Ficha de conciliación Judicial

Información del proceso judicial asociado a la ficha

Número de la ficha:	53907
Elaborada por:	Cristian David Paez Paez (ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD)
Código único del proceso:	11001310503320190020200
Jurisdicción:	ORDINARIO LABORAL
Tipo de acción o medio de control:	ORDINARIO LABORAL
Despacho actual:	JUZGADO 33 LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTA
Valor económico inicial:	$67.215.842,00
Valor económico indexado:	$69.884.162,62
Última actuación:	PRESENTACION DE LA SUBSANACION DE CONTESTACION DE LA DEMANDA

Partes del proceso o caso:

Tipo de parte procesal	Tipo de documento	Identificación	Nombre/Razón social	Calidad
OTRA PARTE	Número de	800251440	sanitas	DEMANDANTE
ENTIDAD	Número de	901037916	ADMINISTRADORA DE LOS	DEMANDADO
ENTIDAD	Número de	900474727	MINISTERIO DE SALUD Y	DEMANDADO

Fecha de los hechos:	2019/08/08

Hechos:

se trata de un asunto Obtener a través de la via judicial el reconocimiento y pago de las sumas de dinero que fueron asumidas por EPS Sanitas S.A.S., en raz6n de la cobertura efectiva de tecnologías no incorporadas en el Plan Obligatorio de Salud -POS- (hoy Plan de Beneficios), y en consecuencia, no financiadas en las unidades de pago por capitación -UPC-, como quiera que (estas fueron requeridas por algunos usuarios y su valor fue asumido integralmente por mi representada con Sus propios recursos. Lo anterior no sin antes destacar que las mencionadas tecnologías se entregaron en cumplimiento de fallos proferidos como resultado de acciones de tutela y/o en atención a las autorizaciones

emitidas por el entonces Comité Técnico Científico (CTC), y, Que pese a que tales montos inicialmente fueron reclamados por CPS Sanitas S.A.S., a trav(s def procedimiento administrativo especial de recobro, estos fueron negados por parte del Ministerio de Salud y Protecci6n Social, a través del administrador fiduciario del FOSYGA, mediante la imposición de glosas injustificadas.

Causas y Subcausas:

Entidad	Causa	Subcausa
ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL	INCUMPLIMIENTO EN EL RECONOCIMIENTO	RECOBROS

Valor económico del proceso o caso

Pretensiones:

Tipo de pretensión	Unidad monetaria	Valor
DAÑO MATERIAL - LUCRO CESANTE	PESOS	67.215.842,00

Descripción adicional del proceso por parte del abogado

Hechos - Complemento a los descritos en el registro relacionado:

La demandante expuso como hechos los siguientes:

- La EPS SANITAS garantizando el derecho fundamental de la vida, autorizó y cubrió la prestación de 397 tecnologías no incluidas en el POS en virtud de las autorizaciones impartidas por fallos de tutela y en virtud de autorizaciones emitidas por el Comité Técnico Científico -CTC.

- Una vez prestado el servicio, las IPS radicaron ante la parte actora las facturas de venta, acompañándola de los respectivos soportes. En razón a esto, la EPS procedió a pagar cada una de las facturas radicadas.

- Teniendo en cuenta que las tecnologías no estaban incluidas en el POS, la EPS SANITAS radicó el respectivo recobro ante el FOSYGA, cumpliendo la totalidad de los requisitos exigidos en el ordenamiento jurídico.

- En los formatos establecidos para tal efecto, la EPS presentó 4 tecnologías de las 397 mediante el diligenciamiento del formato MYT01 y MYT02, y pese a que se trató de tecnologías no incluidas en el POS, el Ministerio de Salud y Protección Social representado por el Consorcio Administrador del Fosyga glosó cada uno de los recobros reclamados.

- Atendiendo a la convocatoria del Ministerio de Salud y Protección Social, la cual consistía en tramitar solicitudes de recobro que ya habían sido radicadas y glosadas, la EPS presentó por segunda vez la reclamación de los 4 ítems indicados en el numeral anterior, y adicionalmente, efectuó por primera vez la radicación de 393 ítems.

- Pese a que se trataron de tecnologías no incluidas en el POS El Ministerio de Salud y Protección Social representado por el administrador del FOSYGA negó los recobros y por ende su reconocimiento y pago.

- Por tratarse de glosas infundadas la EPS SANITAS mediante el formato MYT04 objetó alguna de las glosas realizando las aclaraciones y/o correcciones, sin embargo, el Ministerio de Salud y Protección Social ratificó las mismas.

- La parte actora recibió el resultado de la auditoría correspondiente a los 397 ítems contenidos en 325 recobros, de la siguiente manera:

- Los 397 ítems contenidos en 325 recobros representan un derecho económico a la EPS demandante el cual asciende a la suma de $61.105.311

- Con la negativa del Administrador del FOSYGA a cancelar los recobros, se puso fin a la actuación administrativa correspondiente y por ende se agotó el requisito de procedibilidad.

- El 21 de diciembre de 2018 se efectuó la reclamación contentiva de estas pretensiones con destino a la ADRES.

- Los gastos administrativos se ven reflejados en el despliegue personal, locativo, y técnico-científico que permitió a la EPS cumplir con las ordenes contenidas en los fallos de tutela y actas del Comité Científico.

Pruebas allegadas al caso por las partes:

? Parte demandante:

• Documentales:

- Certificado de existencia y representación de la EPS SANITAS.
- Certificado de funcionamiento de la EPS
- Comunicación con anexos (base de datos) a través del cual el Ministerio de Salud y Protección Social informo las glosas invocadas:

- Reclamación administrativa elevada a la ADRS.
- Respuesta de la ADRES
- Recobros presentados ante el Administrador del Fosyga.

• Medio magnético un (1) CD que contiene pestañas denominadas:

- Certificados
- Base de datos 2018-249 la cual contiene 397 recobros:

- Base General Demanda
- Base 2018-249 (imágenes)

• Testimoniales.

La parte actora solicitó se decrete el testimonio de Miguel Angel Bautista, como Subgerente de Operaciones no POS de la EPS, a fin de que declaren los hechos y pretensiones de la demanda con ocasión a su conocimiento.

? Parte demandada:

• Medio magnético

1 CD con el siguiente contenido:

- Acuerdo 08 de 1994 – CNSSS
- Acuerdo 08 de 2009 – CRES
- Acuerdo 029 de 2011 - CRES - Documento Técnico - Actualización Integral del POS del SGSSS 2011
- Acuerdo 260 de 2004
- Contrato Consultoría 0043 de 2013 Unión Temporal FOSYGA 2014
- Decreto 2560 de 2012 - Por el cual se suprime la Comisión de Regulación en Salud (CRES) 1.10. 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
- Demas normas de carácter nacional aplicables para el trámite de recobro y que fueron relacionadas en la contestación de la demanda.
- Apoyo técnico emitido por la Dirección de Tecnologías de la ADRES en donde figuran 325 recobros de la siguiente manera:

- Captura de pantalla por medio de la cual se requirió a la Dirección de Recursos Financieros de la Salud el soporte de pago de SETENTA Y NUEVE (79) solicitudes de recobro que fueron aprobadas y VEINTINUEVE (29) que fueron aprobadas condicionalmente, por la suma de DOSCIENTOS QUINCE MILLONES OCHOCIENTOS TREINTA Y SIETE MIL SEISCIENTOS OCHENTA PESOS ($215.837.680).

• De oficio:

Requerir a la parte demandante con el fin de que allegué los soportes documentales por medio del cual fue notificada del resultado de la auditoría, lo anterior con el fin de determinar si los recobros objeto de la presente demanda se encuentran prescritos o caducos.

• Informe Técnico de Medico Auditor – Dr. CARLOS GUZMAN:

Adicionalmente, la parte demanda solicitó que se tuviese en cuenta el informe técnico elaborado por el médico auditor Carlos Guzmán.

Valoración del riesgo

Fecha de la última calificación	2021/03/28
Provisión contable	$0,00

Valoración del riesgo del proceso o caso relacionado a la ficha

Criterio	Calificación del riesgo
Fortaleza de la defensa	BAJO
Fortaleza de la demanda	MEDIO BAJO
Riesgos procesales y administrativos	BAJO
Jurisprudencia	MEDIO BAJO

Análisis del proceso o caso

Principal problema jurídico

Determinar si de acuerdo con las pretensiones inmersas en el escrito de la demanda, el Juzgado 33 Laboral de Bogotá tiene el factor de competencia para pronunciarse respecto de una indemnización derivada de la declaratoria de una responsabilidad estatal. De igual forma, establecer si la jurisdicción laboral es la competente para conocer del presente conflicto.

Así mismo, analizar si es procedente que la ADRES llegue a un acuerdo conciliatorio sobre el reconocimiento y pago de los 397 ítems contenidos en 325 recobros presentados por la EPS SANITAS, por cumplir con los requisitos establecidos en la resolución 3099 de 2008, 3754 de 2008, 5395 de 2013, Acuerdo 029 de 2011 y Resolución 3951 de 2016.

Análisis de la caducidad de la acción y/o la prescripción de los derechos

En el marco de la jurisdicción ordinaria laboral se debe observar que las acciones que emanan de los derechos sociales prescriben en tres (3) años, contados a partir de la fecha en que la respectiva obligación se haya hecho exigible.

En concordancia con lo anterior, es imprescindible resaltar que dentro de los derechos sociales no existe norma general que prevea la prescripción extintiva del derecho, esto significa que no hay prescripción sustantiva, sino que por el contrario lo que existe es prescripción de la acción. Los artículos mencionados del Código Sustantivo de Trabajo y del Código Procesal de Trabajo y Seguridad Social se refieren a la prescripción de las acciones y, por ende, se hace con la intención de permitir que procesalmente sólo se pueda atacar la acción y no los derechos.

Sobre el particular se debe manifestar que la demanda impetrada es de carácter declarativo, al haberse presentado ante la Jurisdicción Ordinaria Laboral, por lo cual el término de prescripción para las acciones correspondientes a los derechos que se alegan se encuentra establecidos en el artículo 488 del Código Sustantivo del Trabajo y de la Seguridad Social, que señala:

“Artículo 488: Las acciones correspondientes a los derechos regulados en este código prescriben en tres (3) años, que se cuentan desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible, salvo en los casos de prescripciones especiales, establecidas en el Código Procesal del Trabajo o en el presente Estatuto…”

De lo expuesto se tiene que, en el trámite de proceso ordinario las cuentas que pudiesen ser objeto de demanda serían aquellas respecto de las cuales no hayan transcurrido tres (3) años o más, contados a partir de la fecha en que la EPS recibió la comunicación por parte del ente auditor en la cual le informó el resultado de la auditoría integral efectuada, hasta la fecha en que se presentó la reclamación administrativa y/o demanda.

