



La salud es de todos

Minsalud

Radicado No.: 110014003019-2018-0069200

Proceso: DECLARATIVO VERBAL

Demandante: SANITAS EPS

Demandado: Ministerio de Salud y Protección Social y otros

Febrero - 2020

JUZGADO 13 CIVIL MUNICIPAL

FEB 12 20PM 2:42 000045

Handwritten signature and date 17/92

138

SEÑOR  
JUEZ DIECINUEVE (19) CIVIL MUNICIPAL  
CARRERA 10 No. 14 - 33  
EDIFICIO HERNANDO MORALES - PISO 8  
BOGOTA

RADICADO No.	11001 4003 019 2018 00692 00
PROCESO	DECLARATIVO
DEMANDANTE	SANITAS EPS
DEMANDADO	MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL y otros

MARCELA RAMÍREZ SEPÚLVEDA, domiciliada y residente en la ciudad de Bogotá D.C., identificada con la cédula de ciudadanía número 51.561.031 de Bogotá, abogada en ejercicio, con tarjeta profesional No. 57.775 del Consejo Superior de la Judicatura, actuando en nombre y representación de la **NACIÓN- MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL**, de acuerdo con el poder que se me ha conferido y el cual aporto, estando en la oportunidad legal, me permito **contestar la demanda** instaurada por **SANITAS EPS**, la cual fue notificada por correo electrónico<sup>1</sup>, en los siguientes términos:

**I. FRENTE A LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA**

**Principales:**

**A LA PRETENSION 4.1.** Me opongo a la presente pretensión de la demanda interpuesta por la demandante, por cuanto mi representada no es la competente para lo que se pretende, teniendo en cuenta que con el artículo artículo 66 de la Ley 1753 de 2015 fue creada la Entidad Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud - ADRES, situación en virtud de la cual se expide el Decreto 1429 de 2016, en la cual se definen las competencias, estructura y demás aspectos relacionados con la ADRES, por lo tanto, no es competencia de este ente Ministerial ser parte en los procesos judiciales que tengan relación con los recursos del sistema y mucho menos con los recobros formulados en el caso concreto.

**A LA PRETENSION 4.2.** Me opongo a la presente pretensión de la demanda interpuesta por la demandante, por cuanto mi representada no es la competente para lo que se pretende, teniendo en cuenta que con el artículo artículo 66 de la Ley 1753 de 2015 fue creada La Entidad Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud - ADRES, situación en virtud de la cual se expide el Decreto 1429 de 2016, en la cual se definen las competencias, estructura y demás aspectos relacionados con la ADRES, por lo tanto, no es competencia de este ente Ministerial ser parte en los procesos judiciales que tengan relación con los recursos del sistema y mucho menos con los recobros formulados en el caso concreto.

**A LA PRETENSION 4.3.** Me opongo a la presente pretensión de la demanda interpuesta por la demandante, por cuanto mi representada no es la competente para lo que se pretende, teniendo en cuenta que con el artículo artículo 66 de la Ley 1753 de 2015 fue creada La Entidad Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud - ADRES, situación en virtud de la cual se expide el Decreto 1429 de 2016, en la cual se definen las competencias, estructura y demás aspectos relacionados con la ADRES, por lo tanto, no es competencia de este ente Ministerial ser parte en los procesos judiciales que tengan relación con los recursos del sistema y mucho menos con los recobros formulados en el caso concreto.

**A LA PRETENSION 4.4.** Me opongo, a la presente pretensión teniendo en cuenta que, al no existir condena en contra de mi prohijado, no existe posibilidad del pago los de intereses moratorios reclamados.

<sup>1</sup> Recibido en el Ministerio de Salud y Protección Social con radicado No. 202042300115632 el 27 de enero de 2020.



**A LA PRETENSION 4.5.** Me opongo, a la presente pretensión teniendo en cuenta que, al no existir condena en contra de mi prohijado, no existe posibilidad de condena en costas ni agencias en derecho.

#### **A LA PRETENSION SUBSIDIARIA.**

**A LA PRETENSION 4.6.** Me opongo, a la presente pretensión teniendo en cuenta que, al no existir condena a cargo de mi prohijado, no existe posibilidad del pago los de intereses moratorios reclamados, y menos aún la actualización de las sumas reclamadas con base en el IPC.

En síntesis, me **OPONGO** a la totalidad de las mismas tanto a las declarativas como a las de condena y consecuentemente a la subsidiaria, por cuanto mi representada no es la competente para lo que se pretende, teniendo en cuenta que con el artículo 66 de la Ley 1753 de 2015 fue creada la Entidad Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud – ADRES, situación en virtud de la cual se expide el Decreto 1429 de 2016, en la cual se definen las competencias, estructura y demás aspectos relacionados con la ADRES, por lo tanto, no es competencia de este ente Ministerial ser parte en los procesos judiciales que tengan relación con los recursos del sistema y mucho menos con los recobros formulados en el caso concreto.

#### **4.8. ACUMULACION DE PRETENSIONES. Coadyuvo esta única pretensión**

**Por lo anterior, solicito se condene a pagar a favor de mi poderdante las costas y agencias en derecho que ha bien tenga a fijar su señoría.**

### **II. FRENTE A LOS HECHOS Y OMISIONES**

**AL HECHO 5.1. NO ME CONSTA:** Que se pruebe dentro del transcurso del proceso. En cuanto que si la relación contractual o de servicio se dio entre dos personas jurídicas diferentes, esto es, entre la E.P.S. demandante y los centros de salud que los requirieron, está ha de surgir entre estas mismas personas jurídicas implicadas en ella, esto es, entre la que lo prestó y la beneficiaria del mismo, no estando en ninguno de los extremos mi representado, el Ministerio de Salud y Protección Social, en tanto según los hechos de la demanda trata de personas totalmente diferentes a la que represento.

**AL HECHO 5.2. NO ME CONSTA:** Que se pruebe dentro del transcurso del proceso. En cuanto que si la relación contractual o de servicio se dio entre dos personas jurídicas diferentes, esto es, entre la E.P.S. demandante y los centros de salud que los requirieron, está ha de surgir entre estas mismas personas jurídicas implicadas en ella, esto es, entre la que lo prestó y la beneficiaria del mismo, no estando en ninguno de los extremos mi representado, el Ministerio de Salud y Protección Social, en tanto según los hechos de la demanda trata de personas totalmente diferentes a la que represento.

**AL HECHO 5.3: NO ME CONSTA:** Que se pruebe dentro del transcurso del proceso. En cuanto que si la relación contractual o de servicio se dio entre dos personas jurídicas diferentes, esto es, entre la E.P.S. demandante y las IPS que prestaron los servicios, está ha de surgir entre estas mismas personas jurídicas implicadas en ella, esto es, entre la que lo prestó y la beneficiaria del mismo, no estando en ninguno de los extremos mi representado, el Ministerio de Salud y Protección Social, en tanto según los hechos de la demanda trata de personas totalmente diferentes a la que represento.

Es del caso poner de presente que mi representado no es el competente para lo que se pretende, teniendo en cuenta que con el artículo 66 de la Ley 1753 de 2015 fue creada La Entidad Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud – ADRES, situación en virtud de la cual se expide el Decreto 1429 de 2016, en la cual se definen las competencias, estructura y demás aspectos relacionados con la ADRES, por lo tanto, no es

Febrero - 2020

competencia de este ente Ministerial ser parte en los procesos judiciales que tengan relación con los recursos del sistema y mucho menos con los recobros formulados en el caso concreto.

**AL HECHO 5.4: NO ME CONSTA:** Que se pruebe dentro del transcurso del proceso. En cuanto que si la relación contractual o de servicio se dio entre dos personas jurídicas diferentes, esto es, entre la E.P.S. demandante y las IPS que prestaron los servicios, está ha de surgir entre estas mismas personas jurídicas implicadas en ella, esto es, entre la que lo prestó y la beneficiaria del mismo, no estando en ninguno de los extremos mi representado, el Ministerio de Salud y Protección Social, en tanto según los hechos de la demanda trata de personas totalmente diferentes a la que represento, razón por la cual, esta entidad desconoce si efectivamente se efectuaron los recobros indicados y ante qué entidad se presentaron.

Es del caso poner de presente que mi representado no es el competente para lo que se pretende, teniendo en cuenta que con el artículo 66 de la Ley 1753 de 2015 fue creada La Entidad Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud – ADRES, situación en virtud de la cual se expide el Decreto 1429 de 2016, en la cual se definen las competencias, estructura y demás aspectos relacionados con la ADRES, por lo tanto, no es competencia de este ente Ministerial ser parte en los procesos judiciales que tengan relación con los recursos del sistema y mucho menos con los recobros formulados en el caso concreto.

**AL HECHO 5.5: NO ME CONSTA.** Que se pruebe dentro del transcurso del proceso. La situación es totalmente desconocida para mi prohijado, toda vez que tal y como lo indica la EPS efectuó pagos los cuales no se hicieron ante el Ministerio.

**AL HECHO 5.6: NO ME CONSTA:** Que se pruebe dentro del transcurso del proceso. La situación planteada es totalmente desconocida para el Ministerio de Salud y Protección Social, por cuanto tal y como se manifiesta en la demanda, la reclamación se efectuó ante el administrador fiduciario del FOSYGA, razón por la cual desconocemos los tramites y respuestas dadas.

Es del caso poner de presente que mi representado no es el competente para lo que se pretende, teniendo en cuenta que con el artículo 66 de la Ley 1753 de 2015 fue creada La Entidad Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud – ADRES, situación en virtud de la cual se expide el Decreto 1429 de 2016, en la cual se definen las competencias, estructura y demás aspectos relacionados con la ADRES, por lo tanto, no es competencia de este ente Ministerial ser parte en los procesos judiciales que tengan relación con los recursos del sistema y mucho menos con los recobros formulados en el caso concreto.

**AL HECHO 5.7: NO ME CONSTA:** Que se pruebe dentro del transcurso del proceso. Tal y como se desprende del hecho, la reclamación no se presentó ante el Ministerio de Salud y Protección Social, razón por la cual, desconocemos los tramites surtidos a las mismas.

A partir de este hecho se cambia la numeración de los mismos (se saltan los hechos 5.8 y 5.9.)

**AL HECHO 5.10: NO ME CONSTA:** Que se pruebe dentro del transcurso del proceso. La situación planteada es totalmente desconocida para el Ministerio de Salud y Protección Social, por cuanto tal y como se manifiesta en la demanda, la reclamación se efectuó ante el administrador fiduciario del FOSYGA, razón por la cual desconocemos los tramites y respuestas dadas.

**AL HECHO 5.11: NO ME CONSTA:** Que se pruebe dentro del transcurso del proceso. La situación planteada es totalmente desconocida para el Ministerio de Salud y Protección Social, por cuanto tal y como se manifiesta en la demanda, la reclamación se efectuó ante el administrador fiduciario del FOSYGA, razón por la cual desconocemos los tramites y respuestas dadas.

Reitero, mi representado no es el competente para lo que se pretende, teniendo en cuenta que con el artículo 66 de la Ley 1753 de 2015 fue creada La Entidad Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud – ADRES, situación en virtud de

Febrero - 2020

la cual se expide el Decreto 1429 de 2016, en la cual se definen las competencias, estructura y demás aspectos relacionados con la ADRES, por lo tanto, no es competencia de este ente Ministerial ser parte en los procesos judiciales que tengan relación con los recursos del sistema y mucho menos con los recobros formulados en el caso concreto.

**AL HECHO 5.12: NO ME CONSTA.** Es un hecho que debe probar la demandante, toda vez que tal y como lo indicó, los recobros fueron presentados ante el otrora FOSYGA, razón por la cual desconocemos los trámites y respuestas dados a los mismos, así como las glosas impuestas a los recobros presentados. Aunado a lo anterior, con la entrada en vigencia de la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud (ADRES), el 1 de agosto de 2017, le fueron entregados la totalidad de los expedientes administrativos que son objetos de su misionalidad.

**AL HECHO 5.13: NO ME CONSTA.** Es un hecho que debe probar la demandante, toda vez que tal y como lo indicó, los recobros fueron presentados ante el otrora FOSYGA, razón por la cual desconocemos los trámites y respuestas dados a los mismos, así como las glosas impuestas a los recobros presentados. Aunado a lo anterior, con la entrada en vigencia de la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud (ADRES), el 1 de agosto de 2017, le fueron entregados la totalidad de los expedientes administrativos que son objetos de su misionalidad.

**AL HECHO 5.14. NO ME CONSTA.** Es un hecho que debe probar la demandante, toda vez que tal y como lo indicó, los recobros fueron presentados ante el otrora FOSYGA, razón por la cual desconocemos los trámites y respuestas dados a los mismos, así como los dineros adeudados a la demandante. Aunado a lo anterior, con la entrada en vigencia de la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud (ADRES), el 1 de agosto de 2017, le fueron entregados la totalidad de los expedientes administrativos que son objetos de su misionalidad.

**AL HECHO 5.15. NO ME CONSTA.** Que se pruebe dentro del transcurso del proceso. Por cuanto se desconoce la respuesta dada, por cuanto con la entrada en vigencia de la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud (ADRES), el 1 de agosto de 2017, le fueron entregados la totalidad de los expedientes administrativos que son objetos de su misionalidad.

**AL HECHO 5.16. NO ME CONSTA.** Que se pruebe dentro del transcurso del proceso. La situación planteada es totalmente desconocida para el Ministerio de Salud y Protección Social, por cuanto tal y como se ha manifestado ampliamente, con la entrada en vigencia de la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud (ADRES), el 1 de agosto de 2017, le fueron entregados la totalidad de los expedientes administrativos que son objetos de su misionalidad.

**AL HECHO 5.17. NO ME CONSTA.** Que se pruebe dentro del transcurso del proceso. La situación planteada es totalmente desconocida para el Ministerio de Salud y Protección Social, por cuanto tal y como se manifiesta en la demanda, la reclamación se efectuó ante ADRES, razón por la cual desconocemos los tramites y respuestas dadas.

**AL HECHO 5.18. NO ME CONSTA.** Que se pruebe dentro del transcurso del proceso. La situación planteada es totalmente desconocida para el Ministerio de Salud y Protección Social, por cuanto tal y como se ha manifestado ampliamente, con la entrada en vigencia de la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud (ADRES), el 1 de agosto de 2017, le fueron entregados la totalidad de los expedientes administrativos que son objetos de su misionalidad.

**AL HECHO 5.19. NO ME CONSTA.** Es un hecho que debe probar la demandante, toda vez que tal y como lo indicó, la reclamación fue presentada ante la ADRES, razón por la cual desconocemos los trámites y respuestas dados a los mismos, así como los dineros adeudados a la demandante.

Febrero - 2020

**AL HECHO 5.20. NO ME CONSTA.** Es un hecho que debe probar la demandante, toda vez que tal y como lo indicó, la reclamación fue presentada ante la ADRES, razón por la cual desconocemos los trámites y respuestas dados a los mismos, así como los dineros adeudados a la demandante.

**AL HECHO 5.21. NO ME CONSTA.** Que se pruebe dentro del transcurso del proceso. En cuanto que si la relación contractual o de servicio se dio entre dos personas jurídicas diferentes, esto es, entre la E.P.S. demandante y los centros de salud que los requirieron, está ha de surgir entre estas mismas personas jurídicas implicadas en ella, esto es, entre la que lo prestó y la beneficiaria del mismo, no estando en ninguno de los extremos mi representado, el Ministerio de Salud y Protección Social, en tanto según los hechos de la demanda trata de personas totalmente diferentes a la que represento.

**AL HECHO 5.22. NO ME CONSTA.** Que se pruebe dentro del transcurso del proceso. En cuanto que si la relación contractual o de servicio se dio entre dos personas jurídicas diferentes, esto es, entre la E.P.S. demandante y los centros de salud que los requirieron, está ha de surgir entre estas mismas personas jurídicas implicadas en ella, esto es, entre la que lo prestó y la beneficiaria del mismo, no estando en ninguno de los extremos mi representado, el Ministerio de Salud y Protección Social, en tanto según los hechos de la demanda trata de personas totalmente diferentes a la que represento.

**AL HECHO 5.23. NO ME CONSTA.** Que se pruebe dentro del transcurso del proceso. En cuanto que si la relación contractual o de servicio se dio entre dos personas jurídicas diferentes, esto es, entre la E.P.S. demandante y los centros de salud que los requirieron, está ha de surgir entre estas mismas personas jurídicas implicadas en ella, esto es, entre la que lo prestó y la beneficiaria del mismo, no estando en ninguno de los extremos mi representado, el Ministerio de Salud y Protección Social, en tanto según los hechos de la demanda trata de personas totalmente diferentes a la que represento.

#### **I. FUNDAMENTOS Y RAZONES DE DERECHO DE LA DEFENSA.**

Las razones de la defensa de este Ministerio en relación con esta solicitud se fundamentan en i) la falta de legitimación en la causa por pasiva, y ii) ausencia de responsabilidades argumentos, serán desarrollados, para su mayor entendimiento, luego de hacer mención a la naturaleza jurídica y funciones de las entidades aquí demandadas, así:

#### **DEL ESQUEMA DEL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD EN COLOMBIA**

El Sistema General de Seguridad Social en Salud como esquema de organización multidisciplinario, tiene claramente establecidas y delimitadas las competencias y las funciones para obviar colisiones y vacíos de responsabilidad. De tal suerte que su estructura la integran organismos de Dirección, Vigilancia y Control; organismos de Administración y Financiación; Entidades Promotoras de Salud e Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud, Públicas, Mixtas o Privadas. Competencias que para cada una de ellas se encuentran claramente determinadas en la normatividad coherente que sobre el tema ha sido proferida (Leyes 100 de 1993 y 715 de 2001, y Decreto ley 4107 de 2011).

