDUFOSYGA 2005 por el periodo delel día 6 de diciembre de 2005 al 30 de septiembre de 2011.
* El **13 de febrero de 2009 mediante *oficio DGF-12100-0703[[12]](#footnote-12)***la entonces Directora General de Financiamiento del Ministerio de la Protección Social, citando el artículo 15 del Decreto Ley 1281 de 2002, le reiteró Consorcio Fidufosyga 2005 que era su deber definir y establecer el proceso a seguir frente la restitución de dineros por pagos dobles, "*ya sea mediante compensación aplicando el artículo 1715 del Código Civil [[13]](#footnote-13) o mediante reintegro de los recursos según lo definido en artículo 3 del decreto 1281 de 2002*[[14]](#footnote-14)*"*
* Mediante **oficio 12100-132618 del 13 de mayo de 2011**, el MINISTERIO DE LA PROTECCION SOCIAL instruyó al CONSORCIO FIDUFOSYGA 2005 respecto de la validación de los recobros contra la Base de Datos Única de Afiliados (BDUA)[[15]](#footnote-15) y ordenó la aplicación de la glosa de los recobros contemplada en el artículo 6 de la Resolución 3754 de 2008, que consagraba como causal de glosa del recobro *"k) Cuando el usuario reportado en el recobro no aparezca en la Base de Datos Única de Afiliados, BUDA, por la entidad recobrante para el período de la prestación del servicio (Código 3-11)".*
* El **16 de mayo del 2011**[[16]](#footnote-16) el Consorcio Fidufosyga 2005 comunicó a SALUD TOTAL EPS con el oficio No. AUD 0354-11 que del resultado de la auditoría de los recobros radicados por SALUD TOTAL en el mes de abril de 2011 y contenidos en el paquete 0411 (oficio MYT-1074 de 2011 CD 26331 de fecha 23 de junio de 2011) **1027 recobros** presentados, aprobados y pagados por la suma de **$2.272.233.148** correspondían a usuarios que se encontraban fallecidos con anterioridad a la prestación del servicio, motivo por el cual el dinero debe ser reintegrado dentro de los siguientes 20[[17]](#footnote-17) para el reintegro del dinero incluyendo los intereses moratorios generados durante el periodo de tenencia de dichos recursos.

En el evento de no reintegrarlo, los valores serán descontados del siguiente pago que se realice por concepto de medicamentos NO POS y fallos de tutela, en virtud de la figura de la compensación,

* El **16 de junio de 2011** SALUD TOTAL EPS explica las razones de por qué no reintegrará ningún dinero.
  + 893 casos/recobros equivalentes a **MIL NOVECIENTOS OCHENTA Y SEIS MILLONES CIENTO OCHENTA Y TRES MIL OCHOCIENTOS NOVENTA Y SIETE PESOS**, cuya presentación del servicio es igual o anterior a la fecha de fallecimiento. (CD)
  + 77 casos/recobros equivalentes en total a una suma de **DOSCIENTOS CUARENTA Y UN MILLONES NOVECIENTOS NOVENTA Y SEIS MIL SEISCIENTOS SETENTA Y DOS PESOS** sobre los que no se encuentran los físicos de radicación del recobro, por cuanto el CONSORCIO FIDUFOSYGA 2005 los tiene en su poder por lo que no se pueden verificar.
  + 57 casos/recobros equivalentes a **CUARENTA Y CUATRO MILLONES SEISCIENTOS CINCUENTA Y TRES MIL DOSCIENTOS TREINTA Y TRES PESOS** sobre los cuales aparentemente la fecha de presentación del servicio fue posterior al fallecimiento, pero que necesitan mayor verificación[[18]](#footnote-18).
* El Consorcio Fidufosyga 2005 con oficio No. MYT-1074-11 CD de fecha **23 de junio de 2011[[19]](#footnote-19)** comunicó a SALUD TOTAL EPS, que efectuó el descuento unilateral por la suma de $2.272.233.148 con unos recobros por concepto de medicamentos No POS pertenecientes al régimen Contributivo.
* El Consorcio Fidufosyga 2005 con oficio No. AUD – 476 - 11 CD, de fecha 12 de julio de 2011[[20]](#footnote-20). informa a SALUD TOTAL EPS que debe pagar por concepto de intereses moratorios la suma de **$1.143.918.292.76)**
* El **12 de agosto de 2011** SALUD TOTAL EPS explica al Consorcio Fidufosyga 2005, las razones de la improcedencia del pago de los intereses reclamados.
* El Consorcio Fidufosyga 2005 con oficio AUD-0561-11 de fecha **26 de agosto de 2011**[[21]](#footnote-21) le comunica a SALUD TOTAL EPS que después de hacer una revisión física de los 1027 recobros 384 son justificados y 643 no, insistiéndose en el descuento por la suma de **$1.595.543.329** por lo que se le regresaran $**676.689.819.**
* Mediante oficio 12100-258713 de **29 de agosto de 2011 Director General de Financiamiento** **del Ministerio de la Protección Social**, le indicó al CONSORCIO FIDUFOSYGA 2005 que cualquier afectación que se realizara debía tener en cuenta el origen del gasto y debía imputar la recuperación de los recursos al concepto que correspondiera, agregando que "cada vez que se pretenda realizar un descuento de los recursos por el FOSYGA a cualquier beneficiario se informe en detalle el origen de dicho: descuentos, adicionalmente al informe que el Consorcio remite a cada EPS-EOC en atención del artículo 3g del Decreto Ley 1281 de 2002"
* El Consorcio Fidufosyga 2005, a través de oficio AUD-0566-11 de fecha 30 de agosto de 2011 informo que procedió a descontar por concepto de intereses moratorios la suma de **$775.490.763,** el demandante afirma que en realidad fue $772.645.775.
* El Consorcio Fidufosyga 2005 encontró de las 643 no justificados 51 si lo estaban por lo que era procedente regresar a SALUD TOTAL EPS la suma de $**59.871.941 (capital) y $ 40.382.701(intereses) a la fecha** no han sido girados a favor la parte demandante.
* El Consorcio Fidufosyga 2005, descontó a Salud Total EPS la suma de $ 615.551.361 **(SEISCIENTOS QUINCE MILLONES QUINIENTOS CINCUENTA Y UN IN MIL TRESCIENTOS SESENTA Y UN PESOS),** que corresponden a 324[[22]](#footnote-22) cuentas de recobro (de las 643 no justificadas) en las cuales está demostrado que la fecha de prestación de los servicios de salud es anterior y/o igual a la fecha de fallecimiento de los afiliados y la suma de **SETECIENTOS SETENTA Y DOS MILLONES SEISCIENTOS CUARENTA Y CINCO MIL SETECIENTOS SETENTA Y CINCO PESOS ($772.645.775)** por concepto del interés de ese capital descontado, **LO CUAL SUMA UN GRAN TOTAL DESCONTADO DE MIL TRESCIENTOS OCHENTA Y OCHO MILLONES CIENTO NOVENTA Y SIETE MIL CIENTO TREINTA Y SEIS PESOS. ($ 1.388.197.136).**
* El Ministro de la Protección Social mediante oficio 12100-00272707 de 8 de septiembre de 2011, el que puso en conocimiento del CONSORCIO FIDUFOSYGA 2005 que al interior de esa entidad se estaba revisando la viabilidad de la figura jurídica de la compensación de que trata el artículo 1715 del Código Civil, por lo que expresamente le ordenó "suspender el reintegro de los recursos por esta vía y solo se efectúe el reintegro previsto en el artículo 3 del Decreto Ley 1281 de 2002" y dicha instrucción fue reiterada el 12 de septiembre de 2011 (oficio 12100-276201).
* El CONSORCIO FIDUFOSYGA 2005 mediante órdenes de pago 7-7195 y 7-7196 de fecha 28 de septiembre de 2011 registro que se regresó lo correspondiente a 51 recobros $59.871.941 por concepto de capital y $40.382.701 por concepto de intereses[[23]](#footnote-23).
* El dictamen pericial indicó que de los 273 recobros solo 73 se encontraban justificados y por lo tanto debían ser cancelados por el FOSYGA y los intereses cobrados por ellos recobrados.