Así las cosas, el resultado de auditoría se comunicó entre el 13 de junio de 2012 al 22 de febrero de 2018 y teniendo en cuenta que la EPS presentó reclamación administrativa ante la ADRES 21 de diciembre de 2018, se puede evidenciar que para el presente caso operó el fenómeno jurídico de la prescripción de 33 recobros radicados a partir de 2012, y hasta 2015, según se relaciona a continuación:

PERIODO 2012 se evidenciaron prescritos 4 recobros:

PERIODO 2013 se evidenciaron prescritos 3 recobros:

PERIODO 2014 se evidenciaron prescritos 2 recobros:

PERIODO 2015 se evidenciaron prescritos 24 recobros:

De otro lado, se examinó el término de prescripción encaminada a determinar la exigibilidad de la obligación que se constituye por parte de la EPS frente al ente auditor, encontrando que dicha obligación nace a partir de que la EPS recibe la factura por parte de la IPS; así las cosas, este término opera si transcurren tres años o más sin que la EPS someta las facturas al trámite de auditoria.

Lo anterior, en aplicación a lo establecido en el artículo 73 de la Ley 1753 de 2015, en consonancia con el artículo 151 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social como norma complementaria en el presente análisis el cual reza:

“ARTICULO 151. PRESCRIPCION. Las acciones que emanen de las leyes sociales prescribirán en tres años, que se contarán desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible. El simple reclamo escrito del trabajador, recibido por el {empleador}, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpirá la prescripción, pero sólo por un lapso igual.”

En conclusión, este análisis se realiza desde el momento en que la IPS radicó la factura a la EPS, y por consiguiente la EPS las sometió ante el ente auditor. Si transcurren tres años o más en relación con dichas situaciones, se entenderá entonces que la acción se encuentra prescrita.

Por lo anterior, se evidencia que prescribieron 18 recobros:

PERIODO 2012 se evidenciaron prescritos 8 recobros:

PERIODO 2013 se evidenciaron prescritos 2 recobros:

.

PERIODO 2014: se evidenciaron prescritos 06 recobros:

PERIODO 2015 se evidenció prescrito 2 recobros:

Análisis del proceso

7. Análisis efectuado por la Oficina Asesora Jurídica – Caso en concreto SANITAS EPS

En este acápite se procede a estudiar las pretensiones incoadas por la demandante a la luz de las normas que regulan el asunto que nos convoca, desarrollando temas estratégicos que se tendrán en cuenta en la defensa del presente asunto.

Así pues, el caso en concreto tiene que ver con el proceso de 397 ítems contenidos en 325 recobros por concepto de tecnologías no cubiertas por el POS, en razón a autorizaciones del Comité Técnico-científico y a fallos de tutela.

7.1 Cuestión Previa

De acuerdo con lo indicado por la parte actora, dentro de las pretensiones de su demanda se encontró que solicitó:

Así entonces, a efectos de resolver el principal problema jurídico y a pesar de la jurisdicción en la que cursa el proceso, la EPS solicita la declaratoria de responsabilidad; sin embargo, el juez laboral se rige por el principio de congruencia que exige la solución del caso sobre aquello que específicamente se le solicita, y que para el caso en concreto correspondería al pago de recobros, pero a su vez una indemnización por unos presuntos daños causados, de donde se destacará la imposibilidad de acceder a este último.

Al respecto es importante observar 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 señaló 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, 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.

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.

Acorde con ello, debe hacerse énfasis en como la Corte trajo a colación la Garantía fundamental denominada legalidad del Juez o del Juez Natural como parte de su argumento para determinar la competencia de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa. De acuerdo con ello, en sentencia de la Corte Constitucional C- 496 de 2015, respecto al tema se indicó:

“El derecho al juez natural es la garantía de ser juzgado por el juez legalmente competente para adelantar el trámite y adoptar la decisión de fondo respectiva, el cual debe ser funcionalmente independiente, imparcial y estar sometido solamente al imperio de la ley (Arts. 228 y 230 C. Pol.) . En este sentido, el juez natural es aquél a quien la Constitución o la Ley le han asignado el conocimiento de ciertos asuntos para su definición, cuya determinación está regida por dos

principios: la especialidad, pues el legislador deberá consultar como principio de razón suficiente la naturaleza del órgano al que atribuye las funciones judiciales, y de otro lado, la predeterminación legal del Juez que conocerá de determinados asuntos, lo cual supone: "i) que el órgano judicial sea previamente creado por la ley; ii) que la competencia le haya sido atribuida previamente al hecho sometido a su decisión; iii) que no se trate de un juez por fuera de alguna estructura jurisdiccional (ex post) o establecido únicamente para el conocimiento de algún asunto (ad hoc); y iv) que no se someta un asunto a una jurisdicción especial cuando corresponde a la ordinaria o se desconozca la competencia que por fuero ha sido asignada a determinada autoridad judicial."

De igual forma, es necesario señalar como precedente jurisprudencial horizontal que, en varios despachos judiciales, (vrg. Decisión del 12 de julio de 2018 Juzgado 4 Laboral del Circuito de Bogotá radicado 2016-00419) han considerado que la jurisdicción competente para conocer conflictos como el que hoy nos convoca, no es la ordinaria laboral, sino la Contenciosa Administrativa y, en consecuencia, remiten al juez competente para conocer del asunto, teniendo en cuenta lo dispuesto en los artículos 16 y 138 del CGP, aplicables por autorización del artículo 145 del CPTSS, lo aquí actuado conservará su validez.

Finalmente, es importante poner de presente que, en virtud del principio de congruencia por medio del cual se obliga a los jueces que sus decisiones sean concordantes y congruentes con los hechos y pretensiones aducidos en la demanda, así como también, sean objeto de su estudio acorde con la especialidad del juzgado, para el caso que nos convoca, el Juzgado 33 Laboral de Bogotá en el desarrollo del proceso ordinario y en los términos de la declaratoria, deberá validar si éste tiene el factor de competencia para pronunciarse respecto a la Responsabilidad del Estado solicitada por la parte actora.

7.2 Del insumo técnico proferido por la Dirección de Gestión de Tecnologías de la Información y Comunicaciones:

El día 18 de febrero de 2021 la Oficina Asesora Jurídica solicitó el insumo técnico a la Dirección de Gestión de Tecnologías de la Información y Comunicaciones de la ADRES, la cual allegó el 04 de marzo de la misma anualidad lo pertinente. Del apoyo técnico se logró evidenciar lo siguiente:

- Que ante el ente auditor del Fosyga hoy ADRES, la EPS efectuó la radicación de 325 recobros mediante formato MYT01 y MYT02.

- Que, de acuerdo con la información suministrada por la citada Dirección se glosó los siguientes valores a la EPS:

No.RADICADOS	VALOR RADICADO PRIMERA PRESENTACIÓN	VALOR APROBADO	VALOR GLOSADO	TIPO DE GLOSA	No.RADICADOS
325	$ 315.171.037	$ 215.837.680	$ 99.333.357	GLOSAS COMBINADAS	138
				GLOSA UNICA DE EXTEMPORANEIDAD	2
				OTRAS GLOSAS UNICAS	124
				SIN GLOSA Y SIN OBSERVACIONES	61
				TOTAL	325

Que, se presentaron los siguientes resultados correspondiente a los 325 recobros:

CANTIDAD	ESTADO
APROBADO	158
NO APROBADO	135
RECHAZADO	7
AUDITORIA	25
TOTAL	325

Conforme al cuadro reseñado anteriormente, se puede establecer que la EPS en una primera presentación radicó 325 recobros mediante los mecanismos ordinarios de radicación, mediante el cual se obtuvo como resultado: 118 recobros en estado APROBADO, 01 recobro en estado DEVUELTO, 195 recobros en estado NO APROBADO y 11 recobros en estado RECHAZADO.

En razón a esto, la EPS realizó una segunda presentación de la siguiente manera:

- Mediante Mecanismo MYT04 (subsanación/ objeción a la glosa) se radicaron los 108 recobros, mediante el cual se

obtuvo como resultado: 35 recobros en estado APROBADO, 01 recobro en estado DEVUELTO, 64 recobros en estado NO APROBADO, 1 recobro en AUDITORIA y 08 recobros en estado RECHAZADO
- Mediante mecanismo Glosa Transversal Resolución 4244 se radicaron 30 recobros, mediante el cual se obtuvo como resultado: 05 recobros en estado APROBADO, 6 recobros en estado NO APROBADO y19 recobros en AUDITORIA

La EPS realizó una tercera presentación:

- Mediante Mecanismo Glosa Administrativa se radicaron 24 recobros, mediante el cual se obtuvo como resultado: 1 recobro en estado APROBADO y 23 recobros en estado NO APROBADO.
- Mediante mecanismo Glosa Transversal Resolución 4244 se radicaron 17 recobros mediante el cual se obtuvo como resultado: 7 recobros en estado NO APROBADO y 10 recobros en AUDITORIA.

Y una cuarta presentación:

- Mediante Mecanismo Glosa Transversal Resolución 4244 se radicaron 32 recobros, mediante el cual se obtuvo como resultado: 1 recobro en estado APROBADO, 28 recobros en estado NO APROBADO y 03 recobros en AUDITORIA.

Finalmente, se efectuó la quinta presentación mediante Mecanismo Glosa Transversal Resolución 4244 la siguiente manera:

- se radicó 01 recobro el cual adquirió una connotación de APROBADO.

Así las cosas, la EPS radicó la totalidad de los recobros NO APROBADOS y RECHAZADOS mediante los diferentes mecanismos dispuestos para su radicación.

a) Normativa vigente aplicada al caso de la referencia:

La normatividad que se relaciona a continuación se cita en concordancia con la fecha de prestación del servicio que corresponde al periodo comprendido entre el 2010-2017:

NORMATIVA OBJETO PRESTACIÓN

RESOLUCION 3099 DE 2008

"Por la cual se reglamentan los Comités Técnico-Científicos y se establece el procedimiento de recobro ante el Fondo de Solidaridad y Garantía, FOSYGA, por concepto de suministro de medicamentos, servicios médicos y prestaciones de salud no incluidos en el Plan Obligatorio de Salud, POS autorizados por Comité Técnico Científico y por fallos de tutela"

PERIODO 2008-2012

RESOLUCIÓN 3754 DE 2008 Por la cual se modifica parcialmente la Resolución número 3099 de 2008.