#### **1. COMPETENCIAS Y RESPONSABILIDADES DEL MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL**

El Ministerio de salud y Protección Social fue creado en virtud de la escisión de que fue objeto el MINISTERIO DE LA PROTECCION SOCIAL mediante la Ley 1444 de 2011, regulando sus objetivos y estructura a través del Decreto 1407 de 2011, en el cual se encuentran demarcados los objetivos y funciones que desempeñara el nuevo Ministerio de conformidad con los parámetros legalmente establecidos, siendo estos los escindidos del Despacho del Viceministro de Salud y Bienestar, y los temas relacionados al mismo, así como las funciones asignadas al Viceministerio Técnico.



167

Febrero - 2020

El MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCION SOCIAL, es un organismo perteneciente a la Rama Ejecutiva del poder público, cuyas funciones se encuentran expresamente consagradas en las disposiciones legales, especialmente en las contenidas en las Leyes 10 de 1990; 100 de 1993, 489 de 1.998 y 715 de 2001, y en el Decreto 4107 de 2011, que actúa como ente rector en materia de salud, correspondiéndole en consecuencia, formular, adoptar, dirigir, coordinar, ejecutar y evaluar la política pública en materia de salud, salud pública, y promoción social en salud, y participar en la formulación de las políticas en materia de pensiones, beneficios económicos periódicos y riesgos profesionales, lo cual se desarrollará a través de la institucionalidad que comprende el sector administrativo.

El Ministerio de Salud y Protección Social dirige, orienta, coordina y evalúa el Sistema General de Seguridad Social en Salud y el Sistema General de Riesgos Profesionales, en lo de su competencia, adicionalmente formula, establece y define los lineamientos relacionados a con los sistemas de información de la Protección Social.

### **ENTIDAD ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD -ADRES-**

La Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud - ADRES fue creada por el artículo 66 de la Ley 1753 de 2015 como una entidad adscrita al Ministerio de Salud y Protección Social, con personería jurídica, autonomía administrativa y financiera, y patrimonio independiente, encargada de administrar los recursos que hacen parte del Fondo de Solidaridad y Garantía - FOSYGA, los del Fondo de Salvamento y Garantías para el Sector Salud - FONSAET, los que financien el aseguramiento en salud, los copagos por concepto de prestaciones no incluidas en el Plan de Beneficios del Régimen Contributivo y los recursos que se recauden como consecuencia de las gestiones que realiza la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social - UGPP.

Conforme a lo anterior, el artículo 3° del Decreto 1429 de 2016 "Por el cual se modifica la estructura de la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud - ADRES - y se dictan otras disposiciones", consagró como funciones a su cargo, las siguientes:

"(...)

1. Administrar los recursos del Sistema, de conformidad con lo previsto en los artículos 66 y 67 de la Ley 1753 de 2015 y las demás disposiciones que la reglamenten, modifiquen, adicionen o sustituyan.
2. Administrar los recursos del Fondo de Salvamento y Garantías para el Sector Salud (Fonsaet) creado por el artículo 50 de la Ley 1438 de 2011 y modificado por el artículo 70 de la Ley 1608 de 2013.
3. Efectuar el reconocimiento y pago de las Unidades de Pago por Capitación y demás recursos del aseguramiento obligatorio en salud, de acuerdo con la reglamentación que expida el Gobierno nacional o el Ministerio de Salud y Protección Social, en el marco de sus competencias.
4. Realizar los pagos, efectuar giros directos a los prestadores de servicios de salud y proveedores de tecnologías en salud, de acuerdo con lo autorizado por el beneficiario de los recursos, y adelantar las transferencias que correspondan a los diferentes agentes del Sistema.
5. Adelantar las verificaciones para el reconocimiento y pago por los distintos conceptos, que aseguren el buen uso y control de los recursos.
6. Desarrollar los mecanismos establecidos en los artículos 41 del Decreto-ley 4107 de 2011 y 9 de la Ley 1608 de 2013.
7. Administrar la información propia de sus operaciones, de acuerdo con la reglamentación expedida para el efecto por el Ministerio de Salud y Protección Social, en los términos señalados en las Leyes 100 de 1993 y 1438 de 2011 y en el Decreto-ley 4107 de 2011 y las demás disposiciones que la reglamenten, modifiquen, adicionen o sustituyan.

8. *Adoptar y proponer los mecanismos que se requieran para proteger los recursos que administra la Entidad, con el fin de evitar fraudes y pagos indebidos, sin perjuicio de las directrices que imparta para el efecto el Ministerio de Salud y Protección Social y la Junta Directiva.*

9. *Las demás necesarias para el desarrollo de su objeto."*

De otra parte, y en lo que a la subrogación de contratos, convenios vigentes y procesos contractuales en curso se refiere, el Decreto 1429 de 2016, cuyo artículo 24 fue modificado por el Decreto 1264 de 2017, previó:

**"ARTÍCULO 24. CONTRATOS, CONVENIOS VIGENTES Y PROCESOS CONTRACTUALES EN CURSO.** <Artículo modificado por el artículo 1 del Decreto 1264 de 2017. El nuevo texto es el siguiente:> Los contratos y convenios celebrados por la Dirección de Administración de Fondos de la Protección Social del Ministerio de Salud y Protección Social, en ejecución al 1° de agosto de 2017, y cuyo objeto corresponda a las funciones y actividades propias de la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud (ADRES), se entienden subrogados a esta y continuarán con su ejecución con las autorizaciones presupuestales que en su momento hubieran sido expedidas por la autoridad facultada para estas.

*Las vigencias futuras suscritas para respaldar los contratos y convenios a que refiere el inciso anterior y los procesos contractuales que dispongan de acto de apertura, que hayan sido expedidas en virtud del artículo 2.6.1.7 del Decreto 780 de 2016, deberán ser asumidas por la ADRES en los mismos términos de las autorizaciones emitidas por la Dirección de Administración de Fondos de la Protección Social del Ministerio de Salud y Protección Social.*

**PARÁGRAFO 1°.** *La liquidación de los contratos de encargo fiduciario, de interventoría al contrato de encargo fiduciario y el de auditoría especializada al Fosyga, la adelantará un equipo de trabajo conformado por funcionarios de la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud (ADRES) y del Ministerio de Salud y Protección Social. En la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud (ADRES), el proceso será liderado por quien establezca el Director General y por el Ministerio de Salud y Protección Social participarán los funcionarios que designe su representante legal.*

**PARÁGRAFO 2°.** *La Dirección de Administración de Fondos de la Protección Social del Ministerio de Salud y Protección Social, dando aplicación a la unidad de caja de que trata el inciso final del artículo 57 de la Ley 1815 de 2016 y de conformidad con lo dispuesto por el presente artículo, podrá iniciar el proceso contractual para la auditoría integral de los recobros y reclamaciones que se deban reconocer y pagar por la ADRES, buscando garantizar la continuidad en el ejercicio de las tareas de auditoría."*

En ese orden de ideas, y atendiendo el contenido del artículo 31 del Decreto 1429 de 2016, con la entrada en operación de la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud - ADRES, cualquier referencia hecha en la normatividad al Fondo de Solidaridad y Garantía - FOSYGA, a las subcuentas que lo conforman o a la Dirección de Administración de Fondos de la Protección Social, se entenderá a nombre de la nueva entidad.

Ahora, es del caso advertir que a la luz de lo previsto en el Decreto 546 de 2017 "Por el cual se modifica el Decreto 1429 de 2016", la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud - ADRES, asumió la administración de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud a partir del 1° de agosto de 2017, razón por la cual, el Decreto 547 de 2017 "Por el cual se modifica el Decreto 1432 de 2016 modificado por el Decreto 2188 de 2016", en su artículo 1°, y con el fin de evitar duplicidad de funciones, determinó que "[l]a Dirección de Administración de Fondos de la Protección Social del Ministerio de Salud y Protección Social continuará ejerciendo las funciones señaladas en el Decreto 4107 de 2011 hasta el 31 de julio de 2017".

Por lo expuesto, y como quiera que, las normas que definen competencias son de orden público y de obligatorio cumplimiento, no es de recibo que este ente ministerial sea parte en los procesos judiciales relacionados con reconocimientos del Fondo de Solidaridad y Garantía - FOSYGA, máxime si se tiene en cuenta que "[t]odos los derechos y obligaciones que hayan sido adquiridos por la Dirección de Administración de Fondos de la Protección Social del Ministerio de Salud y



165

Protección Social, con ocasión de la administración de los recursos del Fondo de Solidaridad y Garantía, (Fosyga) y del Fondo de Salvamento y Garantías para el Sector Salud (Fonsaet), se entienden transferidos a la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud (...) -artículo 27 del Decreto 1429 de 2016-.

## DE LA DESCENTRALIZACIÓN ADMINISTRATIVA Y EL CONTROL DE TUTELA

El Decreto ley 4107 de 2011 señala en su artículo 4°, lo siguiente:

**"INTEGRACIÓN DEL SECTOR SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL.** El Sector Administrativo de Salud y Protección Social está integrado por el Ministerio de Salud y Protección Social y las siguientes entidades adscritas y vinculadas:

### 1. Entidades Adscritas:

(...)

1.5 Entidad de naturaleza especial: <Numeral adicionado por el artículo 2 del Decreto 1432 de 2016>

1.5.1 Administradora de los Recursos de Sistema General de Seguridad Social en Salud (ADRES). <Numeral adicionado por el artículo 2 del Decreto 1432 de 2016>"

En el marco de lo previsto en el artículo 1° del Decreto 1429 de 2016, "[l]a Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud - ADRES es un organismo de naturaleza especial del nivel descentralizado de la Rama Ejecutiva del orden nacional, con personería jurídica, autonomía administrativa y financiera, patrimonio independiente, asimilada a una empresa industrial y comercial del Estado en los términos señalados en la ley de creación, adscrita al Ministerio de Salud y Protección Social, la cual se denominará para todos los efectos, Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud - ADRES".

En consonancia con lo expuesto, es necesario precisar que el numeral 7° del artículo 59 de la Ley 489 de 1998, consagra como función de los ministerios, entre otras, "[o]rientar, coordinar y controlar, en la forma contemplada por las respectivas leyes y estructuras orgánicas, las superintendencias, las entidades descentralizadas y las sociedades de economía mixta que a cada uno de ellos estén adscritas o vinculadas".

Se colige entonces que la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud - ADRES, como entidad adscrita al Ministerio de Salud y Protección Social, se encuentra sujeta al denominado control de tutela.

Ahora, para efectos de estudiar dicha figura jurídica y sus alcances, es pertinente referirse a la descentralización funcional o por servicios. Al respecto, la Corte Constitucional en Sentencia C - 1051 de 2001, indicó:

*"La descentralización funcional o por servicios consiste en la asignación de competencias o funciones del Estado a ciertas entidades, que se crean para ejercer una actividad especializada, tales como los establecimientos públicos, las corporaciones autónomas regionales, las empresas industriales y comerciales del Estado y las sociedades de economía mixta."*

En igual sentido, el artículo 68 de la Ley 489 de 1998, señaló:

**"Artículo 68. Entidades descentralizadas.** Son entidades descentralizadas del orden nacional, los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado, las sociedades públicas y las sociedades de economía mixta, las superintendencias y las unidades administrativas especiales con personería jurídica, las empresas sociales del Estado, las empresas oficiales de servicios públicos y las demás entidades creadas por la ley o con su autorización, cuyo objeto principal sea el ejercicio de funciones administrativas, la prestación de servicios públicos o la realización de actividades industriales o comerciales con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio. Como órganos del Estado aun cuando gozan de autonomía administrativa están sujetas al control político y a la suprema dirección del órgano de la administración al cual están adscritas.

Las entidades descentralizadas se sujetan a las reglas señaladas en la Constitución Política, en la presente ley, en las leyes que las creen y determinen su estructura orgánica y a sus estatutos internos.

(...)"

De otro lado, esto es, en cuanto a la orientación, control y evaluación general que ejerce la entidad cabeza de un sector administrativo, como es el caso de un ministerio frente a sus entidades adscritas y/o vinculadas, los artículos 41 y 42 la Ley 489 de 1998, han dispuesto:

*"Artículo 41. Orientación y control. La orientación, control y evaluación general de las actividades de los organismos y entidades administrativas corresponde al Presidente de la República y en su respectivo nivel, a los ministros, los directores de departamento administrativo, los superintendentes, los gobernadores, los alcaldes y los representantes legales de las entidades descentralizadas y sociedades de economía mixta de cualquier nivel administrativo.*

*En el orden nacional, los ministros y directores de departamento administrativo orientan y coordinan el cumplimiento de las funciones a cargo de las superintendencias, las entidades descentralizadas y las sociedades de economía mixta que les estén adscritas o vinculadas o integren el Sector Administrativo correspondiente.*

*Artículo 42. Sectores Administrativos. El Sector Administrativo está integrado por el Ministerio o Departamento Administrativo, las superintendencias y demás entidades que la ley o el Gobierno Nacional definan como adscritas o vinculadas a aquéllos según correspondiere a cada área." (Aparte tachado declarado inexecutable por la Corte Constitucional en sentencia C-1437-00 de 25 de octubre de 2000)*

Finalmente, en cuanto al control de tutela, los artículos 103 y siguientes de la Ley 489 de 1998, determinan:

*"Artículo 103. Titularidad del control. El Presidente de la República como suprema autoridad administrativa y los ministros y directores de Departamento Administrativo, ejercerán control administrativo sobre los organismos o entidades que conforman la Administración Pública.*

*Artículo 104. Orientación y la finalidad. El control administrativo que de acuerdo con la ley corresponde a los ministros y directores de los departamentos administrativos se orientará a constatar y asegurar que las actividades y funciones de los organismos y entidades que integran el respectivo sector administrativo se cumplan en armonía con las políticas gubernamentales, dentro de los principios de la presente ley y de conformidad con los planes y programas adoptados.*

*Artículo 105. Control administrativo. El control administrativo sobre las entidades descentralizadas no comprenderá la autorización o aprobación de los actos específicos que conforme a la ley competente expedir a los órganos internos de esos organismos y entidades". (Negrita fuera de texto)*

De conformidad con lo anterior, existe un control de tutela ejercido por el órgano central frente a las entidades descentralizadas que forman parte del mismo, destinado solo a asegurar y constatar que las funciones que adquieran ellas por especialidad se cumplan en armonía con las políticas gubernamentales, sin tener facultad legal para extender su autoridad respecto a su autonomía administrativa, menos aun tratándose de aquellos actos o competencias que por autoridad de la ley les incumba desarrollar en forma independiente en razón al fin para el cual fueron creadas.

En consecuencia, el control de tutela que por ejemplo un Ministerio puede ejercer frente a sus entidades adscritas y/o vinculadas, no permite que, en ejecución del mismo, la entidad cabeza de un sector administrativo, como lo indica la Ley 489 de 1998, pueda asumir la función que en un determinado momento está siendo incumplida por la entidad sujeta a control, o intervenir con el fin de que ésta adopte las decisiones o emita los pronunciamientos a los que normativamente se encuentra obligada.

Por consiguiente, el control de tutela que este Ministerio ejerce frente a la ADRES, no implica el intervenir en los procesos relacionados con la administración de los Recursos de la Seguridad Social en Salud.

Si bien es cierto el literal h) del artículo 61 de la Ley 489 de 1998 establece que los Ministros actuarán como superior inmediato de los Superintendentes y Representantes Legales de

Febrero - 2020

Entidades descentralizadas adscritas o vinculadas, sin perjuicio de la función nominadora, también es cierto que dicha disposición fue declarada exequible por la Honorable Corte Constitucional de forma condicionada mediante Sentencia C-727 de 2000, bajo el entendido de que esta superioridad le confiere el control administrativo que es propio de la figura de la descentralización, y que debe entenderse dentro del contexto normativo completo de la Ley 489:

*"... Para la Corte la presencia de un superior inmediato que ejerce un control administrativo, no implica que en su cabeza se radiquen las facultades de nombramiento y remoción del representante legal de las entidades descentralizadas, ni toca con la toma de decisiones que operen dentro de las competencias legales del organismo, pues una interpretación contraria desvirtuaría el mecanismo de la descentralización. Hace referencia, más bien y sobre todo, a la armonización y coordinación de políticas administrativas, como lo ordena la Constitución. En este sentido, tal control administrativo desarrolla plenamente el artículo 208 superior..."*

En consecuencia, el control de tutela que por ejemplo un ministerio puede ejercer frente a sus entidades adscritas y/o vinculadas, no permite que, en ejecución del mismo, la entidad cabeza de un sector administrativo, como lo indica la Ley 489 de 1998, pueda asumir la función que en un determinado momento está siendo incumplida por la entidad sujeta a control, o intervenir con el fin de que ésta adopte las decisiones o emita los pronunciamientos a los que normativamente se encuentra obligada.