|  |  |  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- | --- | --- |
|  | **N** | **Paciente** | **Identificación** | **$** | |
|  | 2 | AMPARO USMA DE QUINTERO | 32337886 | $ 1.107.019 | |
|  | 4 | HUGO DEL SOCORRO TABORDA | 4341951 | $ 349.295 | |
|  | 6 | CONSTANZA MILENA NARVAEZ SEPULVEDA | 26648834 | $ 4.143.034 | |
|  | 7 | LUIS ANTONIO GOMEZ OTERO | 140386 | $ 822.917 | |
|  | 8 | BERCELIO SANCHEZ PULIDO | 150692 | $ 421.160 | |
|  | 9 | GERMAN EDUARDO BUITRAGO GARC | 1194977 | $ 286.509 | |
|  | 12 | LUIS ALEJANDRO APARICIO MORENO | 79947197 | $ 346.393 | |
|  | 15 | PABLO ENRIQUE MARTIN SANCHEZ | 19070984 | $ 4.608.966 | |
|  | 24 | CARLOS JULIO GONZALEZ POVEDA | 2922616 | $ 134.335 | |
|  | 32 | MARIA NELLY GIRALDO DE CASTAÑO | 30287806 | $ 33.617 | |
|  | 33 | MARIA FANNY LUGO DE VASQUEZ | 23894591 | $ 62.800 | |
|  | 38 | JUAN DAVID PERDOMO MARTINEZ | 1077228111 | $ 3.465.106 | |
|  | 39 | OFELIA GUARIN DE JURADO | 28737074 | $ 1.940.196 | |
|  | 40 | DESIDERIO RODRIGUEZ RODRIGUEZ | 32334 | $ 173.023 | |
|  | 42 | CESAR GUILLERMO EGEA BAENA | 7434178 | $ 2.116.548 | |
|  | 43 | MARIA GALLO DE GALLO | 24863375 | $ 2.925.969 | |
|  | 46 | JUAN CABRERA SALGADO | 401508 | $ 34.097 | |
|  | 47 | MIRYAM PINZON DIAZ | 23430528 | $ 133.988 | |
|  | 48 | STELLA REVELO DE ARIZA | 29216611 | $ 2.271.662 | |
|  | 50 | JOSE JOAQUIN CALVO DE LEON | 5123523 | $ 214.472 | |
|  | 51 | MARIA GLADYS FALLA LOZANO | 20594067 | $ 609.818 | |
|  | 52 | CARLOS ALFONSOCALDERON LESMES | 13042 | $ 339.573 | |
|  | 56 | MATILDE ARANGO RUIZ | 24904370 | $ 35.420 | |
|  | 59 | MARIA LUISA SANCHEZ DE PARADA | 20120774 | $ 132.400 | |
|  | 61 | MARIA ALBA ROJAS RINCON | 52040176 | $ 115.600 | |
|  | 70 | RAUL ALBERTO ARIAS RESTREPO | 15501325 | $ 64.204 | |
|  | 72 | ISMENIA GOMEZ GIL (No hay soportes) | 28902748 | $ 109.440 | |
|  | 74 | JOSE ANTONIO MORALES ORTIZ | 17315492 | $ 142.780 | |
|  | 76 | JUAN MARTIN ARIAS GOMEZ | 1054867684 | $ 1.863.018 | |
|  | 79 | MARIA CONSUELO ZAPATA DE RIVILLAS | 21355277 | $ 752.962 | |
|  | 82 | CRISTIAN MATEO PRADO ROJAS | 1097101176 | $ 3.264.475 | |
|  | 89 | MARIA CONSUELO ZAPATA DE RIVILLAS | 21355277 | $ 752.962 | |
|  | 92 | JHON FREDY CARRANZA ORJUELA | 80015441 | $ 1.378.932 | |
|  | 96 | MARIA CONSUELO ZAPATA DE RIVILLAS | 21355277 | $ 3.867.780 | |
|  | 98 | FLORIPES CARVAJAL PABON | 27846854 | $ 74.380 | |
|  | 107 | MARLEN BRAN VANEGAS | 51618290 | $ 2.356.192 | |
|  | 111 | CARLOS ALBERTO GONZALEZ MOLANO | 992907 | $ 95.037 | |
|  | 112 | ALVARO LEON LEON | 1070082 | $ 557.607 | |
|  | 114 | STELLA REVELO DE ARIZA | 29216611 | $ 2.271.662 | |
|  | 115 | NURIS MARGARITA VARGAS LOPEZ | 26743675 | $ 450.750 | |
|  | 118 | JULIO MARIO PALACIO MORENO | 1047368190 | $ 19.810.419 | |
|  | 125 | CARLOS ALFONSO VARGAS CAMACHO | 65942 | $ 472.317 | |
|  | 130 | RAFAEL MOTA MENZA | 62923 | $ 1.860.000 | |
|  | 135 | CARLOS EDUARDO RIVERA LOPEZ | 79445728 | $ 52.396 | |
|  | 137 | JUSTINA GUARDO MARIMON | 22366482 | $ 912.726 | |
|  | 149 | ISMENIA GOMEZ DE ZAPATA | 28902748 | $ 182.850 | |
|  | 152 | IDELFONSO SALAZAR FLOREZ | 17197052 | $ 311.200 | |
|  | 163 | LORENZO CABARCAS FUENTES | 890487 | $ 926.254 | |
|  | 165 | JAIME ENRIQUE NOVOA FLOREZ | 115830 | $ 315.185 | |
|  | 169 | REINALDO BARCO VALDERRAMA | 2865008 | $ 845.655 | |
|  | 173 | SONIA MARIA ALGARIN TORRES | 22437174 | $ 2.309.492 | |
|  | 176 | ALBA LUCIA HERNANDEZ HENAO | 24359219 | $ 12.638.404 | |
|  | 177 | GONZALO HENAO VALENCIA | 6087979 | $ 510.634 | |
|  | 182 | OSCAR AUGUSTO ARIAS MIRANDA | 3956652 | $ 309.499 | |
|  | 189 | GONZALO HENAO VALENCIA | 6087979 | $ 701.658 | |
|  | 190 | ISABEL CABANZO PINZON | 28782908 | $ 3.353.217 | |
|  | 199 | LILIA PADILLA PALACIOS | 40398038 | $ 264.478 | |
|  | 202 | JAIME ANDRES SARMIENTO MUÑOZ | 80856667 | $ 345.264 | |
|  | 203 | MARIA ANGELA DIAZ | 28268168 | $ 885.208 | |
|  | 204 | EDGAR CERON VELASCO | 17056098 | $ 410.624 | |
|  | 215 | GERARDO BARRERA DIEZ | 3518920 | $ 19.242.703 | |
|  | 219 | BERNARDO DE JESUS SANCHEZ G. | 501182 | $ 486.142 | |
|  | 232 | PEDRO BLANCO ORMAZA | 1060518 | $ 274.318 | |
|  | 245 | JULIA ELVIRA GUERRERO DE QUINTNA | 20389615 | $ 5.198.489 | |
|  | 246 | MARIA TERESA VARELA DE GONZALEZ | 22302069 | $ 5.506.860 | |
|  | 250 | MARIA ANA ELVIA LANCHEROS DE L | 41465656 | $ 52.971 | |
|  | 251 | CARMEN SOFIA QUIROGA DE HOYOS | 20119791 | $ 2.053.525 | |
|  | 254 | AURORA ROBLES | 21218956 | $ 27.916 | |
|  | 256 | CONCEPCION GOMEZ DE PACHON | 41391969 | $ 5.806.511 | |
|  | 262 | WILLIAM DE JESUS HENAO GARZON | 734952 | $ 70.224 | |
|  | 265 | LAURENCIO MORA DIAZ | 3002919 | $ 45.510 | |
|  | 267 | JORGE IVAN CORREA VELEZ | 607710 | $ 1.293.573 | |
|  | 272 | CARLOS GUSTAVO HIDALGO LEGUIZAMO | 19316121 | $ 12.182.826 | |
| TOTAL | | | | **$ 144.485.146** |