PERIODO 2008-2012
ACUERDO 008 DE 2009 Por el cual se corrigen aclaran y actualizan integralmente los Planes Obligatorios de Salud PERIODO DE 2010

ACUERDO 029 DE 2011 "Por el cual se define, aclara y actualiza integralmente el plan obligatorio de salud"
PERIODO 2011-2012
ACUERDO 025 DE 2011 Por el cual se realizan algunas inclusiones en el Plan Obligatorio de Salud de los Regímenes Contributivo y Subsidiado PERIODO 2011 - 2012
DECRETO LEY 019 DE 2012 Por el cual se dictan normas para suprimir o reformar regulaciones, procedimientos y trámites innecesarios existentes en la Administración Pública. PERIODO 2012

RESOLUCIÓN 2851 DE 2012

"Por la cual se modifican los artículos 10, 11, 15 y 16, modificados por los artículos 1º, 2º, 4º y 5º de la Resolución número 3754 de 2008, y los artículos 13 y 14 de la Resolución número 3099 de 2008."

PERIODO DE 2012

RESOLUCIÓN 5521 DE 2013 Por la cual se define, aclara y actualiza integralmente el Plan Obligatorio de Salud (POS) PERIODO DE 2013-2014
RESOLUCIÓN 5926 DE 2014 Por el cual se ajusta el Anexo 01 de la Resolución 5521 e 2013 PERIODO DE 2014-2015
RESOLUCIÓN 5592 DE 2015 Por la cual se actualiza integralmente el Plan de Beneficios en Salud con cargo a la Unidad de Pago por Capitación-UPC del Sistema General de Seguridad Social en Salud —SGSSS y se dictan otras disposiciones

PERIODO DE 2015-2016
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)
PERIODO DE 2016-2017
.
b) Glosas impuestas como resultado de la auditoría:

Del anexo técnico se encontró como glosas mayoritarias:

Ante esto, se procede a desarrollar las glosas mayoritarias:

• El fallo de tutela y/o sus anexos no se aporta(n), o no contiene(n) la información requerida: sea del caso precisar que, la normativa vigente la para le fecha de prestación del servicio estableció lo siguiente:

Resolución 5395 DE 2013:

“Artículo 13. Requisitos generales para el proceso de verificación de los recobros. Las entidades recobrantes deberán anexar a cada solicitud de recobro los siguientes documentos:
1. Formato de solicitud de cada recobro (Formato MYT) que para el efecto establezca la Dirección de Administración de Fondos de la Protección Social, o quien haga sus veces.
2. Copia del Acta del Comité Técnico Científico - CTC o copia del fallo de Tutela.
3. Copia de la factura de venta o documento equivalente.” (negrillas y subrayas fuera de texto)

Resolución 3951 de 2016

Artículo 35. Requisitos esenciales para la etapa de auditoría integral. Para demostrar la existencia de la respectiva obligación y que por lo tanto, procede el reconocimiento y pago de la solicitud del recobro/cobro por el FOSYGA o quien haga sus veces, la entidad recobrante deberá acreditar el cumplimiento de los siguientes requisitos esenciales:

1. El usuario a quien se suministró la tecnología en salud no cubierta por el Plan de Beneficios en Salud con cargo a la UPC existía y le asiste el derecho.
2. La tecnología en salud prescrita no estaba cubierta por el Plan de Beneficios en Salud con cargo a la UPC para la fecha de su prestación.
3. El servicio o la tecnología en salud sin cobertura en el Plan de Beneficios en Salud con cargo a la UPC fue prescrita por un profesional de la salud u ordenada mediante un fallo de tutela (…)” (negrillas y subrayas fuera de texto)

En línea con lo anterior, el manual de auditoría estableció respecto de la glosa “El fallo de tutela y/o sus anexos no se aporta(n), o no contiene(n) la información requerida”

Así las cosas, el fallo de tutela que ordena la prestación de un medicamento debe contener la información completa en virtud de la prestación del servicio, y a su vez que tenga la totalidad de los folios expedidos por la autoridad judicial, la fecha, el nombre de la autoridad y el número del proceso, pues con el faltante de uno de estos requisitos y tras validar la información respectiva el ente auditor impondrá la glosa descrita anterior.

Igualmente, es de indicar que no es suficiente que se ordene la prestación de un servicio, sino que, a su vez, se ordene de manera expresa y clara la prestación del medicamento.

Recordemos que uno de los documentos más importantes en la radicación del formato MYT02 es el fallo de tutela que permite evidenciar que existe una orden judicial que se encamina a que ADRES reconozca y pague los medicamentos o servicios descritos en razón a las necesidades expuestas en la parte motiva de tal providencia.

Así mismo, de acuerdo con lo previsto en la Nota Externa 2014331001426683 emitida por la Dirección de Administración de Fondos de la Protección Social, que señala:(…) "De esta manera, teniendo en cuenta que el fallo de un juez de tutela es de obligatorio cumplimiento y debe ser acatado en los términos y condiciones señaladas por la autoridad judicial, so pena de las sanciones establecidas en la ley, y que, de acuerdo a lo señalado por el Alto Tribunal, excepcionalmente el juez de tutela puede ordenar la provisión de tecnologías NO POS sin que medie orden o fórmula médica, el requisito contenido en el numeral 3 del artículo 15 de la Resolución 5395 de 2013, no será exigible cuando, en las condiciones precisadas por la Honorable Corte, exista un fallo que ordene la tecnología NO POS a recobrar de manera expresa"

Es por esto, que se encuentra necesario que obre en el recobro el fallo judicial completo para que en consecuencia de esto se reconozca y pague las prestaciones a que haya lugar.

• Ahora bien, en relación con la glosa "El Acta de CTC no se aporta o no contiene la información requerida por la normativa vigente", el manual de auditoria respecto del tema indicó:

GLOSAS DE EXTEMPORANEIDAD

• Solicitud de Recobro presentada en forma extemporánea de conformidad con el artículo 13 del Decreto-Ley 1281 de 2002.:

De acuerdo con esto, el artículo 13 del Decreto-Ley 1281 de 2002 dispuso:

"ARTÍCULO 13. TÉRMINO PARA EFECTUAR COBROS DIFERENTES DE RECOBROS Y RECLAMACIONES CON CARGO A RECURSOS DE LA ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD (ADRES). <Artículo modificado por el artículo 93 del Decreto Ley 2106 de 2019. El nuevo texto es el siguiente:> Cualquier tipo de cobro que deba atenderse con cargo a los recursos de la Adres, distinto a los que tengan origen en recobros por servicios y tecnologías no financiadas con la Unidad de Pago por Capitación (UPC) o reclamaciones, se deberá presentar ante la Adres en el término máximo de un (1) año contado a partir de la fecha de la generación de la obligación de pago, lo anterior sin perjuicio del término establecido para la firmeza de los reconocimientos y giros de recursos del aseguramiento en salud."

Por lo anteriormente expuesto, se puede establecer que los recobros que fueron objeto de la glosa, la EPS no los radicó ante el ente auditor dentro de los términos irrogados en la normatividad concordante; sin embargo, es importante hacer la salvedad que, en el marco de un proceso judicial, a pesar que el Ente Auditor hubiese glosado un recobro bajo la causal de "glosa de extemporaneidad" y haber sido ajustada de conformidad con las normas que regulan el tema, la experiencia ha demostrado que el juez de conocimiento valida si los recobros están prescritos y en caso que no, proceden a condenar a la ADRES.

Al respecto, los jueces han indicado que si bien, la glosa de extemporaneidad se impuso de conformidad al lineamiento normativo, esto no es óbice para que no se reconozca el recobro, en este sentido, el Tribunal Superior de Bogotá en sentencia de segunda instancia de radicado Sentencia 2014-00413 de julio 24 de 2019 indicó:

"vii) procede glosa por extemporaneidad únicamente respecto al recobro 24976162, radicado con posterioridad a los 06 meses siguientes de la prestación de servicios, circunstancia que con arreglo al artículo 7º del Decreto 1281 de 2002, no genera la falta de pago del recobro, surgiendo inviables intereses o sanción alguna. En este orden, se ordenará que ADRES la cancele, así como los recobros —24976199, 24474556 y 24976198— que fueron presentados dentro del término legal —dentro de los seis meses siguientes a la prestación del servicio."

Ahora bien, para el caso en concreto, se encontró como glosa de extemporaneidad las siguientes:

De lo anterior, es importante poner de presente que estos recobros se encuentran afectados por el fenómeno jurídico de la prescripción en virtud del artículo 488 del CST, tal y como se analizó en el acápite 6. Por tanto, dichos recobros no son susceptibles de conciliar.

7.3 Del insumo técnico proferido por la Dirección de Otras Prestaciones

De acuerdo con los hechos indicados en la demanda, el día 04 de marzo de 2021 la Oficina Asesora Jurídica procedió a solicitar el concepto técnico a la Dirección de Otras Prestaciones de la ADRES con el fin de que se pronunciara respecto de:

- Si los mencionados servicios o tecnologías en salud para la fecha de prestación se encontraban dentro del Plan Obligatorio de Salud – POS, o en su defecto, las tecnologías recobradas objeto de la solicitud corresponden a una prestación no financiada con recursos del SGSSS y/o excluida del POS.

- Si los medicamentos, insumos, y servicios recobrados por la EPS Demandante efectivamente no se encuentran ordenados de manera expresa en el fallo de tutela o no cumplieron con los requisitos establecidos respecto a las actas de Comité Técnico Científico.

- Adicionalmente, señalara los recobros sobre los cuales se mantendrían o levantarían las glosas impuestas en el trámite de auditoría y de ser posible indicar el fundamento de tal decisión.

- Se indicara si, las glosas impuestas se deben mantener en observancia a las notas externas y conceptos aclaratorios emitidos por el Ministerio de Salud y Protección Social justificando su fundamento.