Por tanto, como consecuencia de la creación de **ADRES, la Dirección de Administración de Fondos de la Protección Social del Ministerio de Salud y Protección Social fue suprimida, con el objetivo de evitar duplicidad de funciones, situación particular que en el ordenamiento jurídico colombiano configura una sucesión procesal, tal como lo ha considerado la jurisdicción que estudia los asuntos de entidades públicas como lo son el Ministerio de Salud y Protección Social y ADRES, en efecto, considera el H. Consejo de Estado, lo siguiente:**

*"Finalmente, no pierde de vista el Despacho que, tratándose de entidades públicas, como la que interviene en el extremo pasivo del sub iudice, otra circunstancia configuradora de sucesión procesal puede tener origen a partir de la alteración y/o cambio de competencias dispuestas por el ordenamiento jurídico. Con otras palabras, bien puede tener lugar una circunstancia en la cual sin presentarse extinción, fusión, escisión o supresión de una entidad pública, el legislador o el Gobierno Nacional, debidamente facultado, decidan acometer un traslado de competencias de una entidad a otra diferente, circunstancia esta que, necesariamente, repercutirá en la actuación judicial, pues será otro el órgano o persona jurídica de derecho público quien deba seguir asumiendo la defensa judicial del inicialmente convocado al proceso. Se trataría, entonces, de un caso de sucesión procesal por virtud de la Ley, stricto sensu."<sup>2</sup> (Resaltado ajeno al texto)*

En conclusión, el Ministerio de Salud y Protección Social, atendiendo la supresión de la Dirección de Administración de Fondos de la Seguridad Social ordenada por el Decreto 1432 de 2016 y a la creación de la Entidad Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud – ADRES, no podrá continuar ejerciendo la representación judicial en el presente asunto, por ser una competencia exclusiva de ADRES y desconocer lo anterior, es una violación amplia y expresa del principio de legalidad que rige toda autoridad administrativa y judicial.

De manera, que a partir del 1 de agosto de 2017<sup>3</sup>, en virtud de norma expresa y como consecuencia de la supresión de la Dirección de Administración de Fondos de la Protección Social de esa cartera ministerial, los procesos deberán ser asumidos por ADRES, configurándose de este modo una sucesión procesal de pleno derecho, por la modificación de la órbita de competencias de cada una de las autoridades administrativas.

Así, todos los derechos y obligaciones, como el derecho de defensa y contradicción, así como la obligación de asumir la defensa judicial de los intereses jurídicos y obligaciones pecuniarias de

<sup>2</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sala Plena de la Sección Tercera. C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Auto del dos de junio de 2016. Rad. 42523.

<sup>3</sup> Decreto 546 del 30 de marzo de 2017, ampliando los términos señalados en los artículos 21, 22 y 24 del Decreto 1429 de 2016

168

los fondos objeto de administración, también fueron transferidos a ADRES.

## INEXISTENCIA DE LA RELACIÓN JURÍDICA SUSTANCIAL

Por otra parte, es preciso manifestar que respecto de la pretensión concreta que expresa la demandante, no existe una **relación jurídica sustancial** entre éste y el Ministerio de Salud y Protección Social que suponga la validez de una relación jurídica procesal eficaz ya que el Ministerio no tiene o tuvo relación directa o indirecta con la accionante.

De lo anterior se colige, ya que el Ministerio de Salud y Protección Social no fue en ningún momento parte de las reclamaciones que se endilgan, se debe predicar una falta absoluta de legitimación material en la causa por pasiva por parte de éste, para reconocer y pagar las pretensiones a los que demanden por los mismos hechos y con las mismas pretensiones, presupuesto procesal *sine qua non* podría llegar a determinarse algún tipo de responsabilidad.

## II. EXCEPCIONES.

### 1. FALTA DE LEGITIMACION EN LA CAUSA POR PASIVA.

La legitimación en la causa por pasiva, se predica de quien está llamado a responder dentro de un proceso judicial o prejudicial, por las presuntas obligaciones exigibles a éste. Frente a ello, es oportuno aclarar que por mandato Constitucional (artículo 6o. y 121), el hoy Ministerio de Salud y Protección Social, sólo puede hacer lo que la Carta y las leyes le permiten como autoridad dentro del marco de sus competencias, sin que le asista la referida legitimación en la causa para acceder a las pretensiones del demandante.

No debe perderse de vista que la legitimidad en la causa es un presupuesto procesal de la demanda que se colma al dirigir la pretensión contra quien por ser sujeto de la relación jurídica sustancial se pretende derivar responsabilidad.

El Consejo de Estado, en sentencia proferida el 17 de julio de 2015 dentro del proceso de referencia 207597447001-23-31-000-2015-00032-01, respecto a la legitimación en la causa explicó:

*"Al respecto, la Sala desea precisar que la "la legitimación en la causa" es una figura de derecho procesal que se refiere a la capacidad de las partes, de acuerdo a la ley, de formular o controvertir las pretensiones de una demanda.*

*En efecto, un sector de la doctrina sostiene que "legitimación en la causa es la aptitud para ser parte en un proceso concreto"<sup>4</sup>, otro sector utiliza la terminología de la legitimación desde la ley sustancial, así:*

*"(...) la legitimación en la causa consiste, respecto del demandante, en ser la persona que de conformidad con la ley sustancial está legitimada para que por sentencia de fondo o mérito se resuelva si existe o no el derecho o la relación jurídica sustancial pretendida en la demanda, y respecto del demandado en ser la persona que conforme a la ley sustancial está legitimada para discutir u oponerse a dicha pretensión del demandante; y en los procesos de jurisdicción voluntaria consiste en estar legitimado por la ley sustancial para pedir que se hagan las declaraciones solicitadas en la demanda."<sup>5</sup>*

*La legitimación en la causa puede ser activa, cuando se refiere a la capacidad que tiene una persona para demandar; o pasiva cuando tiene que ver con "la capacidad para comparecer como demandado".<sup>6</sup> (Negrillas del texto original)*

El mismo Alto Tribunal, en sentencia de 26/03/2015, proferida dentro del proceso 207505115001-23-31-000-2011-00031-01, continuó explicando:

*"(...) toda vez que la legitimación en la causa de hecho alude a la relación procesal existente entre demandante -legitimado en la causa de hecho por activa- y demandado -legitimado en la causa de*

<sup>4</sup> González Rodríguez, Miguel. *Derecho Procesal Administrativo*. Ed. Gustavo Ibáñez. Décima Edición, Bogotá-Colombia, 2002. Pág. 115.

<sup>5</sup> Devís Echandía, Hernando. *Teoría General del Proceso*, Tomo I. Biblioteca Jurídica Dike, 1994. Medellín-Colombia. Pág. 270.

<sup>6</sup> Palacio Hincapié, Juan Ángel, *Derecho procesal Administrativo*, Ed. Librería Jurídica Sánchez. Octava Edición. Bogotá, Colombia, 2013: Pág. 231

Febrero - 2020

hecho por pasiva- y nacida con la presentación de la demanda y con la notificación del auto admisorio de la misma a quien asumirá la posición de demandado, dicha vertiente de la legitimación procesal se traduce en facultar a los sujetos litigiosos para intervenir en el trámite del plenario y para ejercer sus derechos de defensa y de contradicción; la legitimación material, en cambio, supone la conexión entre las partes y los hechos constitutivos del litigio, ora porque resultaron perjudicadas, ora porque dieron lugar a la producción del daño.

De ahí que un sujeto pueda estar legitimado en la causa de hecho pero carecer de legitimación en la causa material, lo cual ocurrirá cuando a pesar de ser parte dentro del proceso no guarde relación alguna con los intereses inmiscuidos en el mismo, por no tener conexión con los hechos que motivaron el litigio, evento éste en el cual las pretensiones formuladas estarán llamadas a fracasar puesto que el demandante carecería de un interés jurídico perjudicado y susceptible de ser resarcido o el demandado no sería el llamado a reparar los perjuicios ocasionados a los actores.

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

En el asunto sub examine, los presuntos hechos se relacionan con el reconocimiento y pago de las sumas de dinero asumidas para efectos de cubrir la prestación de servicios de salud que no se encuentran incluidos en el Plan Obligatorio de Salud.

Por consiguiente, es preciso indicar que en lo que respecta a la administración de los recursos del Sistema, así como su destinación, entre otras, al pago de prestaciones no incluidas en el plan de beneficios, que venían siendo financiados con recursos del Fosyga, esto es, el pago proveniente de las solicitudes de recobros<sup>7</sup>, dichas funciones se encuentran asignadas a la hoy Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud - ADRES, entidad creada por el artículo 66 de la Ley 1753 de 2015, que goza de personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio independiente, lo que le permite un ejercicio libre de sus facultades legales y constitucionales, así como la asunción de sus responsabilidades.

Siendo así, no puede predicarse que en la actualidad exista una relación jurídica sustancial entre el actuar del ministerio y las situaciones de hecho en que se fundamentan las pretensiones de la demanda, que permitan inferir responsabilidad alguna de la Nación - Ministerio de Salud y Protección Social, el cual como organismo oficial de carácter nacional, por disposición constitucional y legal, no puede asumir las funciones asignadas a otras entidades u organismos, recordemos que el artículo 31 del Decreto 1429 de 2016 indicó que, con la entrada en operación de la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud - ADRES, cualquier referencia hecha en la normatividad al Fondo de Solidaridad y Garantía - FOSYGA, a las subcuentas que lo conforman o a la Dirección de Administración de Fondos de la Protección Social, se entenderá a nombre de la nueva entidad, por lo que si se actuara de esa manera implicaría una extralimitación en el ejercicio de las competencias de este Ministerio. (artículos 6° y 121 de la Carta Política).

En concordancia con lo anterior, el artículo 21 del Decreto 1429 de 2016 "Por el cual se modifica la estructura de la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud - ADRES - y se dictan otras disposiciones", modificado por el artículo 1° del Decreto 546 de 2017, la ADRES entró en operación el 1° de agosto de 2017, y a partir de ese momento, se suprimió la Dirección de Administración de Fondos de la Protección Social -DAFPS, dependencia del Ministerio de Salud y Protección Social, y con ella, el Fondo de Solidaridad y Garantía - FOSYGA, tal como lo señala el artículo 5° del Decreto 1432 de 2016 "Por el cual se modifica la estructura del Ministerio de Salud y Protección Social", modificado por el artículo 1° del Decreto 547 de 2017. Así, cualquier referencia hecha a dicho Fondo o a las subcuentas que lo

<sup>7</sup> Artículos 67 de la Ley 1753 de 2015 y 3° del Decreto 1429 de 2016.



conformaban o a la referida Dirección, se entenderá a nombre de la nueva entidad<sup>8</sup>.

A su vez, el artículo 2° del Decreto 546 de 2017, a través del cual se modificó el artículo 22 del Decreto 1429 de 2016, en lo relativo a la terminación de funciones de la Dirección de Administración de Fondos de la Protección Social del Ministerio de Salud y Protección Social, precisó:

"Artículo 2. Modifíquese el artículo 22 del Decreto 1429 de 2016, el cual quedará así:

*Artículo 22. Terminación de las funciones. La Dirección de Administración de Fondos de la Protección Social del Ministerio de Salud y Protección Social continuará adelantando las funciones establecidas en el Decreto - Ley 4107 de 2011, hasta el 31 de julio de 2017".* (Negrita fuera de texto)

En consecuencia, y como quiera que los presuntos hechos y omisiones se relacionan con el Fondo de Solidaridad y Garantía del Sector Salud - FOSYGA, cuyas funciones se encuentran hoy en cabeza de la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud - ADRES, no con la Nación - Ministerio de Salud y Protección Social, este último no puede ser legalmente vinculado como parte pasiva.

No teniendo el Ministerio de Salud y Protección Social participación alguna en las presuntas acciones u omisiones, mal puede pretenderse afirmar que éste deba asumir algún tipo de responsabilidad, máxime cuando en términos del artículo 66 de la Ley 1753 de 2015, es la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud - ADRES, la encargada de administrar los recursos que hacen parte del Fondo de Solidaridad y Garantías (Fosyga).

En este orden de ideas, es claro concluir que la función relacionada con la administración de los fondos ya no es atribuida por el ordenamiento jurídico al Ministerio de Salud y Protección Social, sino que hace parte de la órbita de las funciones de ADRES.

## **2. INEXISTENCIA DE OBLIGACION SOLIDARIA POR LA ADSCRIPCIÓN ADMINISTRATIVA. DE LA DESCENTRALIZACIÓN ADMINISTRATIVA Y SUS EFECTOS JURÍDICOS.**

De conformidad con la Constitución Política vigente, Colombia es un Estado Social de Derecho, organizado en forma de República Unitaria, Descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa... como lo afirma el artículo 1o. de la misma

La descentralización es el fenómeno jurídico - administrativo por medio del cual se otorga competencia o funciones a personas públicas diferentes a los órganos centrales del Estado, para que ejerzan en su propio nombre y bajo su responsabilidad las tareas que la ley les asigne.

En efecto la Ley 489 de 1998, se refiere a la integración de la rama ejecutiva del poder público en el orden nacional, y del sector descentralizado incluye las Empresas Sociales del Estado.

Es así como por ministerio de la ley, se destacan las siguientes características de las Empresas Sociales del Estado:

- i) Entidad pública,
- ii) Descentralizada,
- iii) Personería jurídica,
- iv) Autonomía administrativa y financiera y
- v) Patrimonio propio.

En ese orden de ideas, y de acuerdo al tema objeto de estudio, la facultad de la autonomía Administrativa, comprende el poder de ordenar el servicio o actividad independiente de los demás organismos públicos, en lo que respecta a la autonomía financiera, es la facultad para determinar la utilización de los recursos económicos asignados por la ley, su capital es

<sup>8</sup> Artículo 31 del Decreto 1429 de 2016.



1211

Independiente, lo que significa que la entidad TIENE UN PATRIMONIO QUE NO HACE PARTE DE FONDOS COMUNES DEL ESTADO.

Por su parte, el MINISTERIO DE SALUD Y LA PROTECCION SOCIAL, es un organismo perteneciente a la Rama Ejecutiva del poder público, cuyas funciones se encuentran expresamente consagradas en las disposiciones legales, especialmente en las contenidas en las Leyes 10 de 1990; 100 de 1993, 489 de 1.998 y 715 de 2001, Decreto 205 de 2003 y Decreto 4107 de 2011, que actúa como ente rector en materia de salud, correspondiéndole en consecuencia diseñar las grandes políticas y establecer las normas técnicas de calidad que se deben aplicar en la prestación de servicios de Salud y controlar los factores de riesgo.

Igualmente, se le ha asignado a este Ministerio la función de servir de asesor técnico de las entidades territoriales.

En consecuencia, no es posible jurídicamente que un organismo de orden Nacional, como es el Ministerio de Salud y Protección Social, tome determinaciones de carácter administrativo asignadas a las entidades descentralizadas.

### 3. INEXISTENCIA DE OBLIGACIÓN

El Ministerio de Salud y Protección Social no es responsable de las actuaciones administrativas de una entidad adscrita con personería jurídica, autonomía administrativa y financiera y patrimonio independiente, de conformidad con lo preceptuado en el artículo 194 de la Ley 100 de 1993 y artículo 68 de la ley 489 de 1998, igualmente la jurisprudencia ha señalado las características de estas entidades así:

La Honorable Corte Constitucional en sentencia C-784 de 18 de agosto de 2004, Magistrado ponente Dr. Alvaro Tafur Galvis establece el régimen jurídico aplicable a las entidades descentralizadas y la autonomía que les es reconocida:

*"Al respecto cabe recordar que la formulación del Estado colombiano como "una República unitaria, descentralizada, con autonomía en sus entidades territoriales" tiene un valor central dentro de la estructura política trazada a partir de la expedición de la Constitución de 1991. En este sentido la Corte ha explicado que la descentralización administrativa obedece a "una concepción política y a una técnica y modelo de organización y funcionamiento de la rama ejecutiva del poder público, la cual implica la concreción o asunción, bajo un régimen de autonomía, por organismos que son personas jurídicas, de funciones o potestades propias del Estado o de actividades que comportan la actuación de éste en el campo de la actividad privada, o la gestión y satisfacción de necesidades regionales y locales".*

De igual forma resulta relevante insistir en que esta Cartera Ministerial no adeuda a la demandante suma alguna por ningún concepto.

### 4. INEXISTENCIA DE LA SOLIDARIDAD ENTRE LAS ENTIDADES

No existe en todo el ordenamiento jurídico una norma que consagre la solidaridad entre el FOSYGA hoy ADRES y el MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCION SOCIAL, por lo que no es dable presumir tal solidaridad, que no deriva de ninguna norma positiva.

Las fuentes de las obligaciones pasivas solo lo son en virtud de la voluntad de las partes y de la ley. La voluntad de las partes debe expresarse diáfananamente en los contratos o en negocios jurídicos válidos. De ahí concluimos que la SOLIDARIDAD POR PASIVA NO SE PRESUME, y que debe establecerse como se ha indicado.

En cuanto a la segunda fuente, la legal, tenemos que es la ley, por si misma y de pleno derecho la que la establece.

De conformidad con lo establecido en la ley 151 de 1959, en el decreto ley 3130 de 1968 y más recientemente, en la ley 489 de 1998, las empresas y establecimientos públicos descentralizados, cualquiera sea la forma de administración adoptada, son parte de la administración pública; sus bienes y rentas, por su origen, son desmembración del patrimonio



La salud  
es de todos

Minsalud

Radicado No.: 110014003019-2018-0069200

Proceso: DECLARATIVO VERBAL

Demandante: SANITAS EPS

Demandado: Ministerio de Salud y Protección Social y otros

Febrero - 2020

público y están afectos a la prestación de servicios públicos; y disponen, además de personería jurídica y autonomía administrativa, de patrimonio propio, aportado directa o indirectamente por el Estado (la Nación, en el nivel central). Por lo demás, los establecimientos públicos y las empresas industriales y comerciales del Estado, como integrantes de la rama ejecutiva del poder público, gozan de los mismos privilegios y prerrogativas que se reconocen a la Nación (ley 489, artículos 80 y 87).

## 5. PRESCRIPCIÓN

Sin que implique reconocimiento de derecho alguno, pues no corresponde a este ente Ministerial pronunciarse al respecto, por desconocimiento total de los antecedentes que sustentan las pretensiones, esto es la relación en que fincan las pretensiones, y de las actuaciones que se hayan desplegado y los motivos que haya tenidos para negarle el reconocimiento de lo que se pretende, propongo esta excepción frente a todos aquellos derechos en que haya operado la prescripción trienal desde el momento en que se cause el derecho que dentro del proceso se demuestre le asiste, por cuanto ante mi representado, por obvias razones, no se presentó reclamación alguna para el pago de lo ahora pretendido.