* En diligencia del se efectuó el control del dictamen recibida por este Despacho

|  |
| --- |
| *Para realizar el Dictamen Pericial tuve en cuenta la documentación de los archivos de salud total, entre ellos las facturas y comprobantes de recobro. Las facturas se buscaron de acuerdo a cada uno de los pacientes, que conforman 273 recobros. Una vez ubicado el paciente, se procede a buscarlo en el archivo, revisando su respectivo recobro y factura. Posteriormente se hace un resumen en Excel de las facturas, en cuanto a la fecha de elaboración, fecha de prestación del servicio, qué entidad prestó el servicio, el valor del recobro, las planillas suministradas por la registraduría nacional en la que hacen una relación de los pacientes fallecidos.*  *Una vez resumidos todos estos factores en tabla de Excel, se procede a hacer la comparación de las fechas de factura, y las fechas de fallecimiento de cada uno de los pacientes. Identificando así las diferencias, allí se observan dos columnas. Una columna, tiene que ver con aquellos recobros que se evidencian antes de la fecha de fallecimiento, y en la otra columna los recobros que aparecen posteriores a la fecha de fallecimiento del paciente.*  ***¿Es decir, el procedimiento que usted llevó a cabo, fue la comparación de los datos introducidos en el libro Excel y hace la comparación entre las hojas de ese libro?*** *Se hace la comparación, pero una vez extraída de los soportes que tienen en Salud Total en la documentación. Entonces, en esas carpetas ser buscó uno a uno (que por cierto hay mucha papelería y están revueltos los recobros, entre ellos acá se está hablando de 273 recobros), y se procedió con base en la lista que en la demanda relacionan, y se sacó uno a uno el paciente. Se va al archivo y se busca la carpeta del paciente. Ubicada la carpeta, se buscó uno a uno la factura y el recobro que corresponde a esa factura. Ya con esos soportes, se pueden evidenciar algunas diferencias frente a lo que se evidencia en la demanda. Se encontraron algunas facturas que por el tiempo ya están muy borrosas, no pudiendo identificar quién prestó el servicio, o cuál fue la fecha, pero se relacionó según lo que aparecía en la demanda.*  ***¿De los 273 recobros, en cuántos no se podía apreciar bien las fechas o quién fue el prestador del servicio por estar borrosos?*** *No fueron muchas, hay como unas dos o tres, que ahí coloqué, BORROSO. En su totalidad están especificadas.*  ***¿A qué conclusión llegó?*** *La conclusión es que hay más facturas posteriores a la fecha de fallecimiento, y menos que son anteriores a la fecha.*  ***Juez: ¿Usted recuerda, de esas 273 facturas cuántas estaban con cobros cuando la persona ya estaba fallecida? En porcentajes, más o menos.*** *En porcentaje equivale por ahí a un 30%*  ***Juez: ¿Usted se apoyó en terceros para realizar este dictamen?*** *Me apoyé para localizar la documentación y digitarla, porque esto es muy engorroso. Siempre estuve yo presente, pero es obvio que requerí de auxiliares para ubicar la documentación y extraer uno a uno los cuadros y el dictamen que estoy relacionando.* ***Juez: Usted había pasado un escrito diciendo que los gastos habían ascendido a $1´800.000***  *Lo que pasa es que yo contraté a un auxiliar, y se le pagaron 900.000 mensuales sin transporte, e incluso ella me prestó el computador, porque lo necesitábamos para validar datos. Esos son gastos, pero ella no me cobró adicional por el computador. Sólo relacioné los dos meses que le pagué.*  ***Juez: Usted cuánto considera que se le debería pagar de honorarios.*** *Está en un promedio de 3 o 4 millones de pesos.*  ***¿Cuál es el formato de fecha que utilizó en este consolidado que entrega al despacho, específicamente en la columna que refiere como fecha de prestación de servicio planilla recobro NO-POS? Es decir, ¿cuál es el formato? ¿Mes día año, día mes año? Y específicamente en la otra columna denominada fecha de fallecimiento reportado por la registraduría.*** *El formato que se utilizó es día, mes año en las dos columnas.*  ***Si usted nos indica que en las dos columnas denominadas “fecha de prestación del servicio planilla” y la de “fecha de fallecimiento reportada por la registraduría” el formato es Día, Mes, Año. Sin embargo, en la primera columna que menciono aparece 04/21/2008, pero el mes 21 no existe, luego entendería que el formato no es Día, Mes, Año, sino Mes, Día, Año. Posteriormente en la segunda columna, indica 02/03/2018 y en la posterior columna indica que los días posteriores a la factura son 48 días. Quisiera que me explicara cómo llega a la conclusión que son 48 días, si en el formato que usted nos dice Día, Mes, Año, el mes 21 no existe****. Aquí en la planilla que dice fecha de prestación del servicio, esas fechas fueron tomadas y transcritas tal y como aparecen en el recobro. Eso no se modificó. Se transcribió tal y como está ahí. Ya las fechas de las facturas, hubo que organizarlas porque en su mayoría están en palabra (por decir, abril), en formato Día mes año, y en formato mes día año, entonces lo de las facturas sí se organizó; y lo que tiene que ver con las fechas de fallecimiento del paciente, una vez ubicado el paciente, se iba a la planilla, y se trasladaba o se digitaba el valor que aparece en la planilla, así que están transcritos como aparecen en el recobro.*  ***Sí, pero me refiero también a la columna propiamente de fecha de registraduría. La transcribió literalmente de la información que se le suministró, o hubo algún cambio.*** *Se transcribió como figura en la planilla de la registraduría.*  ***Es decir que usted lo único que arregló fue lo de la factura, todo lo demás lo escribió tal y como se lo entregaron.*** *Lo de las planillas y lo de los recobros no fue modificado, fue transcrito. Lo de las facturas si había que mirar porque la mayoría no tienen una secuencia y como son diferentes los prestadores de servicio, en algunos está primero el año, o viceversa, o en letra.*  ***Quisiera que me respondiera específicamente, en ese caso en concreto que le pregunté cómo llega a la conclusión de que son 48 días entonces.*** *Se saca por una formulación. Una vez que están las fechas, el sistema arroja esa diferencia*  ***Qué formula tiene en cuenta*** *La de resta. Se toma la casilla, se tuvo en cuenta la fecha de elaboración de la factura, y las fechas de fallecimiento del paciente. Se restan estas fechas y se obtiene el número de días de diferencia.*  ***Juez: ¿Pero son iguales? ¿Se tiene en cuenta día/mes/año?*** *Sí se tiene en cuenta en ambas.*  ***Si esto es así, y se hace simplemente una fórmula aplicada en Excel, la diferencia pudo haber sido equivocada, si no se verificó que en ese caso en concreto el formato Día/mes/año estaba al revés.*** *Es que la fecha que el Dr. Está tomando es la planilla del recobro. Sin embargo, la diferencia no fue sacada con esa fecha, sino con la fecha de elaboración de la factura, y la fecha de fallecimiento del paciente.