De acuerdo con lo requerido, el insumo fue suministrado el día 16 de abril de 2021, de la siguiente manera:

"Verificación documental: Se evaluó el contenido de la solicitud del correo electrónico de la OAJ y las imágenes suministradas en correo de la OAJ. De las 321 imágenes aportadas se identifica que sesenta y uno (61) corresponden a recobros que no contienen glosa y se encuentran en estado APROBADO, por lo cual, no se evalúan ni se hace pronunciamiento. Lo anterior se registra en el cuadro a continuación:

Las glosas aplicadas a cada recobro evaluado se analizaron frente a la documentación aportada entregados por la Oficina Asesora Jurídica para determinar si habían sido invocadas con ajuste a los criterios de auditoría y al contenido de los documentos aportados por la EPS con cada recobro. Los documentos a los que se acudió para practicar la verificación usualmente fueron las facturas, las actas de CTC, los fallos de tutela o las referencias a ellos contenidas en los formatos dispuestos para el efecto, las fórmulas médicas y las evidencias de entrega o suministro de la tecnología recobrada.

Verificación técnica: Para verificar si las tecnologías enunciadas en la solicitud de concepto hacían parte del Plan de Beneficios – PBS de la época en que fueron suministradas o prestadas, se identificó la norma que regulaba el contenido del PBS vigente para la fecha de prestación del servicio y se validó si los medicamentos indicados en la solicitud de concepto se encontraban incluidos en dicho plan, si aportaban los fallos de tutela o CTC correspondiente y justificación de los servicios recobrados debidamente diligenciados como dicta la norma. En efecto, la normativa consultada para la determinación de aplicabilidad o no de las glosas es:

Así mismo, para determinar la inclusión o no de la tecnología recobrada en el Plan Obligatorio de Salud fue necesario cotejar la información de los soportes anexos por SANITAS EPS con lo normado en el Acuerdo 008 de 2009, Acuerdo 029 de 2011, Resolución 5521 de 2013, Resolución 5926 de 2014, Resolución 5592 de 2015 y Resolución 6408 de 2016.

Para verificar la presunta radicación extemporánea de los mismos, se observa que los servicios contenidos en esos recobros se prestaron, según las fechas contenidas en el archivo, entre los años 2010, 2011 y 2014 y fueron radicados ante el FOSYGA (hoy ADRES) en los años 2012, 2013 y 2015. Las normas que regulaban el trámite de los recobros eran el Art. 13 del Decreto Ley 1281 de 2002 que otorgaba un plazo de seis (6) meses y el Art. 111 del Decreto Ley 019 de 2012 que otorgaba un plazo de un (1) año para la radicación de recobros por servicios no incluidos en el plan de beneficios vigente, contado a partir de la fecha de prestación del servicio o de la ocurrencia del evento según corresponda. Para el efecto, mediante el uso de herramientas de la hoja electrónica, se efectuó el conteo de la cantidad de meses transcurridos entre la fecha de prestación del servicio y la fecha de radicación del recobro. En todos los casos, la cuenta fue superior a lo establecido en la normativa vigente.

Para el análisis de pertinencia de las glosas indicadas en la solicitud de concepto, se elaboró un formato de trabajo a partir del apoyo técnico anexo a la solicitud de la Oficina Asesora Jurídica. En este caso, como conclusión del análisis de información contenida en el aplicativo SII_MYT frente al contenido de los archivos de imágenes, se concluyó si la glosa impuesta aplica o no aplica y en el campo de OBSERVACIONES del archivo Excel "CONCEPTO SANITAS EPS PROCESO_2019-202-33" (columna R), se registró la razón que condujo a esa decisión en los casos donde aplique o no aplique glosa.

Verificación de sistemas: Conforme a la información registrada en el archivo de Excel suministrado por la OAJ, se cotejaron los datos frente a la información disponible en el SII_MYT cuando no existían soportes y era necesario la utilización de este.

Además, se solicitó a la Dirección de Gestión de Tecnologías de la Información y Comunicaciones – DGTIC, realizar un cruce con los números de recobros relacionados en dos archivos adjuntos a la solicitud nombrados (hoja (BDEX)) y (hoja (RNEC)) e identificar, con los números de documento de los usuarios, el régimen al que pertenecen fecha de inicio y fecha final, fecha de fallecido reportada en la base de la Registraduría Nacional del Estado Civil (RNEC), así como toda la información del recobro, el requerimiento fue atendido mediante el número de caso CAS-229209-NOV8J3 de fecha 08 de marzo de 2021. Adicional se solicitó indicar la fecha de comunicación del resultado de auditoría – línea ordinaria de radicación, aún sin respuesta de dicho requerimiento.

ENTREGABLES Como resultado de las validaciones realizadas, se entrega a la Oficina Asesora Jurídica, el presente informe técnico y una hoja electrónica en la que aparecen los datos específicos de cada ítem revisado.

• Si los mencionados servicios o tecnologías en salud para la fecha de prestación se encontraban dentro del Plan Obligatorio de Salud – POS, o en su defecto, las tecnologías recobradas objeto de la solicitud corresponden a una prestación no financiada con recursos del SGSSS y/o excluida del POS.

Para el caso de la tecnología recobrada como WARFARINA SODICA TAB COUMADIN 5MG TAB CAJ X 30; se encuentra incluida en el POS/PBS según el anexo 1 del Acuerdo 008 de 2009.

Respecto al archivo Excel anexo "SOLICITUD CONCEPTO PROCESO 2019-202-33 SANITAS EPS" el concepto de inclusión en el Plan de Beneficios en Salud se tomó como base el Acuerdo 008 de 2009, Acuerdo 029 de 2011, Resolución 5521 de 2013, Resolución 5926 de 2014, Resolución 5592 de 2015 y Resolución 6408 de 2016. Como resultado de lo anterior, en la siguiente tabla se evidencia que de los doscientos sesenta (260) recobros contenidos en ochocientos diecisiete (817) ítems, cuatro (4) se encuentran incluidos en el anexo 1 del listado de medicamentos, seis (6) se encuentran incluidos bajo una condición de presentación del medicamento y diagnóstico del paciente, cuatro (4) se encuentran con cobertura por Combinaciones de Dosis Fijas (CDF) y dos (2) se encuentran con cobertura POS/PBS en desarrollo del principio de integralidad establecido en el numeral 1 del artículo 3 y según Art. 58. Dispositivos médicos de la Resolución 5521 de 2013 por ser necesarios e insustituibles.

Igualmente se evidencia ochocientos uno (801) tecnologías no incluidas en el Plan de Beneficio en Salud (PBS).

• Si los medicamentos, insumos, y servicios recobrados por la EPS Demandante efectivamente no se encuentran ordenados de manera expresa en el fallo de tutela (tratándose de fallos de tutela integrales, no se adjuntó el Formato de justificación médica de tecnologías en salud); o no cumplieron con los requisitos establecidos respecto a las actas de Comité Técnico Científico, como que no se aporte o no contenga la información requerida por la normativa vigente para la época.

Respecto a esta solicitud, se realizó la verificación de lo aprobado en actas de CTC y/o MIPRES emitidas por la entidad y lo ordenado en los fallos de tutela, este último se clasificó en fallos de tutela taxativos (ordenan el medicamento recobrado de manera genérica o comercial), fallos de tutela que ordenan tratamiento integral y la EPS anexó el formato de integralidad de que trata la Nota Externa 201433200293623 y fallos de tutela que ordenan tratamiento integral como tal.

Se evidencia que seiscientos treinta (630) tecnologías corresponden a ordenamiento por CTC y/o MIPRES, once (11) se encuentran ordenadas de manera taxativa en el fallo de tutela bien sea de manera comercial o genérica, cincuenta y uno (51) servicios recobrados se encuentran ordenados en el fallo de tutela mediante tratamiento integral y la entidad anexó el formato de justificación cumpliendo con lo normado por la Nota Externa 201433200293623 y el diagnóstico tutelado, sesenta y ocho (68) y finalmente ciento trece (113) tecnologías no se encuentran ordenadas en el fallo de tutela, a pesar que el Juez ordena tratamiento integral la tecnología no es conexa con el diagnóstico tutelado, se aclara que la entidad adjunta formato de justificación pero éste no cumple con la normativa y/o el diagnóstico tutelado.

• Adicionalmente, señalar los recobros sobre los cuales se mantendrían o levantarían las glosas impuestas en el trámite de auditoría y de ser posible indicar el fundamento de tal decisión.
• Se indique si las glosas impuestas se deben mantener en observancia a las notas externas y conceptos aclaratorios emitidos por el Ministerio de Salud y Protección Social justificando su fundamento

Frente a estos cuestionamientos, se tomó como base las glosas asignadas en el proceso integral de la última auditoría. El concepto de aplica o no aplica la glosa resultante del proceso de auditoría se evidencia en el archivo Excel "SOLICITUD CONCEPTO PROCESO 2019-202-33 SANITAS EPS" en la columna Q y el correspondiente fundamento se encuentra en la columna R "Observación"

• Indicar la fecha de comunicación del resultado de auditoría - línea ordinaria de radicación.

En la hoja de cálculo denominada "SOLICITUD CONCEPTO PROCESO 2019-202-33 SANITAS EPS" columna S, se deja en blanco a espera de entrega de la información fecha de comunicación del resultado de auditoría – línea ordinaria de radicación.

CONCLUSIONES Del total de glosas ochocientas diecisiete (817) aplicadas a los doscientos sesenta (260) recobros, se consideró, una vez verificados los soportes anexos por la EPS y disponibles en SII_MYT, que setecientos dos (702) glosas aplican y no aplican los ciento quince (115) restantes, es decir 86 % y 14 % de glosas respectivamente.

Las respectivas validaciones y observaciones se encuentran en el archivo Excel adjunto al presente informe técnico.

De acuerdo con esto, a continuación, se transcriben los recobros frente a los cuales, la DOP conceptuó viables de conciliar:

Es importante hacer la salvedad que, a pesar de que la DOP conceptuó la posibilidad de inaplicar la glosa de 115 ítems contenidos en 45 recobros, lo cierto es que, una vez validado el insumo técnico se encontró que el ítem 1 del recobro 121779069 al cual se le adjudicó la glosa "El fallo de tutela y/o sus anexos no se aporta(n), o no contiene(n) la información requerida" se evidenció que la tecnología FITOSTIMOLINE 15GR APOST CAJ X 10 se encuentra incluido en el PBS.

En razón a esto, y teniendo en cuenta que dicho insumo ya fue costeado por la UPC, se siguiere para el presente ítem no proponer un acuerdo conciliatorio.

Por tanto, respecto 114 ítems contenidos en 44 recobros se evidencia viabilidad para proponer fórmula conciliatoria, teniendo en cuenta no se encuentran afectados por el fenómeno jurídico de la prescripción.