## 6. LA INNOMINADA

Ruego a la Juez dar aplicabilidad a lo dispuesto en la Ley 1437 de 2011, en su artículo 187 que dice:

*"(...) En la sentencia se decidirá sobre las excepciones propuestas y sobre cualquier otra que el fallador encuentre probada". (Destaco).*

## III. PETICIÓN

Por las razones de hecho y de derecho expuestas en esta defensa, respetuosamente solicito a la señora Juez declarar probadas las excepciones propuestas, y en consecuencia se sirva desvincular a mi defendida La Nación-Ministerio de la Protección Social del presente proceso, toda vez que tal y como se indicó en precedencia, carece de legitimación en la causa por pasiva.

## IV. PRUEBAS

### DOCUMENTALES:

Téngase como pruebas las debidamente aportadas al proceso y las normas vigentes sobre la materia, las cuales por ser del orden nacional no requieren ser aportadas.

## V. NOTIFICACIONES

La demandada, Nación - Ministerio de Salud y Protección Social y la suscrita apoderada, recibiremos notificaciones en la Carrera 13 No. 32-76 Piso 10, Bogotá D.C. Teléfono: 3305000 Ext. 5041-5050 y 3142380937; email: mramirez@minsalud.gov.co y/o marcelaramirez.abogada@gmail.com

De la señora Juez con el debido respeto,

  
**MARCELA RAMÍREZ SEPULVEDA**  
C.C. No. 51.561.031 de Bogotá  
T.P. No. 57.775 del C.S.J

300 /

ADRES

Bogotá D.C.,

Señor:

**JUEZ DIECINUEVE (19°) CIVIL MUNICIPAL DE BOGOTÁ**  
Jlato22@cendoj.ramajudicial.gov.co

E. S. D.

**PROCESO: DECLARATIVO**  
**EXPEDIENTE: 2018-000692-00**  
**DEMANDANTE: EPS SANITAS S.A.**  
**DEMANDADO: ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA  
GENERAL EN SEGURIDAD SOCIAL ADRES**

Cordial saludo,

**LUIS GIOVANNY FIGUEROA VELOZA**, mayor de edad, domiciliado en la ciudad de Bogotá, identificado con la cédula de ciudadanía N° 80.166.731 de la Ciudad de Bogotá D.C., abogado en ejercicio con Tarjeta Profesional 203.450 del Consejo Superior de la Judicatura, conforme al poder especial otorgado por el Jefe de la Oficina Asesora Jurídica de la ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD -ADRES, mediante el presente escrito y encontrándome dentro del término del traslado presento escrito de CONTESTACIÓN DE DEMANDA, de conformidad con el artículo 31 del Código de Procedimiento Laboral, en los siguientes términos:

### **I. FRENTE A LAS PRETENSIONES**

#### **PRETENSIONES PRINCIPALES**

Mi representada se opone a las pretensiones incoadas por la parte actora en contra de la ADRES, por cuanto carecen de fundamento constitucional y legal de acuerdo con las razones de hecho y derecho que más adelante se expresan.

Resulta evidente, que la finalidad de la presente acción por parte de la demandante no es otra que obtener pago por parte la Nación, argumentando que existe un daño emergente derivado de la negativa al pago de los recobros presentados y objeto del presente litigio, sin embargo, en ningún escenario se puede considerar la existencia de este tipo de perjuicio ante la negativa de un pago de aquello que nunca se ha adeudado. Lo anterior quiere decir que no se ha generado derecho alguno para la demandante frente a los recobros aquí debatidos, por cuanto los mismos resultaron glosados (objetados) por la auditoría debido a que no cumplieron con todos los requisitos establecidos en la normatividad que se encarga de regular el procedimiento de recobros al momento de su presentación ante el FOSYGA (hoy ADRES).

Dentro del esquema de aseguramiento para la financiación de los servicios de salud, las EPS como actoras directas del Sistema General de Seguridad Social, tienen el deber de garantizar la integralidad en la prestación de los servicios de salud de sus afiliados, teniendo la posibilidad de recuperar los costos en que incurrir al prestar el servicio de salud no incluido en el Plan Obligatorio de Salud POS al Estado, como es alegado en la presente demanda, sin embargo, esto solo es viable **siempre y cuando la solicitud del reintegro cumpla con todos**

los requisitos establecidos en la normatividad que regula el procedimiento de recobros.

De acuerdo con lo hasta aquí expuesto, la simple presentación de un recobro ante el auditor del FOSYGA (hoy ADRES) no genera derechos, es una mera expectativa, toda vez que los recobros se encuentran sujetos al cumplimiento de los requisitos establecidos en la normatividad vigente que regula el procedimiento para obtener el derecho y pago de los mismos.

Es necesario poner de presente a su despacho que, de conformidad con el texto de las pretensiones presentadas por el apoderado de la demandante, la declaratoria de la responsabilidad estatal por una actuación administrativa y la condena por daño emergente, son constitutivos de la acciones contencioso administrativas y no del procedimiento ordinario laboral, y particularmente de la acción de reparación directa consagrada la ley 1437 de 2011 que establece en su Artículo 140:

*"Reparación directa. En los términos del artículo 90 de la Constitución Política, la persona interesada podrá demandar directamente la reparación del daño antijurídico producido por la acción u omisión de los agentes del Estado.*

*De conformidad con el inciso anterior, el Estado responderá, entre otras, cuando la causa del daño sea un hecho, una omisión, una operación administrativa o la ocupación temporal o permanente de inmueble por causa de trabajos públicos o por cualquiera otra causa imputable a una entidad pública o a un particular que haya obrado siguiendo una expresa instrucción de la misma."*

De acuerdo con lo solicitado por la parte actora, dentro de las pretensiones de su demanda se encuentra en el numeral "4.1. **Se declare la responsabilidad de la ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD - ADRES en la causación de los perjuicios en la modalidad de daño emergente, irrogados a EPS SANITAS S.A. con ocasión del rechazo infundado...**"; a continuación, en la pretensión siguiente afirma: "4.2 . Como consecuencia de la declaración efectuada en el numeral anterior, **se condene a la ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD - ADRES, en la modalidad de indemnización del daño emergente...**".

De igual forma en el hecho 4.3, solicita nuevamente a título de declaratoria de responsabilidad la causación de perjuicios en la "modalidad de daño emergente", y en el numeral 4.4 a título de "indemnización de daño emergente"

Así las cosas, no se logra vislumbrar que acción quiere la EPS se le tome en cuenta, comoquiera que, no se distingue si lo que solicita es el pago de unos recobros o una indemnización por unos presuntos daños causados.

Es importante tener en cuenta que, los presupuestos generales de la responsabilidad se basan en la relación fáctica entre dos o más sujetos, consistente en que, desde el punto de vista de los hechos, el uno le produce al otro un daño o un perjuicio; para el presente caso, la entidad demandante señala que el daño antijurídico es consecuencia del no pago de recobros. Al respecto se debe señalar que el daño antijurídico considerado por la doctrina es aquel daño que, el administrado no tiene el deber jurídico de soportar, motivo por el cual no se configura en la presente acción, pues el objeto de este proceso según lo

afirmado por el reclamante en el escrito de demanda en el numeral "1. OBJETO DEL LITIGIO" es el reconocimiento y pago de recobros.

Ahora bien, la responsabilidad patrimonial extracontractual del Estado surge cuando se ha cometido un daño antijurídico y existe una imputabilidad jurídica, es decir, se puede endilgar la obligación jurídica de indemnizar, pero ya no desde el punto de vista fáctico sino también jurídico y esta se predica de la existencia de un título jurídico de imputación que permita atribuir la responsabilidad a cargo del Estado, dichos títulos son la falla del servicio, el riesgo excepcional, el daño especial, etc., cargos por demás que no encuadran en ninguna de las acciones de mi representada.

Dado lo anterior, de acuerdo con la norma y según las pretensiones de la demanda, cuando existen omisiones de la administración que afecte los derechos de las personas naturales o jurídicas, el medio de control sería una reparación directa, la cual se deberá presentar ante el Juez Administrativo, y no una demanda ordinaria ante los jueces laborales.

Pero en gracia de discusión si la EPS lo que busca es el pago de unos recobros, no debería estar solicitando o pretendiendo la declaratoria del daño antijurídico, unos perjuicios ni responsabilidad de la administración en la modalidad de daño emergente, Por lo anterior y ante el híbrido que existe en su demanda solicitamos al Despacho declarar la excepción de ineptitud sustancial de la demanda por indebida acumulación de pretensiones.

#### **APELACION SOBRE EL PRINCIPIO DE CONGRUENCIA**

Existe un amplio número de principios que regulan el proceso. Uno de estos pilares es el de congruencia el cual se traduce en la identidad o coherencia que debe existir entre lo que resuelve el juez con aquello que ha sido pretendido.

Sobre el particular es necesario advertir a Despacho que la demanda está dirigida al Juez Laboral del Circuito, con lo cual no pretendo cuestionar la naturaleza del proceso, sino el contenido material de las pretensiones presentadas por la demandante, toda vez que del análisis específico de estas se espera el pronunciamiento concreto del Despacho, lo anterior en consideración a que en el numeral 4.1 del escrito de demanda la EPS demandante solicita a título declarativo, la responsabilidad de nación, por un daño emergente derivado de un daño antijurídico, y acto seguido en el numeral 4.2 solicita una **indemnización del daño emergente reclamado**, mas no el pago de los recobros que relaciona en la demanda, posición que permanece en los numerales 4.3 y 4.4 donde exige la condena nuevamente por concepto de daño emergente aduciendo unos presuntos gastos administrativos, y otro daño emergente que no enuncia en que lo fundamenta.

Así las cosas, no logra entender esta pasiva que acción quiere la EPS se le tome en cuenta, comoquiera que, **no se vislumbra si lo que solicita es el pago de unos recobros o una indemnización por unos presuntos daños causados** Es importante tener en cuenta que, los presupuestos generales de la responsabilidad se basan en la relación fáctica entre dos o más sujetos, consistente en que, desde el punto de vista de los hechos, el uno le produce al otro un daño o un perjuicio; para el presente caso, la entidad demandante señala que el daño antijurídico es consecuencia del no pago de recobros. Al respecto se debe señalar que el daño antijurídico considerado por la doctrina es aquel daño

que, el administrado no tiene el deber jurídico de soportar, motivo por el cual no se configura en la presente acción, pues el objeto de este proceso según lo afirmado por el reclamante en el escrito de demanda en el numeral "1. OBJETO DEL LITIGIO" es el reconocimiento y pago de recobros, pero en el capítulo de las pretensiones, solicita una indemnización derivada de la declaratoria de una responsabilidad estatal.

Ahora bien, la responsabilidad patrimonial extracontractual del Estado surge cuando se ha cometido un daño antijurídico y existe una imputabilidad jurídica, es decir, se puede endilgar la obligación jurídica de indemnizar, pero ya no desde el punto de vista fáctico sino también jurídico y esta se predica de la existencia de un título jurídico de imputación que permita atribuir la responsabilidad a cargo del Estado, dichos títulos son la falla del servicio, el riesgo excepcional, el daño especial, etc., cargos por demás que no encuadran en ninguna de las acciones de mi representada.

#### SOBRE EL LUCRO CESANTE

Es de aclarar, que conforme al planteamiento realizado por la demandante al exigir sea indemnizada por lucro cesante, desnaturaliza el sentido social de las prestaciones en salud, mercantilizando el servicio sanitario a nivel del comercio desconociendo la función social que le asiste, dirigido no al gasto de la atención sino a la utilidad económica derivada del servicio de salud, inobservando los principios básicos del estado social de derecho y centrando su interés en el lucro derivado de la atención médica.

Ahora, sobre el dictamen pericial, es necesario indicar que el perito afirma ser auditor en salud, especialización que dentro de su programa de estudios no acredita la habilidad ni la formación para auditar historias clínicas ni aborda temas de recobros, pues está dirigida a áreas de calidad, gestión, control y aseguramiento de la calidad en salud, temas completamente diferentes al objeto de la litis.

Del mismo modo, en el cuerpo de dictamen se evidencia que dicho pronunciamiento se limita a determinar si los medicamentos, insumos o prestaciones asistenciales son POS o NO POS, circunstancia sobre la cual no recae el objeto del proceso, por cuanto como se afirmó con la contestación de la demanda, el problema jurídico radica en determinar si el momento de la radicación de la solicitud de recobro se cumplía con los requisitos establecidos en la normatividad, evento que no fue abordado en el dictamen referido, y aún más cuando ni siquiera se tuvo en cuenta el apoyo técnico aportado por esta demandada, donde se pueden evidenciar las fechas y causales de improcedencia de las solicitudes de recobro presentadas por la EPS demandada y que son sobre lo cual principalmente debe tratar la decisión del despacho, para así poder abordar la discusión de sobre la imposición de la glosa.

Al respecto debe tenerse en cuenta que la obligación de pago de los recobros solo surge en el momento en que las solicitudes superan satisfactoriamente el trámite de auditoría integral, por reunir la totalidad de requisitos exigidos por la normatividad vigente por lo que, si no se cuenta con la aprobación del ente auditor, quien verifica la procedencia del recobro, no es posible realizar el pago solicitado, por lo cual el Despacho deberá verificar si se pretenden subsanar las inconsistencias presentadas, ahora en el escenario judicial y si es procedente dicha subsanación en esta etapa.

3021

Ahora bien, a continuación, se realizará el pronunciamiento respecto a cada una de las pretensiones señaladas por la entidad demandante, así:

### **PRETENSIONES DECLARATIVAS**

Como apoderado judicial de la ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD - ADRES, me opongo a las pretensiones incoadas por la parte actora, por cuanto carecen de fundamento constitucional y legal de acuerdo con las razones de hecho y derecho que más adelante se expresarán.

1. Mi representada se OPONE a la pretensión de pago a favor del demandante, por cuanto los recobros objeto del presente proceso fueron rechazados en el trámite de auditoría integral realizado por el ente auditor del entonces FOSYGA, y se les impusieron glosas que impidieron su reconocimiento y pago.

2. Mi representada se OPONE a la pretensión de reconocimiento de la deuda a favor del demandante, por cuanto los recobros objeto del presente proceso fueron rechazados en el trámite de auditoría integral realizado por el ente auditor del entonces FOSYGA, y se les impusieron glosas que impidieron su reconocimiento y pago.

### **PRETENSIONES DE CONDENA**

1. Mi representada se OPONE a la pretensión de reconocimiento y pago a favor del demandante por concepto de perjuicios en la modalidad de daño emergente por valor de **SESENTA Y NUEVE MILLONES CUATROCIENTOS NOVENTA Y OCHO MIL TRESCIENTOS CINCUENTA Y DOS PESOS (\$69.498.352)** por el daño antijurídico derivado del no reconocimiento y pago de ciento cincuenta y ocho (158) recobros con doscientos trece (213) items.

Al respecto es importante que el Despacho tenga en cuenta que la prestación del servicio no resulta ser suficiente, sino que los recobros surten un trámite de auditoría integral jurídica, médica y financiera que agotan una etapa de pre- radicación, radicación, auditoria y pago en el evento en que se apruebe. Por tal razón las EPS presentan al auditor encargado unos formatos con una serie de adjuntos, así para el caso en que el soporte del recobro sea una acción de tutela, el formato que procedería sería el MYT 02, si es por Comité Técnico Científico, el formato a radicar sería el MYT 01 y su radicación debe hacerse dentro de los 15 días de cada mes.

No obstante, existen casos en los que los recobros no alcanzan siquiera a superar la primera etapa de pre radicación y por ende no agotan un estudio exhaustivo, en la medida en que carece de requisitos de la esencia que deben ser subsanados por la EPS en el proceso de presentación (es decir por formato MYT 04).

Sea del caso reiterar que, de acuerdo con los principios generales del derecho, "a nadie le es dable su propia culpa para obtener provecho de ello", es decir que, para el caso que nos ocupa, no puede la entidad demandante alegar que ha sufrido un Daño Antijurídico, por no haber obtenido el pago de los recobros

incluidos y/o excluidos en planes de beneficios en salud, y pretender hacerse un pago indebido o doble con los recursos parafiscales del sistema de salud.

2. Mi representada se OPONE a la pretensión de reconocimiento y pago a favor del demandante por concepto de perjuicios en la modalidad de daño emergente por valor de **SESENTA Y NUEVE MILLONES CUATROCIENTOS NOVENTA Y OCHO MIL TRESCIENTOS CINCUENTA Y DOS PESOS (\$69.498.352)** por el daño antijurídico derivado del no reconocimiento y pago de ciento cincuenta y ocho (158) recobros con doscientos trece (213) ítems, por cuanto los recobros objeto del presente proceso fueron rechazados en el trámite de auditoría integral realizado por el ente auditor del entonces FOSYGA, y se les impusieron glosas que impidieron su reconocimiento y pago.
3. Mi representada se OPONE a la pretensión de reconocimiento y pago a favor del demandante por concepto de perjuicios en la modalidad de daño emergente por valor de **SESENTA Y NUEVE MILLONES CUATROCIENTOS NOVENTA Y OCHO MIL TRESCIENTOS CINCUENTA Y DOS PESOS (\$69.498.352)** por el daño antijurídico derivado del no reconocimiento y pago de ciento cincuenta y ocho (158) recobros con doscientos trece (213) ítems, por cuanto los recobros objeto del presente proceso fueron rechazados en el trámite de auditoría integral realizado por el ente auditor del entonces FOSYGA, y se les impusieron glosas que impidieron su reconocimiento y pago.
4. Esta defensa se OPONE a la pretensión de reconocimiento y pago de intereses moratorios en. Al respecto, es necesario precisar que los mismos son considerados como una obligación accesoria, razón por la cual, su naturaleza misma no puede subsistir sin una obligación principal a la cual acceda, y teniéndose que, los recobros objeto de litis no cumplen con el lleno de requisitos establecidos en la normatividad sobre el tema para su reconocimiento y pago; de conformidad con la información suministrada en el Apoyo Técnico que se adjunta, no es procedente su reconocimiento en la medida que no cumplen con los requisitos establecidos en la ley, razón por la cual, al no existir obligación principal que se encuentre pendiente de pago, por sustracción de materia, no puede existir la obligación accesoria de pago de intereses, pérdida del valor del dinero, gastos administrativos o indexación de valores.