*  ***¿Esas fechas de elaboración de la factura y fecha del fallecimiento, si tienen el formato de día/mes/año?*** *Sí señora.*  ***Parte actora:*** *Observamos con detenimiento que la columna dice específicamente “fecha de prestación del servicio, planilla del recobro NO-POS”. Efectivamente el dictamen estaba encaminado a que se hiciera la verificación entre la fecha real y efectiva de prestación del servicio y la fecha de fallecimiento del usuario; no propiamente el de la elaboración de la factura, y así se había determinado desde el momento en que se decretó el dictamen, que se refiere precisamente a buscar cuándo se prestó el servicio, y cuándo falleció el usuario. Usted nos dice entonces que toma en cuenta la fecha de elaboración de la factura, sin embargo no específicamente el de la prestación de servicio que nos refiere en una columna anterior como “fecha de prestación de servicio”. En ese caso, habría un problema a la hora de aplicar la fórmula de resta. Quiero dejar constancia de esa situación para la valoración de la prueba.*  ***¿Usted verificó que las prestaciones trataran precisamente de recobros de personas fallecidas en su dictamen?*** *El dictamen versó sobre 273 recobros, con base en un listado que aparece en la demanda. Con base en ese listado los ubiqué uno a uno y busqué entre todos los recobros. Busqué los que tuvieran relación con los 273.*  ***¿Tuvo algún otro motivo de glose evidenciado en su dictamen?*** *La prueba se encaminó a buscar la prueba técnica del dictamen, tal y como fue aclarado en auto 27 de enero de 2017 a folio 97 donde se busca probar la compensación efectuada por la demandante.*  ***¿Cómo específicamente determinó los recobros relacionados en ese dictamen pericial?*** *Es que los recobros están en las carpetas de cada uno de los pacientes, igual que las facturas y demás papelería, como fórmula, ordenes, historias. Se ubicó el recobro y se transcribió la información que tiene el recobro, e igual se procedió con la factura.*  ***Explique al despacho la razón por la cual en la columna E del dictamen denominada “fecha de prestación del servicio planilla de recobro NO-POS”, de la hoja de Excel No. 4 del dictamen pericial, no dividió las columnas precisamente separadas los ítems que allí se relacionan. Es decir, en esa Columna, todos los ítems que allí se relacionan, ¿por qué no quedaron en columnas separadas?*** *Esos datos, al igual que la especificación o detalle del servicio que se prestó y que se evidencia en las facturas, es más como soporte o aclaración de mirar el contenido de la factura, por qué concepto fue el servicio, y de igual manera el recobro a que corresponde por la prestación de ese servicio en la fecha en que lo hicieron.*  ***¿Qué bases de datos utilizó para la elaboración del dictamen?*** *Las bases de datos que utilicé, y que incluso le pedí el favor a Ud. Dra. María Jimena, me las suministró el abogado de Salud Total. Es más, en la audiencia pasada la Juez dijo que todos debían colaborar. Ninguno lo hizo excepto el Dr. De Salud total, que me consiguió la panilla de fallecidos de la registraduría. Toda la Información de soporte me la suministró el abogado de Salud Total.*  ***¿Es decir que solo hubo una base de datos suministrada por la registraduría?*** *El Dr. Me hizo llegar solamente una base de datos de la registraduría.*  ***¿Qué nivel de certeza tiene usted que esa base de datos aportada por la registraduría es la misma con la que el consorcio FIDUFOSYGA realizó la auditoría de los 273 recobros que son objeto de la demanda?***  ***Juez****: No acepta la pregunta, pues no muestra ningún documento que afirme que lo que el perito tuvo como soporte no es. Critique el documento de la perito, pero con base en otro. Si no lo tiene, no le puedo aceptar esa objeción.*  ***Dra. María Jimena:*** *La solicitud de la prueba del dictamen pericial fue específica al decretarse, en que la base de datos que se tenía valorar era la que estuvo a disposición del consorcio el 13 de mayo del 2011. Esa no es la misma base de datos que aportó la registraduría y con la cual FIDUFOSYGA realizó la auditoría de los recobros.*  ***Sra. Perito, Usted tuvo o no en cuenta esos documentos.*** *En varias ocasiones le pedí a la Dra. María Jimena que me diera información. Ella me decía de una lista, y nunca me la envió. La última vez me dijo que tenía el número de un ingeniero, que lo llamara y le dijera qué era lo que necesitaba. Yo no tenía por qué hacer eso, sin embargo lo llamé, y el señor nunca contestó. Ese trabajo no era mío.*  ***Juez: Pero usted utilizó la base de datos que corresponde a los datos que están ahí, sí o no.*** *Si.*  ***Quisiera que manifestara al despacho si en la elaboración que realizó el dictamen evidenció cuales fueron las fechas o el periodo, refiriéndome al año en que fueron presentados los recobros para ser recobrados.*** *Los recobros están relacionados como tal, pero la fecha que tienen los recobros si uno va a ver, no tienen nada que ver con la factura; se observa que hay facturas que tienen uno o dos años de anterioridad. Los recobros pueden ser soporte del cobro que están haciendo a* ***FIDUFOSYGA****, pero el soporte que dio origen a ese servicio es la* ***FACTURA****, y en todas partes lo que tiene validez es la factura, los demás documentos son auxiliares, pero en todo caso es la factura, la que dio origen a la obligación y esa obligación es la que están plasmando en unos recobros que pasan a la respectiva entidad para hacer el cobro en el servicio.*  ***Dra. María Jimena*** *Volviendo al tema anterior, el solo dicho del perito al describir el procedimiento que hizo y la información, ella hace una relación específica de los documentos que consideró y de donde tomó la información para hacer el Excel. Dentro de esa información relacionada no está ni la base de datos del 13 de mayo de 2011 con la que el consorcio* ***FIDUFOSYGA*** *con la que hizo la auditoría de los recobros, ni la base de datos que* ***ADRES*** *allegó al expediente en los términos que usted nos concedió en la última audiencia.*  ***Perito, usted tuvo en cuenta esa información que le allegaron, sí o no.*** *Si señora, tuve en cuenta toda la documentación.* |

* + 1. Así las cosas, frente al interrogante de si **¿*EXISTIÓ UNA FALLA EN EL SERVICIO POR PARTE DE LAS DEMANDADAS NACION – MINISTERIO DE SALUD Y DE LA PROTECCION SOCIAL, CONSORCIO* FIDUFOSYGA 2005[[24]](#footnote-24) Y CONSORCIO SAYP 2011 *AL HABER EFECTUADO UN DESCUENTO ECONÓMICO POR CONCEPTO DE SERVICIOS DE SALUD* RECOBRADOS Y CUYO PAGO YA SE HABÍAN EFECTUADO*?***

El FOSYGA[[25]](#footnote-25) es una cuenta adscrita al Ministerio de Salud y Protección Social **manejada por** **encargo fiduciario**, sin personería jurídica ni planta de personal propia, cuyos recursos se destinan a la inversión en salud.