8. Otros aspectos a tener en cuenta:

a) Las facturas no constituyen una obligación de pago:

Sin perjuicio de lo anterior, es importante indicar que, el artículo 772 del Código de Comercio define a la factura del siguiente modo:

"La factura es un 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 corresponda a bienes entregados real y materialmente o a servicios efectivamente prestados en virtud de un contrato verbal o escrito".

Lo anterior se enuncia, debido a que el parágrafo 3 del artículo 66 de la Ley 1753 de 2015 estipuló claramente que "en ningún caso la Entidad (ADRES) asumirá las funciones asignadas a las Entidades Promotoras de Salud."

Es así que, si se lee con atención la Ley 100 de 1993, se encuentra en el artículo 156 que las Entidades Promotoras de Salud

tienen como función, la afiliación de los usuarios y la administración de la prestación de los servicios de las Instituciones Prestadoras, además de estar obligadas a suministrar el Plan de Beneficios en Salud a sus afiliados.

En ese sentido, se tiene que las facturas emitidas por las Instituciones Prestadoras no cumplen los criterios del artículo 772 del Código de Comercio frente a la ADRES, puesto que:

- No media un contrato o acuerdo de voluntades entre la ADRES y el prestador de servicios.
- El beneficiario del servicio no es la ADRES.
- La ADRES no es el comprador del servicio.

Declaraciones y pretensiones de la demanda

El demandante sustentó como pretensiones las siguientes:

- Se declare la responsabilidad en la causación de los perjuicios irrogados a la parte actora, en la modalidad de daño emergente, con ocasión al rechazo de 397 ítems contenidos en 325 recobros por valor de ($61.105.311).

- Se condene a la ADRES en la modalidad de indemnización del daño emergente, al reconocimiento y pago a favor de la EPS por un valor ($61.105.311) correspondiente a 397 ítems contenidos en 325 recobros.

- De igual forma, se declare la responsabilidad y se condene a pagar a la demandada a favor de la EPS SANITAS la suma de ($6.110.531) por concepto de gastos administrativos inherentes a la gestión y al manejo de las prestaciones excluidas del POS.

- En modalidad de lucro cesante, se condene a pagar los intereses moratorios sobre el monto de la primera y tercera pretensión liquidados a la fecha de exigibilidad del recobro hasta el pago efectivo de los mismos, de acuerdo con la tasa DIAN de conformidad con lo establecido en el artículo 4 del Decreto 1281 de 2002.

- Que se condenen en costas y agencias en derecho a la ADRES.

Síntesis de la contestación de la demanda

7. Análisis efectuado por la Oficina Asesora Jurídica – Caso en concreto SANITAS EPS

En este acápite se procede a estudiar las pretensiones incoadas por la demandante a la luz de las normas que regulan el asunto que nos convoca, desarrollando temas estratégicos que se tendrán en cuenta en la defensa del presente asunto.

Así pues, el caso en concreto tiene que ver con el proceso de 397 ítems contenidos en 325 recobros por concepto de tecnologías no cubiertas por el POS, en razón a autorizaciones del Comité Técnico-científico y a fallos de tutela.

7.1 Cuestión Previa

De acuerdo con lo indicado por la parte actora, dentro de las pretensiones de su demanda se encontró que solicitó:

Así entonces, a efectos de resolver el principal problema jurídico y a pesar de la jurisdicción en la que cursa el proceso, la EPS solicita la declaratoria de responsabilidad; sin embargo, el juez laboral se rige por el principio de congruencia que exige la solución del caso sobre aquello que específicamente se le solicita, y que para el caso en concreto correspondería al pago de recobros, pero a su vez una indemnización por unos presuntos daños causados, de donde se destacará la imposibilidad de acceder a este último.

Al respecto es importante observar 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 señaló 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, 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.

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.

Acorde con ello, debe hacerse énfasis en como la Corte trajo a colación la Garantía fundamental denominada legalidad del Juez o del Juez Natural como parte de su argumento para determinar la competencia de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa. De acuerdo con ello, en sentencia de la Corte Constitucional C- 496 de 2015, respecto al tema se indicó:

"El derecho al juez natural es la garantía de ser juzgado por el juez legalmente competente para adelantar el trámite y adoptar la decisión de fondo respectiva, el cual debe ser funcionalmente independiente, imparcial y estar sometido solamente al imperio de la ley (Arts. 228 y 230 C. Pol.) . En este sentido, el juez natural es aquél a quien la Constitución o la Ley le han asignado el conocimiento de ciertos asuntos para su definición, cuya determinación está regida por dos principios: la especialidad, pues el legislador deberá consultar como principio de razón suficiente la naturaleza del órgano al que atribuye las funciones judiciales, y de otro lado, la predeterminación legal del Juez que conocerá de determinados asuntos, lo cual supone: "i) que el órgano judicial sea previamente creado por la ley; ii) que la competencia le haya sido atribuida previamente al hecho sometido a su decisión; iii) que no se trate de un juez por fuera de alguna estructura jurisdiccional (ex post) o establecido únicamente para el conocimiento de algún asunto (ad hoc); y iv) que no se someta un asunto a una jurisdicción especial cuando corresponde a la ordinaria o se desconozca la competencia que por fuero ha sido asignada a determinada autoridad judicial."

De igual forma, es necesario señalar como precedente jurisprudencial horizontal que, en varios despachos judiciales, (vrg. Decisión del 12 de julio de 2018 Juzgado 4 Laboral del Circuito de Bogotá radicado 2016-00419) han considerado que la jurisdicción competente para conocer conflictos como el que hoy nos convoca, no es la ordinaria laboral, sino la Contenciosa Administrativa y, en consecuencia, remiten al juez competente para conocer del asunto, teniendo en cuenta lo dispuesto en los artículos 16 y 138 del CGP, aplicables por autorización del artículo 145 del CPTSS, lo aquí actuado conservará su validez.

Finalmente, es importante poner de presente que, en virtud del principio de congruencia por medio del cual se obliga a los jueces que sus decisiones sean concordantes y congruentes con los hechos y pretensiones aducidos en la demanda, así como también, sean objeto de su estudio acorde con la especialidad del juzgado, para el caso que nos convoca, el Juzgado 33 Laboral de Bogotá en el desarrollo del proceso ordinario y en los términos de la declaratoria, deberá validar si éste tiene el factor de competencia para pronunciarse respecto a la Responsabilidad del Estado solicitada por la parte actora.

7.2 Del insumo técnico proferido por la Dirección de Gestión de Tecnologías de la Información y Comunicaciones:

El día 18 de febrero de 2021 la Oficina Asesora Jurídica solicitó el insumo técnico a la Dirección de Gestión de Tecnologías de la Información y Comunicaciones de la ADRES, la cual allegó el 04 de marzo de la misma anualidad lo pertinente. Del apoyo técnico se logró evidenciar lo siguiente:

- Que ante el ente auditor del Fosyga hoy ADRES, la EPS efectuó la radicación de 325 recobros mediante formato MYT01 y MYT02.

- Que, de acuerdo con la información suministrada por la citada Dirección se glosó los siguientes valores a la EPS:

No.RADICADOS	VALOR RADICADO PRIMERA PRESENTACIÓN	VALOR APROBADO	VALOR GLOSADO	TIPO DE GLOSA	No.RADICADOS
325	$ 315.171.037	$ 215.837.680	$ 99.333.357	GLOSAS COMBINADAS	138
				GLOSA UNICA DE EXTEMPORANEIDAD	2
				OTRAS GLOSAS UNICAS	124
				SIN GLOSA Y SIN OBSERVACIONES	61
				TOTAL	325

Que, se presentaron los siguientes resultados correspondiente a los 325 recobros:

CANTIDAD ESTADO
APROBADO 158
NO APROBADO 135
RECHAZADO 7
AUDITORIA 25
TOTAL 325

Conforme al cuadro reseñado anteriormente, se puede establecer que la EPS en una primera presentación radicó 325 recobros mediante los mecanismos ordinarios de radicación, mediante el cual se obtuvo como resultado: 118 recobros en estado APROBADO, 01 recobro en estado DEVUELTO, 195 recobros en estado NO APROBADO y 11 recobros en estado RECHAZADO.

En razón a esto, la EPS realizó una segunda presentación de la siguiente manera:

- Mediante Mecanismo MYT04 (subsanación/ objeción a la glosa) se radicaron los 108 recobros, mediante el cual se obtuvo como resultado: 35 recobros en estado APROBADO, 01 recobro en estado DEVUELTO, 64 recobros en estado NO APROBADO, 1 recobro en AUDITORIA y 08 recobros en estado RECHAZADO
- Mediante mecanismo Glosa Transversal Resolución 4244 se radicaron 30 recobros, mediante el cual se obtuvo como resultado: 05 recobros en estado APROBADO, 6 recobros en estado NO APROBADO y19 recobros en AUDITORIA

La EPS realizó una tercera presentación:

- Mediante Mecanismo Glosa Administrativa se radicaron 24 recobros, mediante el cual se obtuvo como resultado: 1 recobro en estado APROBADO y 23 recobros en estado NO APROBADO.
- Mediante mecanismo Glosa Transversal Resolución 4244 se radicaron 17 recobros mediante el cual se obtuvo como resultado: 7 recobros en estado NO APROBADO y 10 recobros en AUDITORIA.

Y una cuarta presentación:

- Mediante Mecanismo Glosa Transversal Resolución 4244 se radicaron 32 recobros, mediante el cual se obtuvo como resultado: 1 recobro en estado APROBADO, 28 recobros en estado NO APROBADO y 03 recobros en AUDITORIA.

Finalmente, se efectuó la quinta presentación mediante Mecanismo Glosa Transversal Resolución 4244 la siguiente manera:

- se radicó 01 recobro el cual adquirió una connotación de APROBADO.

Así las cosas, la EPS radicó la totalidad de los recobros NO APROBADOS y RECHAZADOS mediante los diferentes mecanismos dispuestos para su radicación.

a) Normativa vigente aplicada al caso de la referencia:

La normatividad que se relaciona a continuación se cita en concordancia con la fecha de prestación del servicio que corresponde al periodo comprendido entre el 2010-2017:

NORMATIVA OBJETO PRESTACIÓN

RESOLUCION 3099 DE 2008

"Por la cual se reglamentan los Comités Técnico-Científicos y se establece el procedimiento de recobro ante el Fondo de Solidaridad y Garantía, FOSYGA, por concepto de suministro de medicamentos, servicios médicos y prestaciones de salud no incluidos en el Plan Obligatorio de Salud, POS autorizados por Comité Técnico Científico y por fallos de tutela"

PERIODO 2008-2012

RESOLUCIÓN 3754 DE 2008 Por la cual se modifica parcialmente la Resolución número 3099 de 2008.