Ahora bien, tratándose específicamente de los intereses que se pretenden reclamar, aun cuando los mismos no tienen lugar cuando no hay una obligación principal de pagar una suma de dinero, en relación con la causación de presuntos intereses moratorios por el no pago de los recobros, es necesario recordar lo que al respecto dispone el artículo 4 del Decreto Ley 1281 de 2002 sobre intereses, así:

*"Intereses moratorios. El incumplimiento de los plazos previstos para el pago o giro de los recursos de que **trata este decreto**, causará intereses moratorios a favor de quien debió recibirlos, liquidados a la tasa de interés moratorio establecida para los tributos administrados por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales."*

Norma que de una simple lectura da a entender que procede el pago de intereses moratorios, sin embargo, de un análisis detallado del Decreto en mención se observa que este solo se refiere a 4 tipo de términos:

1. El tiempo de radicación de las EPS que corresponde a los 6 meses siguientes a la prestación del servicio
2. El termino para la devolución de recursos si se detecta que hay apropiación indebida
3. El termino para que las EPS y las EOC cancelen al fosalud la diferencia de las cotizaciones y la UPC
4. El termino con que se cuenta para el traslado del punto de solidaridad por aportes a seguridad social al fosalud

Sobre este punto, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Tercera Subsección B con ponencia del Dr. Carlos Alberto Vargas Bautista en sentencia del 20 de junio de 2013 dentro del radicado 25000232600020090100700, Demandante: EPS ALIANSALUD S.A., Demandado: Ministerio de la Protección Social sobre el tema ahora debatido de intereses de mora adujo:

*"Teniendo en cuenta lo anterior, y en concreto de la lectura y análisis del Decreto 1281 de 2002, advierte la Sala que en el mismo no se establece un término para el pago de la cuenta de recobro una vez son presentadas ante el administrador fiduciario del Fosalud, ni tampoco que con ocasión a un pago extemporáneo de la cuenta de recobro la EPS tenga derecho a que se le reconozca por el retardo en el pago unos intereses moratorios, pues el artículo 4 del decreto en mención únicamente hace referencia a la generación de dichos intereses en caso de que se incumpla los términos previstos en el decreto, y dado que en dicha normatividad no se establece e término con el que cuenta el Fosalud para pagar el recobro, estaríamos ante un vacío legal, toda vez que en las resoluciones que regulan el procedimiento y pago de las solicitudes de recobro, no se establece nada respecto de la generación de intereses moratorios por incumplimiento de estos términos.*

*Por lo anterior, para la Sala resulta claro que no se les podría atribuir una omisión a las demandadas por el incumplimiento de sus deberes como lo alega la parte actora, al pagar tardíamente los recobros sin reconocerse intereses moratorios, toda vez que no existe norma expresa que le imponga dicha obligación a las demandadas, como precedentemente se señalaba.*

*De otra parte, cabe señalar que jurisprudencialmente la Corte Constitucional y el Consejo de Estado ha aceptado el reconocimiento por vía judicial de las cuentas de recobro no pagadas en vía administrativa por el Ministerio de la Protección Social – Fosalud, pues el hecho de que los recobros hayan sido rechazadas por el Fosalud por extemporaneidad, en manera alguna impide que la EPS acuda a la jurisdicción a efectuar reclamación por vía judicial por el no pago de las mismas, no obstante, no se ha indicado por dichas corporaciones que sea procedente un eventual reconocimiento de intereses moratorios por el pago tardío de los recobros por parte del Fosalud". (Negrilla extra texto).*

Así mismo, el Tribunal Superior de Bogotá, sala Laboral de Descongestión— mediante sentencia de 31 de mayo de 2013 (Radicado 110013105017201000267-01) por medio de la cual se resolvió el recurso de apelación incoado por ALIANSALUD EPS, en un proceso Ordinario laboral por recobros contra el Ministerio de Salud y Protección Social – FOSYGA- aludió que, **al tratarse de circunstancias no previstas por el legislador**, esto es, de las prestaciones en salud no incluidas en el plan de beneficios, **no hay lugar al reconocimiento de intereses moratorios**, pues al FOSYGA no le pueden ser aplicadas medidas sancionatorias que legalmente resultan aplicables a los eventos de reconocimiento de prestaciones asistenciales que si están inmersas en dicho plan.

Sobre el particular sostuvo:

*"Ahora bien, el artículo 4 del Decreto anteriormente mencionado (haciendo alusión al Decreto 1281 de 2002) y sobre el cual sustenta el demandante sus pedimentos indica que:*

*(...)*

*De conformidad con lo expuesto anteriormente, fácilmente se puede observar que como bien lo señaló el a quo, dicha normatividad aplica respecto del pago o giro de recursos, correspondientes a las diferentes cuentas del FOSYGA, quien además realizara el pago de los recobros a las EPS por el suministro de prestaciones que no se encuentran incluidas en el POS que fueron precisamente autorizadas por los Comités Técnico científicos u ordenadas a través de fallos de los jueces de la república en procura de la salvaguarda de los derechos fundamentales de los ciudadanos a través de los innumerables fallos de tutela, por lo que considera esta colegiatura que los presupuestos normativos bajo los cuales esta cimentada la demanda, o están acordes con el sentido que debe darse a la normatividad anteriormente señalada por cuanto dicha normatividad no admite aplicación analógica como lo pretende el demandante."*

Así las cosas, debe observarse que las normas taxativas y aplicables para recobros como la Resolución 3099 de 2008 en manera alguna alude el reconocimiento y pago de intereses de mora con cargo a los recursos del entonces FOSYGA razón por la cual se sustenta entonces su improcedencia.

Finalmente Conviene recordar que es principio general de derecho que las disposiciones sancionatorias son de **interpretación restrictiva** y por ello no admiten aplicación analógica respecto de casos no contemplados en ellas, por lo que en consecuencia no resulta procedente aplicarles INTERESES a cobros del FOSYGA por medicamentos, servicios médicos y prestaciones de salud no incluidos en el POS con cargo a la UPC.

5. Esta Defensa se opone a la pretensión de reconocimiento de costas procesales y agencias en derecho, por carecer de fundamento jurídico y fáctico en tanto no se ha desplegado ningún tipo de conducta que amerite un pronunciamiento en dicho sentido.
6. Esta Defensa se opone a la pretensión de reconocimiento de pago de intereses moratorios actualizados al índice de precios del consumidor (I.P.C),

304,

por carecer de fundamento jurídico y fáctico en tanto no se ha desplegado ningún tipo de conducta que amerite un pronunciamiento en dicho sentido

### III. FRENTE A LOS HECHOS

Debido a la enumeración realizada por la demandante en los hechos de la demanda se contestarán atendiendo una enumeración de orden lógico.

**AL HECHO PRIMERO: NO ES CIERTO**, que la entidad demandante respecto a que "autorizó" y "cubrió" la prestación de los **unos medicamentos** que, según manifiesta, no se encuentra incluido en el POS - hoy Plan de Beneficios en Salud<sup>1</sup>; lo anterior en atención a que en el trámite de auditoría se impusieron glosas que son las que se relacionan en el apoyo técnico adjunto al presente:

De lo expuesto se colige que algunos de los recobros que fueron glosados en el trámite de auditoría integral razón por la cual no cumplían con lo establecido en la normatividad para que se efectuara su reconocimiento y pago con cargo a los recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud.

**AL HECHO SEGUNDO: NO ME CONSTA**, de acuerdo con el apoyo técnico, si dichas solicitudes se originaron en virtud de órdenes del CTC, estos, no contenían ni avalaban la información requerida por la normativa vigente, según las glosas impuestas por el ente auditor, de conformidad con el apoyo técnico anexo a la presente contestación.

**AL HECHO TERCERO NO ME CONSTA**, de acuerdo con el apoyo técnico, si dichas solicitudes se originaron en virtud de órdenes del CTC, estos, no contenían ni avalaban la información requerida por la normativa vigente, según las glosas impuestas por el ente auditor, de conformidad con el apoyo técnico anexo a la presente contestación

**AL HECHO CUARTO NO ME CONSTA**, dado que es una reclamación presentada en una entidad distinta a la que represento.

**AL HECHO QUINTO NO ME CONSTA** ya que no se aporta prueba si quiera sumaria de las facturas radicadas por las IPS con el valor del recobro que indica la demandante. Así mismo mi representada desconoce la relación contractual de la EPS demandante con sus proveedores y/o prestadores de servicios de salud; razón por la cual la entidad actora debe indicar los nombres de sus prestadores a fin de que estos se sirvan informar al despacho si estaban habilitados para prestar los servicios de salud contratados. (ya que esto deriva en una causal de glosa).

**AL HECHO SEXTO NO ME CONSTA**, dado que es una reclamación presentada en una entidad distinta a la que represento.

**AL HECHO SÉPTIMO NO ME CONSTA**, toda vez que mi representada contrata la labor de auditoría integral con un tercero que se encarga de la verificación de la presentación del listado de recobros en la forma en que indica el demandante, sin embargo, el apoyo técnico aportado por el Área técnica de la ADRES, se observa que efectivamente se realizó el diligenciamiento de los formatos de radicación MYT

<sup>1</sup> De conformidad con la Resolución 6408 de 2016 "Por la cual se modifica el Plan de Beneficios en Salud con cargo a la Unidad de Pago por Capitación (UPC)"

01 y MYT 02 de solicitud, establecido por el Ministerio de la Protección Social de la siguiente manera:

TIPO DE GLOSA	ID GLOSAS	DESCRIPCION GLOSA	NUMERO_GLOSAS
GLOSA COMBINADAS	0601	La tecnología en salud recobrada está incluida en los planes de beneficios vigentes para la fecha de prestación	4
GLOSA COMBINADAS	0902	El usuario no es consistente en los diferentes soportes del recobro	3
GLOSA COMBINADAS	1-01	Solicitud de Recobro presentada en forma extemporanea de conformidad con el artículo 13 del Decreto-Ley 1281 de 2002.	34
GLOSA COMBINADAS	1-02	EL MEDICAMENTO, SERVICIO MEDICO O PRESTACION DE SALUD OBJETO DE LA SOLICITUD DE RECOBRO NO CORRESPONDA A LO ORDENADO POR EL FALLO DE TUTELA O AL AUTORIZADO POR EL COMITE TECNICO-CIENTIFICO, SEGUN EL CASO	4
GLOSA COMBINADAS	1-03	Los valores objeto de recobro ya hayan sido pagados por el Fosyga	36
GLOSA COMBINADAS	1-04	No se anexa al recobro la factura del proveedor o prestador del servicio en la que conste su cancelacion	4
GLOSA COMBINADAS	1301	El usuario se encuentra reportado fallecido en RNEC para la fecha de prestación del servicio	6
GLOSA COMBINADAS	1601	El fallo de tutela no ordena lo recobrado	5
GLOSA COMBINADAS	1705	El monto a reconocer presenta diferencias	15
GLOSA COMBINADAS	1801	La solicitud se presenta en forma extemporánea de conformidad con el artículo 111 del Decreto Ley 019 de 2012 modificatorio del artículo 13 del Decreto 1281 de 2002.	6
GLOSA COMBINADAS	1902	La orden o fórmula médica no evidencia la prescripción	15
GLOSA COMBINADAS	2-25	Cuando el usuario reportado en el recobro se registre como fallecido en la BDUA, RNEC, RUAF o en aquellas bases de datos que se utilicen para tal efecto, para la fecha de prestación del servicio	2
GLOSA COMBINADAS	2-26	Cuando el recobro sea objeto de investigaciones por parte de las autoridades judiciales o administrativas competentes	12
GLOSA COMBINADAS	2001	El Criterio Observado será incluido para el proceso de Auditoría Concurrent	6
GLOSA COMBINADAS	2101	El usuario se encuentra reportado en Régimen de Excepción	2
GLOSA COMBINADAS	3-11	El usuario reportado en el recobro no aparece en la base de datos unica de afiliados BUDA por la entidad recobrante para el periodo de la prestación del servicio	4
GLOSA COMBINADAS	3202	La tecnología en salud autorizada u ordenada, prescrita, facturada y entregada se encuentra cubierta por el POS para la fecha de prestación del servicio	2
GLOSA COMBINADAS	3301	La tecnología en salud No POS fue prescrita por el médico tratante del usuario	2
GLOSA COMBINADAS	3505	El fallo de tutela y/o sus anexos no se aporta(n), o no contiene(n) la información requerida	2



305

GLOSA COMBINADAS	3602	No se evidencia la entrega de la tecnología en salud NO POS objeto de recobro	2
GLOSA COMBINADAS	4-03	Como consecuencia del acta de CTC o fallo de tutela se incluyen prestaciones contenidas en los planes de beneficios	4
GLOSA COMBINADAS	4-05	Uno o varios items incluidos en el recobro presenta alguna causal de rechazo o devolución.	26
GLOSA COMBINADAS	4001	El recobro o la objeción se presenta fuera de los términos establecidos	3
GLOSA COMBINADAS	4203	El valor recobrado no se encuentra debidamente liquidado, soportado y conforme a la regulación vigente	3
GLOSA COMBINADAS	4206	El valor recobrado no se encuentra debidamente liquidado, soportado y conforme a la regulación vigente	2
GLOSA COMBINADAS	ANULACION	CANCELACION de la presentación de un recobro durante la AUDITORIA INTEGRAL	2
GLOSA UNICA DE EXTEMPORANEIDAD	1801	La solicitud se presenta en forma extemporánea de conformidad con el artículo 111 del Decreto Ley 019 de 2012 modificadorio del artículo 13 del Decreto 1281 de 2002.	10
OTRAS GLOSAS UNICAS	0501	No se evidencia la entrega de la tecnología en salud No POS objeto de recobro	10
OTRAS GLOSAS UNICAS	0601	La tecnología en salud recobrada está incluida en los planes de beneficios vigentes para la fecha de prestación	13
OTRAS GLOSAS UNICAS	1-01	Solicitud de Recobro presentada en forma extemporanea de conformidad con el articulo 13 del Decreto-Ley 1281 de 2002.	2
OTRAS GLOSAS UNICAS	1-02	El medicamento, servicio medico o prestacion de salud objeto de la solicitud de recobro no corresponda a lo ordenado por el fallo de tutela o al autorizado por el Comite Tecnico-Cientifico, segun el caso	10
OTRAS GLOSAS UNICAS	1-03	Los valores objeto de recobro ya hayan sido pagados por el Fosyga	8
OTRAS GLOSAS UNICAS	1601	El fallo de tutela no ordena lo recobrado	38
OTRAS GLOSAS UNICAS	1701	El monto a reconocer presenta diferencias	8
OTRAS GLOSAS UNICAS	1704	El monto a reconocer presenta diferencias	2
OTRAS GLOSAS UNICAS	1705	El monto a reconocer presenta diferencias	23
OTRAS GLOSAS UNICAS	1902	La orden o fórmula médica no evidencia la prescripción	43
OTRAS GLOSAS UNICAS	2-25	Cuando el usuario reportado en el recobro se registre como fallecido en la BDUA, RNEC, RUAF o en aquellas bases de datos que se utilicen para tal efecto, para la fecha de prestación del servicio	4
OTRAS GLOSAS UNICAS	2-26	Cuando el recobro sea objeto de investigaciones por parte de las autoridades judiciales o administrativas competentes	4
OTRAS GLOSAS UNICAS	2101	El usuario se encuentra reportado en Régimen de Excepción	4
OTRAS GLOSAS UNICAS	3002	Los datos del usuario no corresponden a los registrados en la BDUA - BDEX	2
OTRAS GLOSAS UNICAS	3301	La tecnología en salud No POS fue prescrita por el médico tratante del usuario	1

OTRAS GLOSAS UNICAS	3401	El Acta de CTC no se aporta o no contiene la información requerida por la normativa vigente	1
OTRAS GLOSAS UNICAS	3505	El fallo de tutela y/o sus anexos no se aporta(n), o no contiene(n) la información requerida	4
OTRAS GLOSAS UNICAS	3902	La tecnología en salud objeto de recobro ha sido presentada o pagada con anterioridad por el FOSYGA	1
OTRAS GLOSAS UNICAS	4-03	Como consecuencia del acta de CTC o fallo de tutela se incluyen prestaciones contenidas en los planes de beneficios	8
OTRAS GLOSAS UNICAS	4001	El recobro o la objeción se presenta fuera de los términos establecidos	4
OTRAS GLOSAS UNICAS	4201	El valor recobrado no se encuentra debidamente liquidado, soportado y conforme a la regulación vigente	2
OTRAS GLOSAS UNICAS	4203	El valor recobrado no se encuentra debidamente liquidado, soportado y conforme a la regulación vigente	17

**AL HECHO SEXTO NO NOS CONSTA;** debido a que mi representada no es quien realiza la auditoría integral a los recobros que radican las entidades prestadoras de servicios de salud ante el FOSYGA (Hoy ADRES); dicha tarea es asumida por un tercero quien, en virtud de un contrato de consultoría, realiza la auditoría integral de los recobros y como consecuencia quien emite respuesta a las solicitudes de recobro realizadas por las EPS

**AL HECHO SÉPTIMO (INDICADO EN LA DEMANDA COMO HECHO 10): NO CONSTITUYE UN HECHO,** es una afirmación de la apoderada de la parte demandante.