Durante la ocurrencia de los hechos motivo de esta demanda el contrato de encargo fiduciario 242 de 2005 se celebró con el ***CONSORCIO* FIDUFOSYGA 2005** el día 6 de diciembre de 2005 y venció su plazo el 30 de septiembre de 2011.

El artículo 15 del Decreto Ley 1281 de 2002 establece que *"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"*

Mientras se cancelaron los 1027 recobros, se auditaron, se solicitó su rembolso con sus intereses, se efectuó la compensación y luego, ante las explicaciones de SALUD TOTAL SA se verificó que 238 recobros estaban justificados y 643 no; incluso de esos 643 resultó que 51 sí estaban justificadas. El CONSORCIO FOSYGA 2005 recibió una primera instrucción que le permitía hacer la compensación y luego recibió una segunda instrucción que le ordenaba no seguir adelante con los procesos de compensación. Es decir que para el momento en que le aplicaron la compensación a la parte demandante aquella era procedente, motivo por el cual el despacho no encuentra configurada falla alguna reprochable al CONSORCIO FOSYGA 2005 pues las decisiones fueron tomadas atendiendo el marco normativo vigente para el momento de los hechos.

Tampoco se le puede atribuir responsabilidad al MINISTERIO pues las directrices que suministró lo hacían buscando cumplir la normatividad que buscaba proteger debidamente los recursos del Fosyga con el fin de evitar fraudes y pagos indebidos.

En lo que respecta al CONSORCIO SAYP 2011 el contrato de encargo fiduciario No. 467 es de septiembre del año 2011 y está vinculado por ser el más reciente administrador de los recursos del FOSYGA y en caso de ordenarse una condena es con cargo a esta cuenta que se deben cancelar.

Ahora bien, dentro del plenario está demostrado que el CONSORCIO FOSYGA 2005 dejó de reconocer unos RECOBROS que sí estaban justificados y estaba en la obligación de reconocer y cancelar, incluídos sus intereses tal y como se resume en el cuadro que a continuación se ilustra:

|  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- |
| **RECOBRO** | | **CAPITAL** | **INTERESES** |
| 1027 | | $2.272.233.148 | $1.143.918.292.76 |
| justificado | 384 | $676.689.819 |  |
| no justificado | 643[[26]](#footnote-26) | **$1.595.543.329** | $775.490.763[[27]](#footnote-27) |

Así las cosas, como el CONSORCIO FOSYGA 2005 debió reconocer unos recobros que sí estaban justificados y que en el plenario quedó demostrado correspondían a 73, procederá el Despacho a ordenar su pago.

El despacho ordenará la condena a la **NACIÓN - MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCION SOCIAL - FIDUFOSYGA 2005 HOY CONSORCIO SAYP 2011 (EN LIQUIDACIÓN),** dada la naturaleza jurídica de la administración de los recursos del sistema de seguridad social.

* 1. **DAÑOS E INDEMNIZACIÓN DE PERJUICIOS:**

El FIDUFOSYGA 2005 de los 643 recobros no justificadosdescontóen total $1.595.543.329 por capital y$772.645.775 por intereses, luego reconoció 51 recobros, por lo que reintegro $59.871.941 por capital y $40.382.701 por intereses. En el plenario se logró demostrar que **73 recobros** sí se encontraban justificados por lo que se debe reintegrar lo que corresponden a la suma de $144.485.146 por capital y $ 206.604.914 por intereses.

|  |  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- | --- |
| **RECOBROS NO JUSTIFICADOS** | | **CAPITAL** | **INTERESES** | **TOTAL** |
| TOTAL | 643 | $ 1.595.543.329 | $ 732.263.074 | $ 2.327.806.403 |
| RECLAMADO | 273 | $ 615.551.361 | $ 772.645.775 | $ 1.388.197.136 |
| YA CANCELADO | **51** | **$ 59.871.941** | **$ 40.382.701** | $ 100.254.642 |
| DEMOSTRADO Y VALOR A RECONOCER | 73 | $ 144.485.146 | $ 206.604.914 | $ 351.090.060 |

Aplicando la fórmula utilizada reiteradamente por la jurisprudencia, se tiene que la renta actualizada (Ra) es igual a la renta histórica, multiplicada por el índice de precios al consumidor del mes anterior a la sentencia, dividido por el índice de precios al consumidor vigente en el mes del hecho dañino

En el caso concreto, la renta base será el valor a reconocer $351.090.060 y el índice inicial será el del 23 de junio de 2011 y el índice final el del mes anterior al de la presente sentencia.

|  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- |
| Ra = | R | Índice final |  |
| Índice inicial |  |
| R = | | Suma a actualizar | $ 351.090.060,19 |
| Índice final = | | junio de 2019 | 102,76 |
| Índice inicial = | | junio de 2011 | 75,31086 |
|  |  |  |  |
|  | Ra = | **$ 479.054.608,93** | |
|  |

* 1. **COSTAS**

El artículo 188 del Código de Procedimientos Administrativo y de lo Contencioso Administrativo remite al Código de Procedimiento Civil hoy Código General del Proceso[[28]](#footnote-28)

La condena en costas la adopta el juez teniendo en cuenta la conducta de la parte vencida en el proceso, pues no es una regla de aplicación forzosa y general.

El artículo 188 del CPACA no obliga al juzgador a condenar en costas indefectiblemente sin que medie una valoración de la conducta de la parte vencida en el proceso, dicha norma señala que se debe disponer sobre dicha condena solo en la sentencia que decida el mérito del asunto sometido a debate en el proceso.

Analizado dicho aspecto, este despacho estima que en esta oportunidad **no hay lugar a imponer condena en costas**, debido a que no se aprecia temeridad o abuso de las atribuciones o derechos procesales por las partes Además, las costas deben aparecer comprobadas, de acuerdo con lo dispuesto en el numeral 8 del artículo 365 del C.G.P, según el cual "Sólo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación," situación que no se ha presentado en el caso estudiado.

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO TREINTA Y CUATRO (34) ADMINISTRATIVO DEL CIRCUÍTO DE BOGOTÁ, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y, por autoridad de la Ley,**

**FALLA:**

**PRIMERO:** Declárense no probadas las excepciones propuesta por la parte demandada por los motivos antes expuestos.

**SEGUNDO: Declárese administrativamente responsable** a la demandada **NACIÓN - MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCION SOCIAL - FIDUFOSYGA 2005 HOY CONSORCIO SAYP 2011 (EN LIQUIDACIÓN)** de los perjuicios causados a la demandante SALUD TOTAL EPS de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

**TERCERO: Condénese** a la **NACIÓN - MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCION SOCIAL - FIDUFOSYGA 2005 HOY CONSORCIO SAYP 2011 (EN LIQUIDACIÓN)** a indemnizar los perjuicios causados a SALUD TOTAL EPS correspondientes a 73 recobros por un total de $ 479.054.608,93 incluidos el capital y los intereses.