PERIODO 2008-2012
ACUERDO 008 DE 2009 Por el cual se corrigen aclaran y actualizan integralmente los Planes Obligatorios de Salud PERIODO DE 2010

ACUERDO 029 DE 2011 "Por el cual se define, aclara y actualiza integralmente el plan obligatorio de salud"
PERIODO 2011-2012
ACUERDO 025 DE 2011 Por el cual se realizan algunas inclusiones en el Plan Obligatorio de Salud de los Regímenes Contributivo y Subsidiado PERIODO 2011 - 2012
DECRETO LEY 019 DE 2012 Por el cual se dictan normas para suprimir o reformar regulaciones, procedimientos y trámites innecesarios existentes en la Administración Pública. PERIODO 2012

RESOLUCIÓN 2851 DE 2012

"Por la cual se modifican los artículos 10, 11, 15 y 16, modificados por los artículos 1º, 2º, 4º y 5º de la Resolución número 3754 de 2008, y los artículos 13 y 14 de la Resolución número 3099 de 2008."

PERIODO DE 2012

RESOLUCIÓN 5521 DE 2013 Por la cual se define, aclara y actualiza integralmente el Plan Obligatorio de Salud (POS) PERIODO DE 2013-2014
RESOLUCIÓN 5926 DE 2014 Por el cual se ajusta el Anexo 01 de la Resolución 5521 e 2013 PERIODO DE 2014-2015
RESOLUCIÓN 5592 DE 2015 Por la cual se actualiza integralmente el Plan de Beneficios en Salud con cargo a la Unidad de Pago por Capitación-UPC del Sistema General de Seguridad Social en Salud —SGSSS y se dictan otras disposiciones

PERIODO DE 2015-2016
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)
PERIODO DE 2016-2017
.
b) Glosas impuestas como resultado de la auditoría:

Del anexo técnico se encontró como glosas mayoritarias:

Ante esto, se procede a desarrollar las glosas mayoritarias:

• El fallo de tutela y/o sus anexos no se aporta(n), o no contiene(n) la información requerida: sea del caso precisar que, la normativa vigente la para le fecha de prestación del servicio estableció lo siguiente:

Resolución 5395 DE 2013:

"Artículo 13. Requisitos generales para el proceso de verificación de los recobros. Las entidades recobrantes deberán anexar a cada solicitud de recobro los siguientes documentos:
1. Formato de solicitud de cada recobro (Formato MYT) que para el efecto establezca la Dirección de Administración de Fondos de la Protección Social, o quien haga sus veces.
2. Copia del Acta del Comité Técnico Científico - CTC o copia del fallo de Tutela.
3. Copia de la factura de venta o documento equivalente." (negrillas y subrayas fuera de texto)

Resolución 3951 de 2016

Artículo 35. Requisitos esenciales para la etapa de auditoría integral. Para demostrar la existencia de la respectiva obligación y que por lo tanto, procede el reconocimiento y pago de la solicitud del recobro/cobro por el FOSYGA o quien haga sus veces, la entidad recobrante deberá acreditar el cumplimiento de los siguientes requisitos esenciales:

1. El usuario a quien se suministró la tecnología en salud no cubierta por el Plan de Beneficios en Salud con cargo a la UPC existía y le asiste el derecho.
2. La tecnología en salud prescrita no estaba cubierta por el Plan de Beneficios en Salud con cargo a la UPC para la fecha de

su prestación.
3. El servicio o la tecnología en salud sin cobertura en el Plan de Beneficios en Salud con cargo a la UPC fue prescrita por un profesional de la salud u ordenada mediante un fallo de tutela (…)" (negrillas y subrayas fuera de texto)

En línea con lo anterior, el manual de auditoría estableció respecto de la glosa "El fallo de tutela y/o sus anexos no se aporta(n), o no contiene(n) la información requerida"

Así las cosas, el fallo de tutela que ordena la prestación de un medicamento debe contener la información completa en virtud de la prestación del servicio, y a su vez que tenga la totalidad de los folios expedidos por la autoridad judicial, la fecha, el nombre de la autoridad y el número del proceso, pues con el faltante de uno de estos requisitos y tras validar la información respectiva el ente auditor impondrá la glosa descrita anterior.

Igualmente, es de indicar que no es suficiente que se ordene la prestación de un servicio, sino que, a su vez, se ordene de manera expresa y clara la prestación del medicamento.

Recordemos que uno de los documentos más importantes en la radicación del formato MYT02 es el fallo de tutela que permite evidenciar que existe una orden judicial que se encamina a que ADRES reconozca y pague los medicamentos o servicios descritos en razón a las necesidades expuestas en la parte motiva de tal providencia.

Así mismo, de acuerdo con lo previsto en la Nota Externa 2014331001426683 emitida por la Dirección de Administración de Fondos de la Protección Social, que señala:(…) "De esta manera, teniendo en cuenta que el fallo de un juez de tutela es de obligatorio cumplimiento y debe ser acatado en los términos y condiciones señaladas por la autoridad judicial, so pena de las sanciones establecidas en la ley, y que, de acuerdo a lo señalado por el Alto Tribunal, excepcionalmente el juez de tutela puede ordenar la provisión de tecnologías NO POS sin que medie orden o fórmula médica, el requisito contenido en el numeral 3 del artículo 15 de la Resolución 5395 de 2013, no será exigible cuando, en las condiciones precisadas por la Honorable Corte, exista un fallo que ordene la tecnología NO POS a recobrar de manera expresa"

Es por esto, que se encuentra necesario que obre en el recobro el fallo judicial completo para que en consecuencia de esto se reconozca y pague las prestaciones a que haya lugar.

• Ahora bien, en relación con la glosa "El Acta de CTC no se aporta o no contiene la información requerida por la normativa vigente", el manual de auditoria respecto del tema indicó:

GLOSAS DE EXTEMPORANEIDAD

• Solicitud de Recobro presentada en forma extemporánea de conformidad con el artículo 13 del Decreto-Ley 1281 de 2002.:

De acuerdo con esto, el artículo 13 del Decreto-Ley 1281 de 2002 dispuso:

"ARTÍCULO 13. TÉRMINO PARA EFECTUAR COBROS DIFERENTES DE RECOBROS Y RECLAMACIONES CON CARGO A RECURSOS DE LA ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD (ADRES). <Artículo modificado por el artículo 93 del Decreto Ley 2106 de 2019. El nuevo texto es el siguiente:> Cualquier tipo de cobro que deba atenderse con cargo a los recursos de la Adres, distinto a los que tengan origen en recobros por servicios y tecnologías no financiadas con la Unidad de Pago por Capitación (UPC) o reclamaciones, se deberá presentar ante la Adres en el término máximo de un (1) año contado a partir de la fecha de la generación de la obligación de pago, lo anterior sin perjuicio del término establecido para la firmeza de los reconocimientos y giros de recursos del aseguramiento en salud."

Por lo anteriormente expuesto, se puede establecer que los recobros que fueron objeto de la glosa, la EPS no los radicó ante el ente auditor dentro de los términos irrogados en la normatividad concordante; sin embargo, es importante hacer la salvedad que, en el marco de un proceso judicial, a pesar que el Ente Auditor hubiese glosado un recobro bajo la causal de "glosa de extemporaneidad" y haber sido ajustada de conformidad con las normas que regulan el tema, la experiencia ha demostrado que el juez de conocimiento valida si los recobros están prescritos y en caso que no, proceden a condenar a la ADRES.

Al respecto, los jueces han indicado que si bien, la glosa de extemporaneidad se impuso de conformidad al lineamiento normativo, esto no es óbice para que no se reconozca el recobro, en este sentido, el Tribunal Superior de Bogotá en sentencia de segunda instancia de radicado Sentencia 2014-00413 de julio 24 de 2019 indicó:

"vii) procede glosa por extemporaneidad únicamente respecto al recobro 24976162, radicado con posterioridad a los 06 meses siguientes de la prestación de servicios, circunstancia que con arreglo al artículo 7º del Decreto 1281 de 2002, no genera la falta de pago del recobro, surgiendo inviables intereses o sanción alguna. En este orden, se ordenará que ADRES la cancele, así como los recobros —24976199, 24474556 y 24976198— que fueron presentados dentro del término legal —dentro de los seis meses siguientes a la prestación del servicio."

Ahora bien, para el caso en concreto, se encontró como glosa de extemporaneidad las siguientes:

De lo anterior, es importante poner de presente que estos recobros se encuentran afectados por el fenómeno jurídico de la prescripción en virtud del artículo 488 del CST, tal y como se analizó en el acápite 6. Por tanto, dichos recobros no son susceptibles de conciliar.

7.3 Del insumo técnico proferido por la Dirección de Otras Prestaciones

De acuerdo con los hechos indicados en la demanda, el día 04 de marzo de 2021 la Oficina Asesora Jurídica procedió a solicitar el concepto técnico a la Dirección de Otras Prestaciones de la ADRES con el fin de que se pronunciara respecto de:

- Si los mencionados servicios o tecnologías en salud para la fecha de prestación se encontraban dentro del Plan Obligatorio de Salud – POS, o en su defecto, las tecnologías recobradas objeto de la solicitud corresponden a una prestación no financiada con recursos del SGSSS y/o excluida del POS.

- Si los medicamentos, insumos, y servicios recobrados por la EPS Demandante efectivamente no se encuentran ordenados de manera expresa en el fallo de tutela o no cumplieron con los requisitos establecidos respecto a las actas de Comité Técnico Científico.

- Adicionalmente, señalara los recobros sobre los cuales se mantendrían o levantarían las glosas impuestas en el trámite de auditoría y de ser posible indicar el fundamento de tal decisión.

- Se indicara si, las glosas impuestas se deben mantener en observancia a las notas externas y conceptos aclaratorios emitidos por el Ministerio de Salud y Protección Social justificando su fundamento.