**AL HECHO OCTAVO (INDICADO EN LA DEMANDA COMO HECHO 11): NO NOS CONSTA;** debido a que mi representada no es quien realiza la auditoría integral a los recobros que radican las entidades prestadoras de servicios de salud ante el FOSYGA (Hoy ADRES); dicha tarea es asumida por un tercero quien, en virtud de un contrato de consultoría, realiza la auditoría integral de los recobros y como consecuencia quien emite respuesta a las solicitudes de recobro realizadas por las EPS

**AL HECHO NOVENO (INDICADO EN LA DEMANDA COMO HECHO 12): NO NOS CONSTA;** debido a que mi representada no es quien realiza la auditoría integral a los recobros que radican las entidades prestadoras de servicios de salud ante el FOSYGA (Hoy ADRES); dicha tarea es asumida por un tercero quien, en virtud de un contrato de consultoría, realiza la auditoría integral de los recobros y como consecuencia quien emite respuesta a las solicitudes de recobro realizadas por las EPS

**AL HECHO DÉCIMO (INDICADO EN LA DEMANDA COMO HECHO 13): NO NOS CONSTA;** debido a que mi representada no es quien realiza la auditoría integral a los recobros que radican las entidades prestadoras de servicios de salud ante el FOSYGA (Hoy ADRES); dicha tarea es asumida por un tercero quien, en virtud de un contrato de consultoría, realiza la auditoría integral de los recobros y como consecuencia quien emite respuesta a las solicitudes de recobro realizadas por las EPS

306.

**AL HECHO DÉCIMO PRIMERO (INDICADO EN LA DEMANDA COMO HECHO 14): NO CONSTITUYE UN HECHO,** es una afirmación de la apoderada de la parte demandante.

**AL HECHO DÉCIMO SEGUNDO (INDICADO EN LA DEMANDA COMO 15): NO ME CONSTA;** debido a que es una respuesta dada por una Entidad distinta a la que represento.

**AL HECHO DÉCIMO TERCERO (INDICADO EN LA DEMANDA COMO 16) NO ES UN CIERTO,** dado que las reclamaciones cuentan con un original y una copia que es con la que debe contar la hoy demandante; además se debe adelantar una búsqueda documental para constatar lo afirmado por la apoderada judicial

**AL HECHO DÉCIMO CUARTO (INDICADO EN LA DEMANDA COMO HECHO 17): NO CONSTITUYE UN HECHO,** es una afirmación de la apoderada de la parte demandante.

**AL HECHO DÉCIMO QUINTO (INDICADO EN LA DEMANDA COMO 18): NO ME CONSTA;** debido a que se habla de un documento radicado en una Entidad distinta a la que represento.

**AL HECHO DÉCIMO SEXTO (INDICADO EN LA DEMANDA COMO 19): NO ME CONSTA;** razón por la cual se debe adelantar una búsqueda documental del documento en mención.

**AL HECHO DÉCIMO SÉPTIMO (INDICADO EN LA DEMANDA COMO HECHO 20): NO CONSTITUYE UN HECHO,** es una afirmación de la apoderada de la parte demandante.

**AL HECHO DECIMO OCTAVO (INDICADO EN LA DEMANDA COMO HECHO 21) NO ES CIERTO,** la EPS debe probar el supuesto desgaste económico así como indicar si cuenta o no cuenta con la capacidad, el personal y la infraestructura para la atención de sus afiliados; de continuar con la pretensión de gastos administrativos derivados de su gestión, el despacho deberá poner en conocimiento de la Superintendencia Nacional de Salud dicha situación, ya que la superintendencia es la entidad encargada de la inspección, vigilancia y control de las Entidades Promotoras de Salud.

**AL HECHO DECIMO NOVENO Y VIGÉSIMO (INDICADOS EN LA DEMANDA COMO 22 Y 23): NO ES CIERTO;** como se indicó en el hecho anterior la EPS debe informar al despacho los supuestos gastos administrativos a que hace referencia, así como indicar si cuenta o no cuenta con la capacidad, el personal y la infraestructura para la atención de sus afiliados; de continuar con la pretensión de gastos administrativos derivados de su gestión, el despacho deberá poner en conocimiento de la Superintendencia Nacional de Salud dicha situación, ya que la superintendencia es la entidad encargada de la inspección, vigilancia y control de las Entidades Promotoras de Salud.

## I. MARCO LEGAL Y FUNDAMENTOS DE DEFENSA

### • DE LOS REQUISITOS NORMATIVOS PARA LA PRESENTACIÓN DE RECOBROS

En relación con los requisitos establecidos en la normatividad para la presentación y pago de los recobros, es oportuno indicar que para la época de los hechos se encontraba vigente la **Resolución No. 3099 de 2008**, las cuales establecían el procedimiento de recobro ante el entonces Fondo de Solidaridad y Garantía - FOSYGA, estableciendo una serie de requisitos generales para el proceso de verificación de los recobros, tales como:

1. Formato de solicitud de recobro.
2. Copia del Acta de Comité Técnico-Científico (CTC), o del fallo de tutela.
3. Copia de la factura de venta o documento equivalente.

Así mismo, se establecieron unos requisitos específicos para la presentación de solicitudes de recobro originadas en actas de Comité Técnico Científico - CTC, tema que nos ocupa en la presente demanda y que será objeto de análisis más adelante.

### • Normatividad sobre el tema de recobros

A continuación, se relacionan algunos de los actos administrativos que en el tiempo se han ocupado de regular el procedimiento de los recobros y en general de las reglas del SGSSS:

#### - Leyes:

- Ley 100 de 1993: Por la cual se crea el Sistema de Seguridad Social Integral y se dictan otras disposiciones.
- Ley 1122 de 2007: Por la cual se hacen algunas modificaciones en el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones,
- Ley 1393 de 2010. Por la cual se definen rentas de destinación específica para la salud, se adoptan medidas para promover actividades generadoras de recursos para la salud, para evitar la evasión y la elusión de aportes a la salud, se redireccionan recursos al interior del sistema de salud y se dictan otras disposiciones.
- Ley 1438 de 2011: Por medio de la cual se reforma el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones.
- Ley 1450 de 2011: Por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo, 2010-2014.
- Decreto Ley 1281 de 2002: Por el cual se expiden las normas que regulan los flujos de caja y la utilización oportuna y eficiente de los recursos del sector salud y su utilización en la prestación.
- Ley 1753 de 2015: Por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018 "Todos por un nuevo país".

#### - Resoluciones

- Resolución 3099 de 2008: Por la cual se reglamentan los Comités Técnico-Científicos y se establece el procedimiento de recobro ante el Fondo de Solidaridad y Garantía, FOSYGA, por concepto de suministro de medicamentos, servicios médicos y prestaciones de salud no incluidos

307

en el Plan Obligatorio de Salud, POS autorizados por Comité Técnico Científico y por fallos de tutela.

- Resolución No. 458 de 2013: Por la cual se unifica el procedimiento de recobro ante el Fondo de Solidaridad y Garantía (Fosyga) y se dictan otras disposiciones.
- Resolución No. 5395 de 2013: Por la cual se establece el procedimiento de recobro ante el Fondo de Solidaridad y Garantía (Fosyga) y se dictan otras disposiciones.

## V. EXCEPCIONES DE FONDO

### DE LAS GLOSAS IMPUESTAS A LOS RECOBROS OBJETO DE DEMANDA

#### • DE LA GLOSA POS

La Ley 100 de 1993 estableció como características del Sistema General de Seguridad Social en Salud- SGSSS<sup>2</sup> que todos los afiliados al Sistema recibirán un Plan Integral de protección de la salud, con atención preventiva, médico-quirúrgica y medicamentos esenciales, denominado Plan Obligatorio de Salud-POS, hoy Plan de Beneficios en Salud<sup>3</sup> y que por cada persona afiliada y beneficiaria, la Entidad Promotora de Salud -EPS responsable de su aseguramiento, encargada de la organización y garantía de la prestación de los servicios incluidos en dicho Plan<sup>4</sup>, recibirá un valor per cápita, denominado Unidad de Pago por Capitación - UPC, inicialmente establecida de forma periódica por el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud CNSSS<sup>5</sup>, y posteriormente por la Comisión de Regulación en Salud -CRES<sup>6</sup>. Aquí es imperativo señalar que la UPC tiene como destinación específica el financiamiento del Plan de Beneficios en Salud.

Cabe anotar que en la actualidad la revisión de la suficiencia de la UPC, es adelantada de forma anual por el Ministerio de Salud y Protección Social<sup>7</sup> a través de la Dirección de Regulación de Beneficios, Costos y Tarifas del Aseguramiento en Salud<sup>8</sup>, *"en el marco de los desarrollos académicos y experiencias internacionales relacionados con las metodologías de cálculo de primas de aseguramiento y de ajuste de riesgo"*<sup>9</sup>, con la finalidad de cubrir los gastos de las atenciones médicas para los diferentes perfiles de riesgo de la población y de incorporar los costos de administración y ventas, permitiendo un margen de utilidad y riesgo para posibles desviaciones de los costos esperados<sup>10</sup>.

Sea del caso indicar que para determinar el valor de la UPC<sup>11</sup>, se tienen en cuenta la cantidad de actividades, procedimientos o intervenciones cubiertas por el Plan de Beneficios en Salud llevados a cabo por las EPS anualmente, así como también el número de afiliados, su grupo etario, el tipo de afiliación, la zona

2 Artículo 156 de la Ley 100 de 1993

3 De conformidad con la Resolución 6408 de 2016 *"Por la cual se modifica el Plan de Beneficios en Salud con cargo a la Unidad de Pago por Capitación (UPC)"*

4 Entendido como el conjunto de servicios y tecnologías en salud descritas en la norma que lo desarrolle, estructurados sobre una concepción integral de la salud, que incluye la promoción de la salud, prevención, diagnóstico, tratamiento, rehabilitación y paliación de la enfermedad y que se constituye en un mecanismo de protección al derecho fundamental a la salud para que las Entidades Promotoras de Salud -EPS- o las entidades que hagan sus veces, garanticen el acceso a los servicios y tecnologías en salud bajo las condiciones previstas para ello en la referida norma.

5 De acuerdo con el literal f) del artículo 156 de la Ley 100 de 1993

6 Creada por la Ley 1122 de 2007, entre cuyas funciones estaba la de definir el valor de la Unidad de Pago por Capitación de cada Régimen.

7 Decreto 2560 de 2012 por el cual se suprime la CRES y traslada sus funciones al Ministerio de Salud y Protección Social

8 Artículo 7 del Decreto 2562 de 2012 crea la Dirección de Regulación de Beneficios, Costos y Tarifas del Aseguramiento, entre cuyas funciones está la de "proponer el valor de la Unidad de Pago por Capitación de cada Régimen".

9 Ministerio de Salud y Protección Social. ESTUDIO DE SUFICIENCIA Y DE LOS MECANISMOS DE AJUSTE DE RIESGO PARA EL CÁLCULO DE LA UNIDAD DE PAGO DE CAPITACIÓN PARA GARANTIZAR EL PLAN DE BENEFICIOS EN SALUD PARA EL AÑO 2016. Informe a la Comisión Asesora de Beneficios, Costos, Tarifas y Condiciones del Aseguramiento en Salud, 2016. Pág. 12.

10 De conformidad con el artículo 23 de la Ley 1438 de 2011 los gastos de administración de las EPS no podrá superar el 10% de la UPC en el Régimen Contributivo y el 8% en el Régimen Subsidiado.

11 Resolución 6411 de 2016 *"Por la cual se fija el valor de la Unidad de Pago por Capitación -UPC para la cobertura del Plan de Beneficios en Salud de los Regímenes Contributivo y Subsidiado en la vigencia 2017"*

geográfica en donde se ubican, el código de diagnóstico principal o el código del medicamento<sup>12</sup>, entre otros.

Por otra parte, es necesario señalar que el reconocimiento de las UPC a las EPS se realiza a través del proceso compensación<sup>13</sup> en el Régimen Contributivo y del giro directo por concepto de Liquidación Mensual de Afiliados – LMA<sup>14</sup> en el Régimen Subsidiado de salud.

Así pues, la garantía del acceso efectivo y de la calidad en la prestación de los servicios, tecnologías y medicamentos incluidos en el Plan de Beneficios con cargo a la UPC, le compete a las EPS, las cuales los prestan directamente o contratan los servicios de salud con instituciones prestadoras y profesionales de la salud que para ello requieran<sup>15</sup>, en desarrollo de la función indelegable de aseguramiento que recae sobre estas de conformidad con el artículo 14 de la Ley 1122 de 2007, el cual establece que les corresponde la administración del riesgo financiero y la gestión del riesgo en salud.

Adicionalmente, en relación a la función que le asiste a las EPS de garantizar la prestación del Plan de Beneficios con cargo a la UPC, es oportuno indicar que la Corte Constitucional mediante Sentencia SU-480 de 1997 *“hizo un examen de la estructura financiera del SGSSS y resaltó lo siguiente: (...) para que las EPS cumplan sus funciones, el SGSSS les reconoce una UPC por cada afiliado, cuyo valor es definido por los órganos rectores del sistema atendiendo a criterios indicados en la Ley 100; (...) la UPC debe destinarse por las EPS a garantizar el contenido del POS (...).”*

En el sub examine, debe observarse que las prestaciones objeto de recobro por parte de la EPS y de las cuales se pretende el reconocimiento y pago por parte de la entidad recobrante, se tratan de servicios y tecnologías contenidas en planes y beneficios y reconocidas a la EPS a través de la UPC, hay lugar a la imposición de la glosa correspondiente, en consideración a que no existe obligación de pagar dichas cuentas cuando las mismas se relacionan con prestaciones que:

- ✓ Se encuentran incluidas en los planes de beneficios
- ✓ Fueron reconocidas a las EPS a través de la UPC, razón por la cual, de pagarse, se estaría incurriendo un **pago doble e indebido** trasgrediendo el principio de eficiencia y el deber de protección de los recursos públicos que le compete al Estado.

Por otra parte, se hace necesario señalar que generalmente la EPS presentan recobros por suministros que se encuentran cubiertos por los Planes de Beneficios, basados por ejemplo en sentencias de tutelas, cuyas prestaciones han sido negadas por las entidades, haciendo incurrir a sus afiliados en acción judicial (fallo de tutela), cuando en primera instancia se debió haber prestado el servicio, pues constituía su obligación principal.

De lo expuesto, se evidencia que las prestaciones de servicios o tecnologías en salud cuyo pago pretende obtener la entidad recobrante ante la jurisdicción

12 Op. Cit. ESTUDIO DE SUFICIENCIA Y DE LOS MECANISMOS DE AJUSTE DE RIESGO PARA EL CÁLCULO DE LA UNIDAD DE PAGO DE CAPITACIÓN PARA GARANTIZAR EL PLAN DE BENEFICIOS EN SALUD PARA EL AÑO 2016. Información extraída de bases de datos poblacionales y de servicios que corresponden a las de prestaciones en salud reportadas por todas las aseguradoras, las de población del proceso de compensación del FOSYGA para el Régimen Contributivo y de liquidación mensual de afiliados para el Régimen Subsidiado.

13 El artículo 2.6.1.1.2.4 del Decreto 780 de 2016, señala que este proceso se adelanta con la información de los afiliados que registran las EPS y la EOC en la Base de Datos Única de Afiliados –BDUA y la información adicional que remiten estas entidades al FOSYGA para surtirlo.

14 De acuerdo con lo previsto en el artículo 2.3.2.2.6 del Decreto 780 de 2016, esta se realiza con fundamento en la información de afiliación contenida en la BDUA; la cual es actualizada por las EPS y validada por las entidades territoriales en el marco de la Resolución 4622 de 2016.

15 Artículo 179 de la Ley 100 de 1993

308,

están incluidos en el Plan de Beneficios en Salud vigente para la época de la prestación y por lo tanto no hay lugar a la procedencia de sus pretensiones, ya que no se encuentra la existencia de obligación alguna, ya que como se ha indicado, para que se efectúe el pago de los recobros con cargo a los recursos de la Entidad, estos deben i) haber surtido y cumplido con el trámite dispuesto en la normatividad sobre el tema y ii) no haber sido reconocidos a través de la UPC, lo cual aconteció en este caso y dio lugar a la imposición de las referidas glosas.

**TÉRMINOS PARA PRESENTAR LAS RECLAMACIONES**

TERMINO	NORMA	VIGENCIA
1 año	Artículo 111 del Decreto Ley 019 de 2012	Para aquellos casos en que se generó el derecho a reclamar ante el FOSYGA entre el 10 de enero de 2012 y el 8 de junio de 2015.

• **DEL PRINCIPIO DE INTEGRALIDAD**

Se debe advertir que el fallo de tutela no puede ir más allá de la amenaza o vulneración de los derechos y pretender protegerlos a futuro, pues al hacerlo desbordaría su alcance y además se incurriría en el error de otorgar prestaciones que aún indeterminadas; acceder a ello, sería conceder a futuro un tratamiento frente a condiciones médico-clínicas y de patologías desconocidas, lo cual desvirtúa la naturaleza residual de la acción.