**CUARTO:** **Niéguense las demás pretensiones de la demanda.**

**QUINTO:** Sin **condena en costas**.

**SEXTO:** **Expídanse** por la Secretaría copias con destino a las partes, con las precisiones del artículo 114 del Código General del Proceso

**SEPTIMO:** Por secretaria líbrense las comunicaciones necesarias para el cumplimiento de este fallo, de acuerdo con lo previsto en los artículos 203 del C.P.A.C.A y 329 del C.G.P.

**OCTAVO: Notifíquese** a las partes del contenido de esta decisión en los términos del artículo 203 del CPACA.

**NOVENO:** Una vez ejecutoriada la presente providencia, las sumas indemnizadas en la presente providencia devengaran intereses moratorios a una tasa equivalente al DTF hasta por el término de diez (10) meses de que trata el inciso segundo del artículo 192 del CPACA o el de los cinco (5) días establecidos en el numeral 3 del artículo 195 ibídem, lo que ocurra primero. No obstante, si trascurrido este tiempo, la entidad no ha realizado el pago efectivo del crédito judicialmente reconocido, las cantidades líquidas adeudadas causarán un interés moratorio a la tasa comercial.

**CÓPIESE, NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE**

**OLGA CECILIA HENAO MARÍN**

Juez

NNC

1. El anterior descuento se torna ilegal en la medida en que el artículo 27 de la Resolución 3099 de 2008 en tratándose de los MECANISMOS PARA EFECTUAR EL PAGO DE LAS SOLICITUDES DE RECOBRO señaló lo siguiente:

   “El Ministerio de la Protección Social o la entidad autorizada que se defina para tal efecto, efectuará el pago de las solicitudes de recobro ante el Fosyga por concepto de medicamentos y fallos de tutela mediante cheque o abono en cuentas corrientes o de ahorro que le fueren informadas para tal efecto. El proceso de recobro es independiente del proceso de compensación por parte de la EPS y demás EOC y **en ningún caso podrán efectuarse cruce de cuentas.** (Subrayado y negritas es nuestro).

   Por lo anterior, es claro entonces que el Consorcio no conforme con descontar a **SALUD TOTAL EPS** de manera unilateral los recursos apropiados presuntamente sin justa causa, efectuó este descuento de los recursos correspondientes al proceso de compensación, incurriendo así en una doble conducta que ocasiona un daño, pues su error no atenta solo contra los derechos de la EPS sino también contra las normas que rigen el Sistema General de Seguridad Social en Salud. [↑](#footnote-ref-1)
2. De las 643 no justificadas [↑](#footnote-ref-2)
3. CLAUSULA PRIMERA: OBJETO. Tara el desarrollo del objeto contractual el Consorcio deberá recaudar, asegurar, administrar, o invertir los recursos del FOSYGA, y presentar los informes sobre el funcionamiento del Sistema General de Segundad Social en los términos y plazos señalados en las normas legales, v las instrucciones v directrices señaladas por el Ministerio...)".(Subrayado fuera de Texto). [↑](#footnote-ref-3)
4. "Garantizar el óptimo funcionamiento, mantener, actualizar, desarrollar y modificar, con base en los requerimientos del Ministerio de conformidad con sus necesidades v cambios normativos, el software que permita realizar el control, seguimiento v evaluación de las solicitudes de recobro v de los recursos pagados con cargo al FOSYGA - Subcuenta de Compensación por medicamentos No POS y por fallos de tutela y procesar la información correspondiente (...)" (Subrayado fuera del texto). [↑](#footnote-ref-4)
5. NATURALEZA DE LAS OBLIGACIONES DEL CONSORCIO. Las obligaciones que adquiere EL CONSORCIO en virtud de este contrato, con excepción del desarrollo del software y del sistema de información incluyendo la base de datos del FOSYGA, son de medio y no de resultado. EL CONSORCIO responderá hasta por culpa leve en el cumplimiento de su gestión. (Subrayado fuera de texto). [↑](#footnote-ref-5)
6. "Artículo 63: Culpa leve, descuido leve, descuido ligero, es la falta de aquella diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios. Culpa o descuido, sin otra calificación, significa culpa o descuido leve. Esta especie de culpa se opone a la diligencia o cuidado ordinario o mediano". "El que debe administrar un negocio como un buen padre de familia, es responsable de esta especie de culpa". [↑](#footnote-ref-6)
7. En el asunto de la referencia, se configura una indebida aplicación del artículo 3 del Decreto 1281 del 2002, por cuanto, no estamos frente a unos recursos que hayan sido reconocidos sin justa causa a favor de Salud Total EPS S.A, dado que, como fue ampliamente demostrado y acreditado en los escritos de defensa radicados ante el CONSORCIO FIDUFOSYA 2005, sí existe causa lícita en los recobros de servicios de salud reconocidos y pagados a favor de la EPS que represento.

   En ese orden de ideas, el Consorcio Fidufosyga 2005 apela al citado artículo para tratar de justificar el descuento unilateral y arbitrario que sugiere vía "compensación de deudas", olvidando que la citada norma también hace referencia a que dentro de los 20 días hábiles siguientes se puede presentar la aclaración de la situación, lo cual hicimos a través de los diferentes escritos que fueran radicados en el citado Consorcio, en consecuencia, insistimos en la indebida aplicación para el presente caso de la norma correspondiente al artículo 3 del decreto ley 1281 de 2002.

   Así las cosas, debemos entonces en este punto señalar que, con la ejecución de la acción UNILATERAL de descuento ejecutada por el CONSORCIO FIDUFOSYGA 2005, no solo se configura una vía de HECHO ADMINISTRATIVA ILEGAL Y ARBITRARIA, sino que con ello además se estaría amenazando y/o vulnerando el derecho fundamental al DEBIDO PROCESO que le asiste a Salud Total EPS como administrado, en tanto, se recuerda que el Consorcio Fidufosyga 2005 no ostenta potestad sancionatoria, no tiene potestades de cobro coactivo, siendo la Superintendencia Nacional de Salud la que en este caso tiene la competencia mediante acto administrativo debidamente motivado de ordenar a Salud Total EPS el reintegro de la suma de DOS MIL DOSCIENTOS SETENTA Y DOS MILLONES TREINTA Y TRES MIL CIENTO CUARENTA Y OCHO PESOS ($2.272.233.148), así como de los intereses moratorios. [↑](#footnote-ref-7)
8. El reintegro de los recursos apropiados o reconocidos sin justa causa, tiene como objetivo la protección de los recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud, por lo que a través del artículo 3 del Decreto 1281 del 2002, se establece la viabilidad y el procedimiento para el reintegro de dineros de la salud apropiados o reconocidos sin justa causa, no obstante, la norma en comento jamás estableció que el reintegro de recursos apropiados o reconocidos sin justa causa a las EPS, se haría vía descuento de dineros que el FOSYGA debiera o adeudara a las EPS por concepto de compensación de aportes en salud o de recobros de servicios NO POS.

   Se insiste, que es evidente que la norma en comento utilizada por el CONSORCIO FIDUFOSYGA 2005 como soporte del descuento varias veces citado, no hace referencia a una compensación de deudas entre las EPS y el Estado para que proceda el reintegro de dineros de la salud apropiados o reconocidos sin justa causa.