De acuerdo con lo requerido, el insumo fue suministrado el día 16 de abril de 2021, de la siguiente manera:

"Verificación documental: Se evaluó el contenido de la solicitud del correo electrónico de la OAJ y las imágenes suministradas en correo de la OAJ. De las 321 imágenes aportadas se identifica que sesenta y uno (61) corresponden a recobros que no contienen glosa y se encuentran en estado APROBADO, por lo cual, no se evalúan ni se hace pronunciamiento. Lo anterior se registra en el cuadro a continuación:

Las glosas aplicadas a cada recobro evaluado se analizaron frente a la documentación aportada entregados por la Oficina Asesora Jurídica para determinar si habían sido invocadas con ajuste a los criterios de auditoría y al contenido de los documentos aportados por la EPS con cada recobro. Los documentos a los que se acudió para practicar la verificación usualmente fueron las facturas, las actas de CTC, los fallos de tutela o las referencias a ellos contenidas en los formatos dispuestos para el efecto, las fórmulas médicas y las evidencias de entrega o suministro de la tecnología recobrada.

Verificación técnica: Para verificar si las tecnologías enunciadas en la solicitud de concepto hacían parte del Plan de Beneficios – PBS de la época en que fueron suministradas o prestadas, se identificó la norma que regulaba el contenido del PBS vigente para la fecha de prestación del servicio y se validó si los medicamentos indicados en la solicitud de concepto se encontraban incluidos en dicho plan, si aportaban los fallos de tutela o CTC correspondiente y justificación de los servicios recobrados debidamente diligenciados como dicta la norma. En efecto, la normativa consultada para la determinación de aplicabilidad o no de las glosas es:

Así mismo, para determinar la inclusión o no de la tecnología recobrada en el Plan Obligatorio de Salud fue necesario cotejar la información de los soportes anexos por SANITAS EPS con lo normado en el Acuerdo 008 de 2009, Acuerdo 029 de 2011, Resolución 5521 de 2013, Resolución 5926 de 2014, Resolución 5592 de 2015 y Resolución 6408 de 2016.

Para verificar la presunta radicación extemporánea de los mismos, se observa que los servicios contenidos en esos recobros se prestaron, según las fechas contenidas en el archivo, entre los años 2010, 2011 y 2014 y fueron radicados ante el FOSYGA (hoy ADRES) en los años 2012, 2013 y 2015. Las normas que regulaban el trámite de los recobros eran el Art. 13 del Decreto Ley 1281 de 2002 que otorgaba un plazo de seis (6) meses y el Art. 111 del Decreto Ley 019 de 2012 que otorgaba un plazo de un (1) año para la radicación de recobros por servicios no incluidos en el plan de beneficios vigente, contado a partir de la fecha de prestación del servicio o de la ocurrencia del evento según corresponda. Para el efecto, mediante el uso de herramientas de la hoja electrónica, se efectuó el conteo de la cantidad de meses transcurridos entre la fecha de prestación del servicio y la fecha de radicación del recobro. En todos los casos, la cuenta fue superior a lo establecido en la normativa vigente.

Para el análisis de pertinencia de las glosas indicadas en la solicitud de concepto, se elaboró un formato de trabajo a partir del apoyo técnico anexo a la solicitud de la Oficina Asesora Jurídica. En este caso, como conclusión del análisis de información contenida en el aplicativo SII_MYT frente al contenido de los archivos de imágenes, se concluyó si la glosa impuesta aplica o no aplica y en el campo de OBSERVACIONES del archivo Excel "CONCEPTO SANITAS EPS PROCESO_2019-202-33" (columna R), se registró la razón que condujo a esa decisión en los casos donde aplique o no aplique glosa.

Verificación de sistemas: Conforme a la información registrada en el archivo de Excel suministrado por la OAJ, se cotejaron los datos frente a la información disponible en el SII_MYT cuando no existían soportes y era necesario la utilización de este.

Además, se solicitó a la Dirección de Gestión de Tecnologías de la Información y Comunicaciones – DGTIC, realizar un cruce con los números de recobros relacionados en dos archivos adjuntos a la solicitud nombrados (hoja (BDEX)) y (hoja (RNEC)) e identificar, con los números de documento de los usuarios, el régimen al que pertenecen fecha de inicio y fecha final, fecha de fallecido reportada en la base de la Registraduría Nacional del Estado Civil (RNEC), así como toda la información del recobro, el requerimiento fue atendido mediante el número de caso CAS-229209-NOV8J3 de fecha 08 de marzo de 2021. Adicional se solicitó indicar la fecha de comunicación del resultado de auditoría – línea ordinaria de radicación, aún sin respuesta de dicho requerimiento.

ENTREGABLES Como resultado de las validaciones realizadas, se entrega a la Oficina Asesora Jurídica, el presente informe técnico y una hoja electrónica en la que aparecen los datos específicos de cada ítem revisado.

• Si los mencionados servicios o tecnologías en salud para la fecha de prestación se encontraban dentro del Plan Obligatorio de Salud – POS, o en su defecto, las tecnologías recobradas objeto de la solicitud corresponden a una prestación no financiada con recursos del SGSSS y/o excluida del POS.

Para el caso de la tecnología recobrada como WARFARINA SODICA TAB COUMADIN 5MG TAB CAJ X 30; se encuentra incluida en el POS/PBS según el anexo 1 del Acuerdo 008 de 2009.

Respecto al archivo Excel anexo "SOLICITUD CONCEPTO PROCESO 2019-202-33 SANITAS EPS" el concepto de inclusión en el Plan de Beneficios en Salud se tomó como base el Acuerdo 008 de 2009, Acuerdo 029 de 2011, Resolución 5521 de 2013, Resolución 5926 de 2014, Resolución 5592 de 2015 y Resolución 6408 de 2016. Como resultado de lo anterior, en la siguiente tabla se evidencia que de los doscientos sesenta (260) recobros contenidos en ochocientos diecisiete (817) ítems, cuatro (4) se encuentran incluidos en el anexo 1 del listado de medicamentos, seis (6) se encuentran incluidos bajo una condición de presentación del medicamento y diagnóstico del paciente, cuatro (4) se encuentran con cobertura por Combinaciones de Dosis Fijas (CDF) y dos (2) se encuentran con cobertura POS/PBS en desarrollo del principio de integralidad establecido en el numeral 1 del artículo 3 y según Art. 58. Dispositivos médicos de la Resolución 5521 de 2013 por ser necesarios e insustituibles.

Igualmente se evidencia ochocientos uno (801) tecnologías no incluidas en el Plan de Beneficio en Salud (PBS).

• Si los medicamentos, insumos, y servicios recobrados por la EPS Demandante efectivamente no se encuentran ordenados de manera expresa en el fallo de tutela (tratándose de fallos de tutela integrales, no se adjuntó el Formato de justificación médica de tecnologías en salud); o no cumplieron con los requisitos establecidos respecto a las actas de

Comité Técnico Científico, como que no se aporte o no contenga la información requerida por la normativa vigente para la época.

Respecto a esta solicitud, se realizó la verificación de lo aprobado en actas de CTC y/o MIPRES emitidas por la entidad y lo ordenado en los fallos de tutela, este último se clasificó en fallos de tutela taxativos (ordenan el medicamento recobrado de manera genérica o comercial), fallos de tutela que ordenan tratamiento integral y la EPS anexó el formato de integralidad de que trata la Nota Externa 201433200293623 y fallos de tutela que ordenan tratamiento integral como tal.

Se evidencia que seiscientos treinta (630) tecnologías corresponden a ordenamiento por CTC y/o MIPRES, once (11) se encuentran ordenadas de manera taxativa en el fallo de tutela bien sea de manera comercial o genérica, cincuenta y uno (51) servicios recobrados se encuentran ordenados en el fallo de tutela mediante tratamiento integral y la entidad anexó el formato de justificación cumpliendo con lo normado por la Nota Externa 201433200293623 y el diagnóstico tutelado, sesenta y ocho (68) y finalmente ciento trece (113) tecnologías no se encuentran ordenadas en el fallo de tutela, a pesar que el Juez ordena tratamiento integral la tecnología no es conexa con el diagnóstico tutelado, se aclara que la entidad adjunta formato de justificación pero éste no cumple con la normativa y/o el diagnóstico tutelado.

- Adicionalmente, señalar los recobros sobre los cuales se mantendrían o levantarían las glosas impuestas en el trámite de auditoría y de ser posible indicar el fundamento de tal decisión.
- Se indique si las glosas impuestas se deben mantener en observancia a las notas externas y conceptos aclaratorios emitidos por el Ministerio de Salud y Protección Social justificando su fundamento

Frente a estos cuestionamientos, se tomó como base las glosas asignadas en el proceso integral de la última auditoría. El concepto de aplica o no aplica la glosa resultante del proceso de auditoría se evidencia en el archivo Excel "SOLICITUD CONCEPTO PROCESO 2019-202-33 SANITAS EPS" en la columna Q y el correspondiente fundamento se encuentra en la columna R "Observación"

- Indicar la fecha de comunicación del resultado de auditoría - línea ordinaria de radicación.

En la hoja de cálculo denominada "SOLICITUD CONCEPTO PROCESO 2019-202-33 SANITAS EPS" columna S, se deja en blanco a espera de entrega de la información fecha de comunicación del resultado de auditoría – línea ordinaria de radicación.

CONCLUSIONES Del total de glosas ochocientas diecisiete (817) aplicadas a los doscientos sesenta (260) recobros, se consideró, una vez verificados los soportes anexos por la EPS y disponibles en SII_MYT, que setecientos dos (702) glosas aplican y no aplican los ciento quince (115) restantes, es decir 86 % y 14 % de glosas respectivamente.

Las respectivas validaciones y observaciones se encuentran en el archivo Excel adjunto al presente informe técnico.

De acuerdo con esto, a continuación, se transcriben los recobros frente a los cuales, la DOP conceptuó viables de conciliar:

Es importante hacer la salvedad que, a pesar de que la DOP conceptuó la posibilidad de inaplicar la glosa de 115 ítems contenidos en 45 recobros, lo cierto es que, una vez validado el insumo técnico se encontró que el ítem 1 del recobro 121779069 al cual se le adjudicó la glosa "El fallo de tutela y/o sus anexos no se aporta(n), o no contiene(n) la información requerida" se evidenció que la tecnología FITOSTIMOLINE 15GR APOST CAJ X 10 se encuentra incluido en el PBS.

En razón a esto, y teniendo en cuenta que dicho insumo ya fue costeado por la UPC, se siguiere para el presente ítem no proponer un acuerdo conciliatorio.