Al respecto, la Honorable Corte Constitucional ha manifestado recientemente, en su Sentencia T469 de 2014, que: *"En este orden de ideas, por vía de la acción de tutela, el juez debe ordenar la entrega de todos los servicios médicos que sean necesarios para conservar o restablecer la salud del paciente, cuando la entidad encargada de ello no ha actuado con diligencia y ha puesto en riesgo sus derechos fundamentales, siempre que exista claridad sobre el tratamiento a seguir, a partir de lo dispuesto por el médico tratante.*

*Lo anterior ocurre, por una parte, **porque no es posible para el juez decretar un mandato futuro e incierto, pues los fallos judiciales deben ser determinables e individualizables;** y por la otra, porque en caso de no puntualizarse la orden, se estaría presumiendo la mala fe de la entidad promotora de salud, en relación con el cumplimiento de sus deberes y obligaciones para con sus afiliados, en contravía del mandato previsto en el artículo 83 de la Constitución."* (Subrayado fuera de texto)

Ahora bien, es claro que la integralidad de los servicios médicos tiene los límites propios del derecho a la salud, tales como, por ejemplo, las exclusiones de servicios y tecnologías que razonablemente existan, en la sentencia T-760 de 2008 (MP Manuel José Cepeda Espinosa), se señaló que la jurisprudencia constitucional ha considerado la posibilidad de limitar el acceso a ciertos servicios de salud a través de la acción de tutela, por cuanto se concluyó que "su exclusión no desconoce aspectos importantes de la salud o de la vida del interesado".

- **DE LA EXISTENCIA DEL HECHO O CULPA EXCLUSIVA DE LA EPS RECOBRANTE COMO CAUSAL EXONERATIVA DE RESPONSABILIDAD:**

Sobre el hecho del demandante o actor, o como se indica en otras esferas del derecho, el hecho de la "víctima" como causal exonerativa de responsabilidad, el Honorable Consejo de Estado ha indicado:

*"Cabe precisar que en los eventos en los cuales la actuación de la víctima resulta ser la causa única, exclusiva o determinante del daño, carece de relevancia la valoración de su subjetividad. Si la causalidad constituye un aspecto objetivo, material de la responsabilidad, la labor del juez frente a un daño concreto debe limitarse a verificar si dicha conducta fue o no la causa eficiente del daño, sin que para ello importe establecer si al realizarla, su autor omitió el deber objetivo de cuidado que le era exigible, o si su intervención fue involuntaria. Por tal razón, resulta más preciso señalar que la causal de exoneración de responsabilidad del demandado es el hecho de la víctima y no su culpa.<sup>16</sup>"*

Para el presente caso, la EPS demandante pretende que se declare una obligación a cargo del Estado, para lo cual alega haber sufrido un perjuicio económico que se configura en el hecho del no pago de las sumas de dinero recobradas, es decir que el objeto de esta demanda es el pago de recobros que no cumplieron con los requisitos señalados en la norma aplicable para la época en que fue realizada su auditoría, o de recobros tratan de prestaciones contenidas en planes de beneficios, o en recobros presentados extemporáneamente para trámite.

Aunado lo anterior, se concluye que los perjuicios alegados por la entidad demandante provienen exclusivamente de su actuación, ya que, de conformidad a lo indicado, los servicios de los cuales se pretende el reconocimiento y pago fueron glosados en el trámite de auditoría integral por no cumplir los requisitos exigidos para su reconocimiento.

- **SOBRE LA PRESCRIPCIÓN:**

1. **PRESCRIPCIÓN TRIENAL:**

Sobre el particular se ha pronunciado el honorable Tribunal Superior de Bogotá, en sentencias recientes que datan del 18 de junio de 2019 en radicado 110013105-00420150016402 M.P Dr. RAFAEL MORENO VARGAS en proceso de similares pretensiones e igualdad de partes procesales, indicando:

***"se hizo un análisis frente a la prescripción para lo cual señaló que la demanda se presentó el 13 de enero de 2015 y que debe aplicarse el término trienal contenido en las normas laborales, teniendo en cuenta como fecha de exigibilidad la de la prestación del servicio de salud."***

*En otro giro el Consejo de Estado en sentencia del 30 de enero 2014 radicado 25000 - 23 - 24 - 2007 - 00099 - 01 reiterada del 31 de agosto 2015, consideró*

<sup>16</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 19 de agosto de 2009, expediente 17957. Ver en el mismo sentido, Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 18 de febrero de 2010, expediente 17179.

sobre la naturaleza de las facturas y su término de prescripción lo siguiente: 2. **NATURALEZA DE LA FACTURA DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS DE SALUD Y SU PRESCRIPCIÓN.** En relación con las facturas cambiarias el código de comercio señala artículo 772 factura cambiaria es un comprobante, un título valor que el vendedor podrá librar, entregar o remitir al comprador. No podrá librarse factura cambiaria que no corresponde una venta efectiva mercancías entregadas real y materialmente al comprador artículo 779 se aplicarán las facturas cambiarias en lo pertinente las normas relativas a la letra de Cambio. Artículo 789 la acción cambiaria directa prescribe en 3 años a partir del día del vencimiento.

Esta sección en reciente Providencia se pronunció sobre la naturaleza de las facturas emitidas con ocasión del contrato de prestación de servicios de salud celebrado entre las entidades promotoras y las instituciones prestadoras de salud, en efecto en sentencia del 30 de enero 2014 expediente número 2007-00 210 - 01 consejera ponente María Elizabeth García González al resolver un asunto con aspectos fáctico jurídico semejantes al que ahora nos ocupa señaló: al respecto la sala tiene en cuenta lo siguiente el artículo 5 del decreto 183 de 1997 establece que la facturación que se presente como consecuencia de la compra venta de servicios médicos entre las entidades promotoras, instituciones prestadoras de servicios de salud entre sí, deberá sujetarse una misma codificación que acuerden éstas a través de las principales entidades que las agrupa, de no ser adoptada será establecida por el Ministerio de salud, será de obligatorio cumplimiento para las EPS e IPS públicas o privadas. El artículo 772 del código comercio define la factura como título valor que el vendedor o prestador del servicio podrá librar y entregar o remitir al comprador o beneficiario del servicio. No podrá librarse factura alguna que no corresponde a bienes entregados real y materialmente o a servicios efectivamente prestados en virtud del contrato verbal o escrito.

Señala el Consejo de Estado: de las normas transcritas infiere la sala que el prestador del servicio de salud deberá expedir verdaderos títulos quirografarios denominados facturas a las eps como consecuencia de la compraventa del servicio mencionado con el propósito de que las mismas sean pagadas en los términos y bajo el procedimiento establecido en la ley. Estos títulos valores facturas para su validez y eficacia deberán reunir los requisitos previstos en artículo 621 y 774 del código comercio, así como los consagrados en el artículo 617 del estatuto tributario. Así mismo se encarga de reconocerlo la apelante cuando señala en su recurso de apelación que las facturas de venta allegadas contienen en su totalidad los requisitos exigidos por el estatuto tributario y fueron radicadas en la eps.

Enfatiza la sala que Observa que, entre las partes procesales en el presente caso, existe una verdadera relación comercial que llevó a la demandante a expedir facturas por la prestación del servicio de salud que tenían el carácter de cambiaria de compraventa y se asimilaban en todos sus efectos a una letra de Cambio.

Por tal motivo señala el consejo de estado, la acción que surge en el presente evento no es la ejecutiva como lo señala la recurrente sino la prevista en el artículo 780 del estatuto mercantil denominada acción cambiaria que goza de un término de prescripción de tres años y que surge en el momento en que el tenedor legítimo de un título valor no tiene en forma voluntaria el pago de las obligaciones allí incorporadas, en consecuencia considera la sala que habiéndose

emitido la factura en los meses de septiembre octubre y noviembre del año 2001 y presentada la reclamación para su pago en sede administrativa ante el agente liquidador el 21 de febrero del año 2005, folio 231 del cuaderno 1 la acción cambiaria correspondiente se encontraba prescrita para la fecha del reclamo y no le era permitido al servidor público reconocer y pagar obligaciones prescritas, so pena de comprometer su responsabilidad fiscal y disciplinaria.

En este orden reitera el Consejo de Estado, que las facturas emitidas con ocasión del contrato de prestación de servicios de salud son títulos valores que para su validez y eficacia debe reunir los requisitos previstos en la ley y que prescriben en 3 años.

**En ese sentido estima esta sala que el término de prescripción que debe contabilizarse para efectos de la acción judicial es el de 3 años, de tal modo que para estos precisos eventos el término prescriptivo comienza a correr a partir de la fecha de la generación o establecimiento de la obligación de pago de la fecha de radicación de la factura o de la ocurrencia del evento según corresponda, siempre y cuando ésta se haya efectuado en el término máximo de un año a partir de la prestación o generación del servicio de salud momento en que se considera empieza a contarse el término prescriptivo ello en virtud de que el reclamo se surte por una única vez en los términos de las referidas disposiciones regulatorias de los términos prescriptivos.**

**Es por ello que no puede ser de recibo lo expuesto por la apoderada de la parte actora en el sentido de contabilizar el término de la prescripción a partir del momento en que se dio contestación al trámite de recobro con las glosas."**

En tal sentido, es de precisar que los recobros presentados, datan de prestaciones del año 2014 hacia atrás, por lo cual aquellos recobros en los cuales la fecha de prestación del servicio sea anterior al 22 de enero de 2016 se encontrarían prescritos, toda vez que la demanda fue presentada el 22 de enero de 2019.

## 2. PRESCRIPCIÓN ESPECIAL

Para resolver este punto menester es observar que el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, manifestó que no es posible aplicar el artículo 151 del C.P.L, pues si bien el consejo Superior de la J. asignó el conocimiento de los conflictos jurídicos a la jurisdicción ordinaria (en ese momento) lo cierto, es que para los recobros y las reclamaciones existe una normatividad propia que imposibilita al juez laboral de hacer inescindibilidad de las normas aplicando solo lo que le favorezca a la parte demandante, para lo cual se trae la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, Ponente Marleny Rueda Olarte; proceso 11001310501220140042101 de 14 de noviembre de 2017, donde la Corporación concluyó lo siguiente:

*"se aplica entonces como veníamos diciendo el artículo 122 del Decreto 019 de 2012 reglamentado por el decreto 1865 de 2012 y desarrollado por la Resolución del MSPS 2977 de 2012 en donde se establece el procedimiento para saneamiento de cuentas por recobro y sin duda alguna se estipula el termino de caducidad que contempla la Ley para la reparación directa del C.C.A. que es de 2 años tal como lo señala el juez de 1ra instancia.*

*Dicha norma aplicadas por el juez y con la que se encuentra inconforme la parte actora, para la sala es la que aplica en este específico caso, de 2 años, pues no puede dársele el tratamiento de un proceso ordinario, dado que en virtud de la decisión del Consejo Superior de la Judicatura, la que alude el juez este tema fue asignado a la jurisdicción laboral ordinaria, para ser tramitado como un proceso ordinario, pero deben aplicarse las normas expresas que existan para este tipo de recobros.*

*Así las cosas, comoquiera que la demanda se presentó el 7 de mayo de 2015, se encuentran **prescritas las facturas objeto de recobros causados con anterioridad al 7 de mayo de 2013**"*

Por lo expuesto, y conforme a la citada jurisprudencia, que aplica las normas dispuestas para los RECOBROS se solicita al Despacho verificar el apoyo técnico, especialmente la pestaña denominada "Detalle" que en la columna AH relaciona la fecha de prestación del servicio (fecha de causación del recobro), de donde se deriva, que la demanda tuvo que haber sido incoada dentro de los **dos años siguientes**, y de no haber sido así, simplemente tampoco por vía judicial es factible su reconocimiento conforme lo sostuvo el Tribunal Superior de Bogotá, máxime que aquí resulta totalmente aplicable dicho pronunciamiento, en la medida en que estos recobros fueron objeto de glosa transversal o divergencia recurrente.

#### • IMPROCEDENCIA DEL PAGO DE INTERESES MORATORIOS

Sobre el particular el Tribunal Superior de Bogotá, sala Laboral de Descongestión- mediante sentencia de 31 de mayo de 2013 (Radicado 110013105017201000267-01) por medio de la cual se resolvió el recurso de apelación incoado por Sanitas EPS, en un proceso Ordinario laboral por recobros contra el Ministerio de Salud y Protección Social - FOSYGA- aludió que, al tratarse de circunstancias no previstas por el legislador, esto es, de las prestaciones en salud no incluidas en el plan de beneficios, no hay lugar al reconocimiento de intereses moratorios, pues al FOSYGA no le pueden ser aplicadas medidas sancionatorias que legalmente resultan aplicables a los eventos de reconocimiento de prestaciones asistenciales que si están inmersas en dicho plan.

Al respecto, sostuvo:

*"Ahora bien, el artículo 4 del Decreto anteriormente mencionado (haciendo alusión al Decreto 1281 de 2002) y sobre el cual sustenta el demandante sus pedimentos indica que*

*(...)*

*De conformidad con lo expuesto anteriormente, fácilmente se puede observar que como bien lo señaló el a quo, dicha normatividad aplica respecto del pago o giro de recursos, correspondientes a las diferentes cuentas del FOSYGA, quien además realizara el pago de los recobros a las EPS por el suministro de prestaciones que no se encuentran incluidas en el POS que fueron precisamente autorizadas por los Comités Técnico científicos u ordenadas a través de fallos de los jueces de la república en procura de la salvaguarda de los derechos fundamentales de los ciudadanos a través de los innumerables fallos de tutela, por lo que considera esta colegiatura que los presupuestos normativos bajo los cuales esta cimentada la demanda, o están acordes con el sentido que*

*debe darse a la normatividad anteriormente señalada por cuanto dicha normatividad no admite aplicación analógica como lo pretende el demandante."*

Y es que si se mira con atención el Decreto 1281 de 2002, por medio del cual se expidieron las normas que regulan los flujos de caja y la utilización oportuna y eficiente de los recursos del sector salud, dicha normativa tuvo una razón de ser y no es otra distinta a la facultad extraordinaria que dispuso el congreso a través de la ley 715 de 2001 para que el presidente en el término de 6 meses expidiera normas encaminadas a regular los flujos de caja, la utilización oportuna del sector salud y la utilización de la prestación del servicio a la población del país, PRESTACIÓN está que vale la pena decir, se encuentra bajo la titularidad de las EPS y las IPS, y entonces si se atiende el contenido de esa norma y no un artículo aislado, se alude en materia de dinero a:

- LOS RENDIMIENTOS FINANCIEROS POR COTIZACIONES (que son recaudados por la EPS y las EOC)
- EL REINTEGRO DE LOS RECURSOS APROPIADOS O RECONOCIDOS SIN JUSTA CAUSA (para el evento en que las EPS o EOC no entreguen dineros de las cotizaciones a los administradores en este caso el FOSYGA quien al exigir su reembolso puede aplicar el cobro de intereses dispuestos por la DIAN, y en el caso que se deba a circunstancias ajenas a su control, con la indexación del IPC)

El FOSYGA hoy ADRES en el contexto de esa norma solo funge como el ente que detecta que hay una apropiación sin justa causa y debe ser el responsable de ORDENAR EL REINTEGRO RESPECTIVO, mas no se menciona que el FOSYGA realice alguna apropiación de recursos.

Es en concordancia con esa norma (art. 3), el artículo 4 dice que, el incumplimiento de los plazos previstos para el pago o giro (DEVOLUCION DE LOS RECURSOS QUE TRATA ESE DECERETO) o sea, los ingresos por cotizaciones de las EPS o las EOC y demás entidades LLAMADAS A COMPENSAR causará intereses moratorios a favor de quien debió recibirlos (ES DECIR EL ENTE ADMINISTRADOR, HOY ADRES) y dispone de qué manera proceden esos intereses.

Igualmente, y en concordancia con el artículo 4, el articulo 5 indica que hacen parte del sector salud los regímenes especiales o de excepción y por ende tendrán el control de:

- AFILIACIÓN
- ESTADO DE SALUD
- RECURSOS

Y responderán por su reporte efectivo. De tal suerte que si se evidencia igualmente que hay apropiación de dichos recursos procede su devolución con intereses en los términos del artículo 4.

Tan clara es la directriz de destinatarios de la norma que en lo que atañe al Ministerio de salud se indica que este definirá las características del sistema de información necesarias para el control de esos recursos, e igualmente a la superintendencia de salud.

311

El artículo 6, dispone la existencia de unas bases de datos de información que, precisamente permitan mantener el control sobre los recursos y que no haya pagos indebidos, y el artículo 13, de la citada normatividad impone un término para los cobros con cargo a los recursos del FOSYGA, indicando de cualquier tipo de cobro o reclamación que debiere adelantarse ante el FOSYGA debe hacerse dentro de los meses siguientes a su generación u ocurrencia del evento, sin que la norma disponga un término en el que el entonces FOSYGA debía efectuar dicho pago.

Es más, en materia de recobros y reclamaciones cada resolución contempló los términos respectivos para que las EPS radicarán, por tratarse de un asunto distinto al regulado por el Decreto 1281 de 2002.

Teniendo en cuenta lo hasta aquí expuesto entonces es menester observar que la disposición que concedió la facultada extraordinaria al presidente fue demandada y la corte Constitucional en sentencia C- 1028 de 2002 la declaró exequible porque ordenaba 3 puntos concretos que debían ser regulados por el ejecutivo, y así lo sostuvo dicha corporación:

- FLUJOS DE CAJA
- UTILIZACIÓN OPORTUNA Y EFICIENTE DE OS RECURSOS DEL SECTOR SALUD
- UTILIZACIÓN DE LA PRESTACIÓN DE LOS SERVICIOS A LOS HABITANTES DEL PAÍS

Y específicamente frente a los flujos de caja dicha corporación sostuvo:

*"la regulación de los flujos de caja está referida al manejo eficiente de los recursos del sector de la salud en el ámbito territorial en procura del mejoramiento sustancial en la calidad de vida de la comunidad, emitiendo un mayor acceso a los servicios que debe prestar el estado en el campo de la salud" de donde se deriva una referencia clara en materia PRESTACIONAL, y no de las acciones que adelantaba el FOSYGA hoy ADRES.*

Vale la pena destacar que el artículo 4º habla de la aplicación de intereses para los términos que dispone el Decreto y si se analiza el decreto, solo se evidencia 4 tipo de términos.