   En vista de lo anterior, el oficio AUD -0354-11 CD del 16 de mayo de 2011, suscrito por el Dr. OMAR MAURICIO MARTÍNEZ MENDOZA, cita como fundamento legal del descuento, la figura de compensación de deudas establecida en el artículo 1715 del Código Civil, con lo cual se equivoca notablemente, pues el fundamento jurídico de dicho descuento es la misma ley, es decir, el artículo 3 Decreto Ley 1281 del 2002 mas no la figura de compensación de deudas que no fue jamás tocada o insinuada en dicho Decreto.

   Sumado a lo anterior, el Doctor NORMAN JULIO MUÑOZ Director General de Financiamiento del Ministerio de la Protección Social remite la comunicación No. 295246 de fecha 27 de Septiembre del 2011 a la Dra. CLAUDIA STERLING POSADA Representante Legal de SALUD TOTAL EPS S.A., en la que le manifiesta:

   En este orden de ideas, es claro que el Ministerio de la Protección Social no disiente de la viabilidad de solicitar el reintegro de los recursos reconocidos indebidamente o sin justa causa, pues mal haría en propiciar un detrimento en los recursos del SGSSS, de lo que se aparta temporalmente es de la forma como se efectuaron tales descuentos, mientras se define jurídicamente si la figura de la compensación prevista en el artículo 1715 del Código Civil es aplicable a este tipo de casos.

   En este orden de ideas, el Ministerio de la Protección Social acepta la indebida aplicación del artículo 3 del Decreto - Ley 1281 del 2002 que está haciendo el CONSORCIO FIDUFOSYGA 2005 y la no procedencia de la figura de la compensación de deudas que estaba aplicando el citado consorcio, esta una clara y evidente falla en el servicio.

   Habida cuenta de la existencia de norma especial reguladora de la materia que nos ocupa, el contenido del artículo 3 del Decreto 1281 de 2002, plasma claramente la figura del reintegro y se especifica el procedimiento para su ejercicio, por cuanto, la compensación de deudas del Código Civil como norma general, no aplica para el presupuesto de hecho de la apropiación v/o reconocimiento sin justa causa de recursos en el marco del SGSSS. no se pierda de vista que a la luz de lo establecido por el artículo 3 de la Ley 153 de 1887, la norma especial posterior prima sobre la general, luego, preliminarmente bastaría este argumento para desechar la tesis de la procedencia de la compensación de deudas para legitimar el descuento sugerido, cuando quiera que la EPS no consigne la suma propuesta, sin embargo, pasamos a reforzar otras razones suficientes de Derecho que inviabilizan la figura propuesta como una de las formas de extinción de las obligaciones, así:

   El numeral 5 del artículo 1625 del Código Civil, cita la figura de la COMPENSACIÓN como una de las formas de extinción de las obligaciones, figura que para poder ser entendida en su alcance y efectos, debe ser leída a la luz de lo establecido por los artículos 1714 y siguientes del citado Código, siendo en este aspecto importante destacar su definición y los presupuestos necesarios para que pueda operar la citada Compensación, así tenemos el contenido de lo que el artículo 1714 ibídem, enseña saber: Ahora bien, para la operancia de la compensación de deudas, han sido las mismas normas civiles las que en los artículos 1715 y 1716, han consagrado:

   En mérito de lo anterior, sea la oportunidad entonces, para recordar que una cosa son los recobros por concepto de servicios no incluidos en el Plan Obligatorio de Salud del Régimen Contributivo y otra muy distinta lo constituye el proceso de compensación en el marco del cual Fidufosyga debe reconocer los ingresos por UPC que le corresponden a la EPS, en consecuencia, portal expresa prohibición legal, no puede simplemente Fidufosyga, descontar recursos propios de las solicitudes de recobro del régimen contributivo de las cuentas propias del proceso de compensación, pues, sería un claro cruce de cuentas que por lo tanto configuraría una conducta ilegal por parte del Consorcio, y hacemos esta especial precisión por cuanto con los descuentos ejecutados, Fidufosyga lo que hizo fue un claro cruce de cuentas, insistimos, bajo el escudo de la compensación de deudas del Código Civil, presuntamente según lo indica Fosyga en sus escritos, aceptada por el Ministerio de la Protección Social.

   Nótese que la norma correspondiente al artículo 27 de la Resolución 3099 de 2008 anteriormente citado, indica que en ningún caso habrá cruce de cuentas y lo hace de manera general en relación con las diferentes cuentas comprendidas en la relación EPS - FOSYGA, lo cual involucra no solo la cuenta de compensación, sino también las demás sobre las cuales estén involucrados los recursos que nos pertenecen, así, por expresa remisión legal del artículo en comento, no puede Fidufosyga hacer cruce de cuentas y descontar incluso del mismo rubro que en materia de recobros le corresponde a la EPS, pues, eso solo hecho per se, comporta un cruce de cuentas, nuevamente, que raya en el prevaricato por acción y en el tipo penal denominado peculado.

   Se reitera, que la norma correspondiente al artículo 3 del Decreto Ley 1281 de 2002, es norma especial y el mismo sugiere la figura del REINTEGRO, no del DESCUENTO, por lo que cualquier interpretación en contrario es y será ilegal, luego, el escudo de la compensación de deudas aquí controvertido, pierde vigencia y cede a los argumentos que soportan la legitimidad de la conducta de ésta EPS.

   Es claro entonces, que cuando el Consorcio FIDUFOSYGA 2005, aplica las normas correspondientes a la compensación de deudas del Código Civil, nos encontramos ante una franca VIA DE HECHO ADMINISTRATIVA, por cuanto queda demostrado que las citadas normas por su carácter general, no aplican para el tema que motivó al CONSORCIO FIDUFOSYGA 2005 a descontar unilateralmente los recursos presuntamente apropiados sin justa causa en contra de Salud Total EPS, toda vez que debió dar aplicación íntegra al Artículo 3 del Decreto 1281 del 2002, poniendo en conocimiento de la Superintendencia Nacional de Salud entidad competente para ordenar el reintegro de los recursos mediante acto administrativo que facultara a la EPS a ejercer el derecho de defensa y agotar los recursos pertinentes.

   Fue el entonces Ministerio de la Protección Social, quien le indicó al CONSORCIO FIDUFOSYGA 2005 que estaba equivocado en la aplicación de la figura de la compensación de deudas y en la forma como estaba realizando el descuento unilateral anunciado a las EPS por dineros de salud reconocidos sin justa causa y aun así, en contravía de esa instrucción, dicho Consorcio procedió actuando de forma ilegal.

   De lo anterior, se infiere que el Ministerio de la Protección Social, consiente del error garrafal que cometió y continuaba cometiendo el CONSORCIO FIDUSOYGA 2005, Administrador Fiduciario del FOSYGA, le instruye, para que devuelva los dineros descontados a las EPS y para que suspenda la aplicación de la figura de la compensación de deudas, pero sobre todo para que aplique correctamente el artículo 3 del Decreto 1281 del 2002.