1. El tiempo de radicación de las EPS que corresponde a los 6 meses siguientes a la prestación del servicio
2. El termino para la devolución de recursos si se detecta que hay apropiación indebida
3. El termino para que las EPS y las EOC cancelen al fosalud la diferencia de las cotizaciones y la UPC
4. El termino con que se cuenta para el traslado del punto de solidaridad por aportes a seguridad social al fosalud

Así al no aludirse de forma taxativa la aplicación de términos para el pago de recobros mal haría el operador judicial en proferir una condena que la Ley no le autoriza máxime cuando están en riesgo recursos del SGSSS.

Sobre este punto, el H. Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Tercera Subsección B con ponencia del Dr. Carlos Alberto Vargas Bautista en

sentencia del 20 de junio de 2013 dentro del radicado 25000232600020090100700, Demandante: EPS SANITAS S.A., Demandado: Ministerio de la Protección Social sobre el tema ahora debatido de intereses de mora adujo:

*"Teniendo en cuenta lo anterior, y en concreto de la lectura y análisis del Decreto 1281 de 2002, advierte la Sala que en el mismo no se establece un término para el pago de la cuenta de recobro una vez son presentadas ante el administrador fiduciario del Fosyga, **ni tampoco que con ocasión a un pago extemporáneo de la cuenta de recobro la EPS tenga derecho a que se le reconozca por el retardo en el pago unos intereses moratorios**, pues el artículo 4 del decreto en mención únicamente hace referencia a la generación de dichos intereses en caso de que se incumpla los términos previstos en el decreto, y dado que en dicha normatividad no se establece e término con el que cuenta el Fosyga para pagar el recobro, estaríamos ante un vacío legal, toda vez que en las resoluciones que regulan el procedimiento y pago de las solicitudes de recobro, **no se establece nada respecto de la generación de intereses moratorios por incumplimiento de estos términos.***

***Por lo anterior, para la Sala resulta claro que no se les podría atribuir una omisión a las demandadas por el incumplimiento de sus deberes como lo alega la parte actora, al pagar tardíamente los recobros sin reconocerse intereses moratorios, toda vez que no existe norma expresa que les imponga dicha obligación a las demandadas, como precedentemente se señalaba.***

*De otra parte, cabe señalar que jurisprudencialmente la Corte Constitucional y el Consejo de Estado ha aceptado el reconocimiento por vía judicial de las cuentas de recobro no pagadas en vía administrativa por el Ministerio de la Protección Social - Fosyga, pues el hecho de que los recobros hayan sido rechazadas por el Fosyga por extemporaneidad, en manera alguna impide que la EPS acuda a la jurisdicción a efectuar reclamación por vía judicial por el no pago de las mismas, no obstante, no se ha indicado por dichas corporaciones que sea procedente un eventual reconocimiento de intereses moratorios por el pago tardío de los recobros por parte del Fosyga". (Negrilla extra texto).*

Así las cosas, debe observarse que las normas taxativas y aplicables para recobros como la Resolución 3099 de 2008 en manera alguna alude el reconocimiento y pago de intereses de mora con cargo a los recursos del entonces FOSYGA razón por la cual se sustenta entonces su improcedencia

Finalmente Conviene recordar que es principio general de derecho que las disposiciones sancionatorias son de interpretación restrictiva y por ello no admiten aplicación analógica respecto de casos no contemplados en ellas, por lo que en consecuencia no resulta procedente aplicarles INTERESES a cobros del FOSYGA por medicamentos, servicios médicos y prestaciones de salud no incluidos en el POS con cargo a la UPC.

- **LA INDEXACIÓN DE LAS SUMAS DE DINERO SOLICITADAS ES UN COMPONENTE DEL INTERÉS MERCANTIL.**

La indexación es una corrección monetaria la cual atiende al fenómeno económico de la inflación, y por medio del cual se revalorizan las obligaciones

312

dinerarias ante la pérdida de poder adquisitivo de la moneda, criterio que comparte la H. Corte Suprema de Justicia al exponer:

*"La indización o indexación, siempre ha sido, sin lugar a dudas, una medida excepcional. Es la respuesta del derecho, legislado y jurisprudencial, al fenómeno de la 'inflación'. Un mecanismo de revalorización de ciertas obligaciones dinerarias, cuyo objetivo es poner en equilibrio la ecuación económica gravemente desbalanceada por una fuerte pérdida del poder adquisitivo del peso, de la cual se beneficiaría al deudor de ella ante la consecencial depreciación de su prestación, con claro detrimento del acreedor; quien en últimas se vería obligado, en virtud de unas reglas jurídicas nominalistas, a recibir un pago incompleto."*<sup>17</sup>

De manera, que la indexación es la corrección monetaria que se presenta como consecuencia de la pérdida del poder adquisitivo del dinero como consecuencia de la inflación.

Por su parte, en el caso que nos ocupa, de conformidad con las pretensiones de la demanda los intereses solicitados son aquellos denominados como intereses de mora, el cual es entendido como el valor de indemnización de los perjuicios por la mora, criterio que comparte la doctrina al exponer:

*"El interés es el costo del dinero en una unidad determinada de tiempo. También puede entenderse como el fruto civil de un capital exigible (art. 717 del C.C.), o como el valor de la indemnización de los perjuicios por la mora, si la obligación es de pagar una cantidad de dinero (art. 1617 del C.C.)"*<sup>18</sup>

Ahora bien, frente a los intereses, la actora fundamenta su petición en el artículo cuarto del Decreto 1281 de 2002, el cual dispone lo siguiente:

**"Artículo 4º. Intereses moratorios.** El incumplimiento de los plazos previstos para el pago o giro de los recursos de que trata este decreto causará intereses moratorios a favor de quien debió recibirlos, liquidados a la tasa de interés moratorio **establecida para los tributos administrados por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales.**" (Resaltado ajeno al texto)

Así, es necesario analizar el tipo de tasa dispuesta en el artículo 365 del Estatuto Tributario, el cual dispone:

**ARTICULO 635. DETERMINACIÓN DE LA TASA DE INTERÉS MORATORIO.** <Artículo modificado por el artículo 141 de la Ley 1607 de 2012. El nuevo texto es el siguiente:> Para efectos de las obligaciones administradas por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, el interés moratorio se liquidará diariamente a la tasa de interés diario que sea **equivalente a la tasa de usura vigente determinada por la Superintendencia Financiera de Colombia para las modalidades de crédito de consumo.**

<sup>17</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, M.P. Carlos Isaac Nader, Sentencia de agosto 18 de 1990, Exp. 11818.

<sup>18</sup> Henry Alberto Becerra León, DERECHO COMERCIAL DE LOS TÍTULOS VALORES, Ediciones Doctrina y Ley Ltda. Quinta Edición, Bogotá D.C., Pág. 127.

(...)” (Resaltado ajeno al texto)

De acuerdo a lo anterior, la tasa de interés que nos corresponde analizar no es otra que el interés bancario para créditos de consumo, es decir, se trata de un interés comercial, como lo es el interés bancario corriente certificado por la Superintendencia Financiera, y el cual incorpora determinados elementos a saber:

- Una proporción que corresponde al costo del dinero.
- Una tasa de riesgo que cubre el riesgo asumido por el acreedor.
- Gastos de la operación de crédito.
- **Un porcentaje destinado a compensar la pérdida del poder adquisitivo del dinero como consecuencia de la inflación.**

Debido a lo anterior, en el caso que nos ocupa el actor no puede solicitar que se ordene la indexación del dinero, y al mismo tiempo que se condene al pago de los intereses ordenados en el artículo cuarto del Decreto 1281 de 2002, ya que tal pretensión atendería una doble indemnización a favor del actor, criterio que comparte la H. Corte Suprema de Justicia al exponer:

*“Ésta ha sido, cumple memorarlo, la doctrina prevalente de la Corte, con arreglo a la cual se ha precisado que, cuando se trata de intereses legales de carácter mercantil, la tasa certificada por la Superintendencia Bancaria **‘incluye por principio el resarcimiento inherente a la pérdida del poder adquisitivo del dinero’**, pues **aquella refleja el promedio de las tasas que en un determinado período cobran los bancos a sus clientes en las operaciones activas de crédito**, las que comprenden **‘por sobre el denominado costo financiero estricto, un precio justo que al segundo –banco– le permita cubrir sus expensas operativas, crear reservas para hacerle frente a los riesgos en los que la depreciación monetaria juega sin duda un papel preponderante y obtener, en fin, un razonable aprovechamiento empresarial.’** De ahí entonces, que no sería **‘justo ni equitativo, esta vez con el deudor, hacer gravitar nuevamente y de manera arbitraria el deterioro del signo monetario, imponiéndole una condena adicional que vendría a hacerlo soportar un doble pago del mismo concepto por la vía de la revaluación de la suma líquida adeudada...**”<sup>19</sup> (Negrilla ajena al texto)*

En el mismo sentido, ha expresado la doctrina:

*“Teniendo en cuenta que los intereses comerciales involucran la pérdida de poder adquisitivo del dinero por la inflación, no pueden, entonces, acumularse intereses comerciales e indexación, porque el pago de los intereses comprende la corrección cometaria, lo cual equivaldría a pagar doblemente el mismo concepto. Se estaría reconociendo dos veces la inflación.”<sup>20</sup>*

Por lo tanto, en el evento de considerar que la existencia de la obligación el presunto incumplimiento en el pago de los recobros, no se podrá ordenar la condena al pago de intereses mercantiles, acumulándose al mismo tiempo, la

<sup>19</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, M.P. Carlos Ignacio Jaramillo, Sentencia de noviembre 19 de 2001, Exp. 6094.

<sup>20</sup> Henry Alberto Becerra León, DERECHO COMERCIAL DE LOS TÍTULOS VALORES, Ediciones Doctrina y Ley Ltda. Quinta Edición, Bogotá D.C., Pág. 148.

condena al pago de la indexación, pues tal condena acumulada no atendería a una indemnización plena y si por el contrario sería inequitativa en contra de la ADRES.

• **DEL ASEGURAMIENTO EN SALUD Y SU RECONOCIMIENTO:**

El artículo 178 de la Ley 100 de 1993, establece que le corresponde a las Entidades Promotoras de Salud -EPS "*Organizar la forma y mecanismos a través de los cuales los afiliados y sus familias puedan acceder a los servicios de salud en todo el territorio nacional*". A su vez, el artículo 179 de la Ley 100 de 1993, dispone que: "*(...) las Entidades Promotoras de Salud prestarán directamente o contratarán los servicios de salud con las Instituciones Prestadoras y los profesionales. Para racionalizar la demanda por servicios, las Entidades Promotoras de Salud podrán adoptar modalidades de contratación y pago tales como capitación, protocolos o presupuestos globales fijos, de tal manera que incentiven las actividades de promoción y prevención y el control de costos (...)*".

Frente al aseguramiento en salud de sus afiliados, la Ley 1122 del 2007 en su artículo 14, estipula:

*"Para efectos de esta ley entiéndase por aseguramiento en salud, la administración del riesgo financiero, la gestión del riesgo en salud, la articulación de los servicios que garantice el acceso efectivo, la garantía de la calidad en la prestación de los servicios de salud y la representación del afiliado ante el prestador y los demás actores sin perjuicio de la autonomía del usuario. Lo anterior exige que el asegurador asuma el riesgo transferido por el usuario y cumpla con las obligaciones establecidas en los Planes Obligatorios de Salud.*

**Las Entidades Promotoras de Salud en cada régimen son las responsables de cumplir con las funciones indelegables del aseguramiento.** (Negrilla y subrayado fuera de texto)

En la norma transcrita, se resalta la función indelegable de aseguramiento que cumplen las EPS dentro del Sistema General de Seguridad Social en Salud, razón por la cual tienen a su cargo **la administración del riesgo financiero y la gestión del riesgo en salud**, esto es, están obligadas a atender todas las contingencias que se presenten en la prestación del servicio de salud.

Así las cosas, es necesario hacer énfasis en que las EPS tienen la obligación de garantizar la prestación del servicio de salud de sus afiliados, para lo cual pueden conformar libremente su red de prestadores, proveedores y profesionales de la salud y personal administrativo, por tal razón el reconocimiento que se hace por UPC incluye un competente relativo a los gastos de administración en los que incurren las EPS, que se distribuye conforme lo establecido en el artículo 23 de la ley 1438 de 2011, dentro de este componente se encuentran los costos que demanda la organización de la prestación del servicio público de salud a los afiliados en todo el territorio nacional, sin realizar distinción alguna en cuanto a los servicios de salud incluidos o no incluidos en el POS ahora PBS.

## VI. PETICIÓN

Con fundamento en lo indicado, así como en las razones que el Honorable Juez considere pertinentes para llegar a la conclusión a la que aquí se arriba, le solicito comedidamente, exonerar a la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud –ADRES de las pretensiones incoadas por la entidad demandante y en su lugar declarar la no prosperidad de las mismas y desestimar los cargos.

## VII. PRUEBAS

### Documentales:

CD con el siguiente contenido:

1. Acuerdo 08 de 1994 - CNSSS
2. Acuerdo 08 de 2009 - CRES
3. Acuerdo 029 de 2011 - CRES – Documento Técnico - Actualización Integral del POS del SGSSS 2011
4. Acuerdo 029 de 2011 - CRES
5. Acuerdo 260 de 2004
6. Contrato Consultoría 0043 de 2013 Unión Temporal FOSYGA 2014
7. Decreto 347 de 2013 - Por el cual se reglamenta el inciso 4o del artículo 11 de la Ley 1608 de 2013
8. Decreto 806 de 1998 - por el cual se reglamenta la afiliación al Régimen de Seguridad Social en Salud y la prestación de los beneficios
9. Decreto 1681 de 2015 - Por el cual se reglamenta la Subcuenta de Garantías para la Salud del FOSYGA
10. Decreto 2560 de 2012 - Por el cual se suprime la Comisión de Regulación en Salud (CRES)
11. Decreto 4747 de 2007 - Por medio del cual se regulan algunos aspectos de las relaciones entre los prestadores de servicios de salud y las entidades responsables del pago
12. Decreto Ley 1281 de 2002
13. Guía informativa del Régimen Contributivo
14. Resolución 1822 de 2012 - Por la cual se definen los términos, requisitos y formatos de que trata el artículo 3° del Decreto 1377 de 2012
15. Resolución 2729 de 2013
16. Resolución 4251 de 2012 - Por la cual se modifica el artículo 4o de la Resolución número 2977 de 2012 y se dictan otras disposiciones
17. Resolución 5521 de 2013 - Por la cual se define, aclara y actualiza integralmente el Plan Obligatorio de Salud (POS)
18. Resolución N° 5261 de 1994 - Por la cual se establece el Manual de Actividades – MAPIPOS
19. Manuales Operativo de Medicamentos y Tutelas; y el de Auditoria Integral de Recobros por Tecnologías NO POS, ambos publicados en la página web del Fosyga, Página [www.fosyga.gov.co](http://www.fosyga.gov.co) – link: Trámites – Manuales, búsqueda: MYT- Manual de Auditoria Integral de Recobros por Tecnologías No POS Versión 02 de Mayo de 2015).
20. Resolución 3099 de 2008 - Por la cual se reglamentan los Comités Técnico-Científicos y se establece el procedimiento de recobro ante el Fondo de Solidaridad y Garantía, FOSYGA, por concepto de suministro de medicamentos, servicios médicos y prestaciones de salud no

Atención al Ciudadano: Av. Calle 26 # 69 - 76 Torre I, Piso 17, Bogotá D.C.

Teléfonos: 01 8000 423737 - Bogotá: 4322760

[www.adres.gov.co](http://www.adres.gov.co)

incluidos en el Plan Obligatorio de Salud, POS autorizados por Comité Técnico Científico y por fallos de tutela.

21. Apoyo técnico emitido por la Dirección de Tecnología en la cual informa el estado, encabezado, pagos, glosas y el consolidado de estos datos, sobre los recobros objeto de la demanda, en Excel y Word.

#### **IX. ANEXOS**

- Los relacionados en el acápite de pruebas.
- Poder legalmente conferido por el jefe de la Oficina Asesora Jurídica de la ADRES
- Ley 1753 de 2015 Por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018.
- Decreto 1429 de 2016 -Por la cual se modifica la estructura de la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud-ADRES y se dictan otras disposiciones.
- Resolución 101 del 3 de agosto de 2017-Por el cual se delegan unas funciones y se dictan otras disposiciones.
- Resolución N° 009 de 2019 -Nombramiento Jefe Oficina Asesora Jurídica de la ADRES.
- Acta de Posesión 001 de 2019 Jefe Oficina Asesora Jurídica de la ADRES.

#### **X. NOTIFICACIONES**

La Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud – ADRES recibe notificaciones en la Avenida Calle 26 N° 69 - 76 Torre 1, Piso 17, Edificio Elemento en Bogotá D.C.- Correo electrónico para notificaciones judiciales es: [notificaciones.judiciales@adres.gov.co](mailto:notificaciones.judiciales@adres.gov.co), teléfono: 4322760 Ext. 1767 – 1771 y el suscrito apoderado en el correo [luis.figueroa@adres.gov.co](mailto:luis.figueroa@adres.gov.co) Cel. 3144608276.

Del Señor Juez,

**LUIS GIOVANNY FIGUEROA VELOZA**  
C.C. No. 80.166.731 de Bogotá  
T.P. 203.450 del C.S.J.