   Por lo anterior, es claro entonces que el Consorcio no conforme con descontar a SALUD TOTAL EPS de manera unilateral los recursos apropiados presuntamente sin justa causa, efectuó este descuento de los recursos correspondientes al proceso de compensación, incurriendo así en una conducta agravante, pues la improvisación del Consorcio atenta no solo contra los derechos de la EPS sino también contra las normas que rigen el Sistema General de Seguridad Social en Salud. [↑](#footnote-ref-8)
9. "Artículo 90. El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas." [↑](#footnote-ref-9)
10. "Según la doctrina y la jurisprudencia (tanto civil como contencioso administrativa), son varios los requisitos para que se pueda aplicar la teoría del enriquecimiento sin causa como fuente de las pretensiones: i) el enriquecimiento de un patrimonio, ii) un empobrecimiento correlativo de otro patrimonio, iii) que tal situación de desequilibrio adolezca de causa jurídica, esto es que no se origine en ninguno de los eventos establecidos en el artículo 1494 del C.C.. v iv) como consecuencia de ¡o anterior, se debe carecer de cualquier acción para reclamar dicha reparación patrimonial (motivo por el cual se abre paso la acto de in rem verso)." (Negrilla y subrayado fuera de texto) [↑](#footnote-ref-10)
11. El objeto del consorcio es el de participar en la licitación pública MPS-07-2005 que adelanta el ministerio de protección social, para presentar en forma conjunta una propuesta única y celebrar el contrato de encargo fiduciario para el recaudo, administración y pago de los recursos del Fondo de Solidaridad y Garantía FOSYGA del sistema de seguridad social en salud

    * FIDUCOLOMBIA S.A
    * FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A
    * FIDUCIARAIA CAFETERÍA S.A, FIDUCAFE S.A
    * FIDUCIARIA DE OCCIDENTE S.A
    * FIDUAGRARIA
    * FIDUCIARIA BOGOTÁ S.A
    * FIDUCOMERCIO S.A
    * FIDUCIARIA POPULAR S.A
    * FIDUCOLDEX S.A

    Folios 31-47 C5 [↑](#footnote-ref-11)
12. Folio 69 del c5 [↑](#footnote-ref-12)
13. "Artículo 1715. Operando de la Compensación. La compensación se opera por el solo ministerio de la ley y aún sin conocimiento de los deudores: y ambas deudas se extinguen recíprocamente hasta la concurrencia de sus valores, desde el momento que una y otra reúnen las calidades siguientes: 1.) Que sean ambas de dinero o de cosas fungibles o indeterminadas de igual género y calidad. 2.) Que ambas deudas sean líquidas; y 3.) Que ambas sean actualmente exigibles. Las esperas concedidas al deudor impiden la compensación; pero esta disposición no se aplica al plazo de gracia concedido por un acreedor a su deudor" [↑](#footnote-ref-13)
14. "Artículo 3°. Reintegro de recursos apropiados o reconocidos sin justa causa. Cuando el administrador fiduciario del Fosyga o cualquier entidad o autoridad pública, en el ejercicio de sus competencias o actividades como participante o actor en el flujo de caja, detecte que se presentó apropiación sin justa causa de recursos del sector salud, en los eventos que señale el reglamento, solicitará en forma inmediata las aclaraciones respectivas o su reintegro, el cual procederá a más tardar dentro de los veinte días hábiles siguientes a la comunicación del hecho. Cuando la situación no sea subsanada o aclarada en el plazo señalado se informará de manera inmediata y con las pruebas correspondientes a la Superintendencia Nacional de Salud quien ordenará el reintegro inmediato de los recursos y adelantará las acciones que considere pertinentes. Cuando la apropiación o reconocimiento a que alude este artículo sea evidenciada por el actor que maneja los recursos, éste deberá reintegrarlos en el momento en que detecte el hecho. En el evento en que la apropiación o reconocimiento sin justa causa se haya producido a pesar de contarse con las herramientas, información o instrumentos para evitarlo, los recursos deberán reintegrarse junto con los respectivos intereses liquidados a la tasa de interés moratorio establecida para los impuestos administrados por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, DIAN. Cuando la apropiación se presente pesa a la diligencia del respectivo actor o por circunstancias que escaparon a su control, los recursos deberán reintegrarse debidamente actualizados por el índice de Precios al Consumidor, IPC" [↑](#footnote-ref-14)
15. se alimenta, entre otras, de la base de datos de fallecidos que el Ministerio de la Protección Social envía.

    |  |  |
    | --- | --- |
    | No, DE OFICIO | FECHA RADICACIÓN EN EL CONSORCIO |
    | 12100-324679 | 29 de octubre de 2010 |
    | 12100-273108 | 15 de septiembre de 2010 |
    | 12100-235104 | 13 de agosto de 2010 |
    | 12100-190419 | 07 de julio de 2010 |
    | 12100-137837 | 14 de mayo de 2010 |
    | 12100-27530 | 02 de febrero de 2010 |
    | 12220-341918 | 29 de octubre de 2009 |
    | 12100-311706 | 05 de octubre de 2009 |
    | 12100-295667 | 21 de septiembre de 2009 |
    | 12100-228963 | 27 de julio de 2009 |
    | 12100-121083 | 28 de abril de 2009 |
    | 12100-174509 | 09 de mayo de 2008 |
    | SGD 27900 | 04 de noviembre de 2009 |

    [↑](#footnote-ref-15)
16. Folios 81-82 C5` [↑](#footnote-ref-16)
17. usando como sustento el artículo 3 del decreto ley 1281 de 2002 [↑](#footnote-ref-17)
18. Folios 84-100 C5 [↑](#footnote-ref-18)
19. Folios 101-104 C5 [↑](#footnote-ref-19)
20. Folio 106 C5 [↑](#footnote-ref-20)
21. Folios 107-146 C5 [↑](#footnote-ref-21)
22. 51 de manera expresa y pese a que a la fecha no se ha hecho, el Consorcio Fidufosyga 2005 [↑](#footnote-ref-22)
23. Folios 16-164 del c5 [↑](#footnote-ref-23)
24. El objeto del consorcio es el de participar en la licitación pública MPS-07-2005 que adelanta el ministerio de protección social, para presentar en forma conjunta una propuesta única y celebrar el contrato de encargo fiduciario para el recaudo, administración y pago de los recursos del Fondo de Solidaridad y Garantía FOSYGA del sistema de seguridad social en salud

    * FIDUCOLOMBIA S.A
    * FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A
    * FIDUCIARAIA CAFETERÍA S.A, FIDUCAFE S.A
    * FIDUCIARIA DE OCCIDENTE S.A
    * FIDUAGRARIA
    * FIDUCIARIA BOGOTÁ S.A
    * FIDUCOMERCIO S.A
    * FIDUCIARIA POPULAR S.A
    * FIDUCOLDEX S.A

    Folios 31-47 C5 [↑](#footnote-ref-24)
25. artículo 218 de la ley 100 de 1993 y el Decreto 1283 del 23 de julio de 1996 [↑](#footnote-ref-25)
26. El actor afirma que en total 324 recobros están justificados y corresponden a la suma de $615.551.361 más los intereses $772.645.775 lo cual arroja *($1.388.197.136)*

    **NOTA** Dentro de los cuales esta incluidos los 51 justificados afirmados por la administración por lo que se debe regresar 59.871.941 (capital) y 40.382.701 (intereses) [↑](#footnote-ref-26)
27. El actor dice que por intereses descontó en realidad $772.645.775 [↑](#footnote-ref-27)
28. *“(…). Salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil.”* [↑](#footnote-ref-28)