Por tanto, respecto 114 ítems contenidos en 44 recobros se evidencia viabilidad para proponer fórmula conciliatoria,

teniendo en cuenta no se encuentran afectados por el fenómeno jurídico de la prescripción.

8. Otros aspectos a tener en cuenta:

a) Las facturas no constituyen una obligación de pago:

Sin perjuicio de lo anterior, es importante indicar que, el artículo 772 del Código de Comercio define a la factura del siguiente modo:

"La factura es un 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 corresponda a bienes entregados real y materialmente o a servicios efectivamente prestados en virtud de un contrato verbal o escrito".

Lo anterior se enuncia, debido a que el parágrafo 3 del artículo 66 de la Ley 1753 de 2015 estipuló claramente que "en ningún caso la Entidad (ADRES) asumirá las funciones asignadas a las Entidades Promotoras de Salud."

Es así que, si se lee con atención la Ley 100 de 1993, se encuentra en el artículo 156 que las Entidades Promotoras de Salud tienen como función, la afiliación de los usuarios y la administración de la prestación de los servicios de las Instituciones Prestadoras, además de estar obligadas a suministrar el Plan de Beneficios en Salud a sus afiliados.

En ese sentido, se tiene que las facturas emitidas por las Instituciones Prestadoras no cumplen los criterios del artículo 772 del Código de Comercio frente a la ADRES, puesto que:

- No media un contrato o acuerdo de voluntades entre la ADRES y el prestador de servicios.
- El beneficiario del servicio no es la ADRES.
- La ADRES no es el comprador del servicio.

Análisis del precedente judicial

- De los intereses moratorios

Comoquiera que la convocante solicita el pago de intereses moratorios, es necesario tener en cuenta lo señalado por el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección tercera, en sentencia de recurso de apelación del 28 de agosto de 2019 con radicación 25000232600020090100701 que respecto de los intereses moratorios sostuvo:

"…Con lo dicho hasta aquí, la Sala observa que si bien es cierto la demandante es una Entidad Promotora de Salud que, como tal, hace parte del Sistema General de Seguridad Social en Salud, como lo dispone la Ley 100 de 1993, y está supeditada a las disposiciones que sobre la materia profiera el ahora Ministerio de Salud, como las concernientes al procedimiento de recobro ante el Fosyga por concepto de suministro de medicamentos y servicios no incluidos en el POS, entre otros, también es cierto que en el proceso nada sugiere que, en efecto, esa E.P.S. haya proporcionado tales medicamentos y servicios por orden de los Comités Técnico Científicos o de un juez de la república, o que haya adelantado el proceso de recobro ante el Fosyga o que éste haya pagado la suma de dinero reclamada, ni menos que se hubieran reconocido o no dichos intereses moratorios sobre tales sumas.

En otras palabras, a pesar de que el daño alegado en la demanda se hace consistir en el detrimento patrimonial causado a la E. P.S.ALIANSALUD. por el desconocimiento de los intereses moratorios a los que, en su criterio, tiene derecho, no se halla ninguna evidencia de que la demandante haya radicado cuentas de cobro ante el Fosyga, ni mucho menos que éste, en virtud de tales facturas, le haya reintegrado determinada suma de dinero de la cual sea posible evidenciar, en principio, que no se incluyeron los intereses moratorios que aquí se solicitan.

Agréguese a lo anterior que la Sala no puede asumir que la demandante sufrió un menoscabo en su patrimonio imputable al Estado, ni puede concluir que éste tiene el deber de repararlo, pues se trata de un daño respecto del cual no se tiene prueba alguna y, por el contrario, está fundado en afirmaciones de la demandante desprovistas de prueba.

Todo lo anterior refiere que la parte actora no observó el mandato que le impone el artículo 177 del C. de P. C., según el cual "incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen", pues no allegó elementos probatorios que permitieran evidenciar el daño alegado; así las cosas, como no se acreditaron los elementos fundamentales para imputarle responsabilidad patrimonial al Estado, en los términos del artículo 90 de la Constitución Política, la Sala confirmará la sentencia apelada que negó las pretensiones de la demanda, pero por las razones expuestas en esta providencia…" (Subrayado fuera de texto)

Conforme a lo anterior, no es viable el reconocimiento de intereses moratorios alegados por el demandante conforme a las pretensiones del libelo de la demanda

- Del Valor Probatorio del Dictamen Pericial

La sentencia C-124 de 2011, indica el dictamen pericial de la siguiente manera:

La doctrina tradicional en materia probatoria confiere al dictamen pericial una doble condición: Es, en primer término, un instrumento para que el juez pueda comprender aspectos fácticos del asunto que, al tener carácter técnico, científico o artístico, requieren ser interpretados a través del dictamen de un experto sobre la materia de que se trate. En segundo lugar, el experticio es un medio de prueba en si mismo considerado, puesto que permite comprobar, a través de valoraciones técnicas o científicas, hechos materia de debate en un proceso. Es por esta última razón que los ordenamientos procedimentales como el colombiano, prevén que el dictamen pericial, en su condición de prueba dentro del proceso correspondiente, debe ser sometido a la posibilidad de contradicción de las partes, mediante mecanismos como las aclaraciones, complementaciones u objeciones por error grave. Este carácter dual es confirmado por autores como Silva Melero, quien sostiene que el dictamen pericial cumple una doble función. De un lado "… llevar al proceso conocimientos científicos o prácticos que el juez podría conocer, pero que no está obligado a ello, y que son precisos para adoptar la decisión." Por otro lado, el dictamen también opera como "concepto de pericia de constatación de hechos", o lo que es lo mismo "… constataciones objetivas, que pueden ser independientes la persona del inculpado." A idéntica conclusión arriba la jurisprudencia constitucional. Sobre el particular, en la sentencia T-796/06 (M.P. Clara Inés Vargas Hernández), se pone de presente cómo el dictamen pericial responde a una naturaleza jurídica dual. De un lado, es comprendido como "…un verdadero medio de prueba, debido a que el dictamen pericial se dirige a provocar la convicción en un determinado sentido, esto es, la actividad que realiza el perito tiene finalidad probatoria, ya que tiende a la fijación de la certeza positiva o negativa de unos hechos.". De otro, la experticia también es comprendida como "…un mecanismo auxiliar del juez, ya que mediante el dictamen pericial no se aportan hechos distintos de los discutidos en el proceso, sino que se complementan los conocimientos necesarios para su valoración por parte del juez. Mientras los medios de prueba introducen en el proceso afirmaciones fácticas relacionadas con las afirmaciones iniciales de las partes, con interés exclusivo para el proceso concreto, la pericia introduce máximas de experiencia técnica especializadas de validez universal para cualquier tipo de proceso" (Subrayado y negrilla fuera de texto)

Lo anterior implica que, como todo medio de prueba el dictamen pericial también puede ser controvertido por las partes cuando no están de acuerdo con este, y en relación con el caso en concreto lo que se pretende en un eventual escenario en vía judicial, es que con las pruebas testimoniales y documentales se permita demostrar que efectivamente así la EPS posiblemente fuera titular de un derecho, si esta no remite la documentación necesaria y acorde a lo establecido en la normatividad vigente y concordante a la materia, tal situación obedecerá a un estado de NO APROBADO por parte del ente auditor, lo cual será comunicado a fin de que esta acceda a todos los mecanismos para subsanar u objetar tales observaciones desplegadas de una auditoría integral.

Si bien es cierto, el dictamen pericial es una prueba aportada por un testigo perito, es decir una persona con conocimientos idóneos y técnicos, que permiten inferir y dar veracidad de los hechos objeto de su análisis, sin embargo, se debe recordar que el valor probatorio de dicho dictamen, debe ser coherente en relación a los requisitos exigidos por la normatividad que permitan parametrizar y delimitar la necesidad conducencia pertinencia y utilidad de la prueba en relación con los recobros objeto del litigio; esto por cuanto, en reiteradas ocasiones las EPS no han cumplido con los requisitos y elementos esenciales establecidos, para el reconocimiento y pago de los recobros, situación que no puede ser subsanada con la emisión de un concepto o informe técnico, sino con la presentación de los requisitos que demuestren efectivamente la exigibilidad del derecho.

Indicado lo anterior, es pertinente indicar que la EPS SANITAS al solicitar como perito un contador público, es importante tener en cuenta que éste profesional no genera veracidad sobre el análisis de los recobros presentados en la demanda, situación que el Despacho debió haber tenido en cuenta.

11. Doctrina

- La ley no distingue el reconocimiento de gastos para la cobertura de servicios PBS o no PBS

En consonancia con lo hasta aquí desarrollado, el legislador concibió el sistema de manera integral, de modo tal que no es factible acudir a un servicio NO POS sin haber accedido a la atención de un médico cuyos honorarios se encuentran cubiertos en la liquidación de la UPC que reconocía el entonces FOSYGA, hoy ADRES y que hace parte del POS- PBS, por lo que al validar la redacción del artículo 23 de la Ley 1438 de 2011 , resulta claro que legalmente no existe una distinción donde la Ley indique que para la prestación de servicios en salud incluidos en el POS se reconozca el 10% de la UPC, sino que teniendo en cuenta la integralidad de la prestación, se concibe que los costos y gastos se encuentran satisfecho con la

liquidación que por dicho concepto se efectúa desde el Estado y siendo conscientes de que la población afiliada continuamente en su 100% no toma la prestación del servicio de salud durante el mes de cada corte de compensación.

Para aclarar, se reitera, la prescripción de un servicio NO POS, surge con una necesidad individual y excepcional. En este escenario, el médico tratante (médico ya antes contratado por la EPS) en ejercicio de su autonomía médica es quien determina la necesidad de las tecnologías de salud no contempladas en el POS ahora PBS, teniendo en cuenta la previa utilización del conjunto de tecnologías de salud garantizadas por el POS, es decir los costos y gastos para atender el diagnóstico y tratamiento de los afiliados a la EPS se hacen extensivos para estos servicios, ya que la EPS utiliza su red de prestadores, proveedores y profesionales de la salud y personal administrativo para atender todas las contingencias que se presenten en la prestación del servicio de salud de sus afiliados, es allí donde se ve plasmada la función del aseguramiento en salud.

Ahora bien, es imperioso indicar, que no es factible efectuar erogaciones con recursos públicos por conceptos no prescritos en la Ley, so pena de incurrir en faltas disciplinarias, penales y fiscales.

Otros Argumentos

- Inexistencia de reconocimiento de gastos administrativos.

Como se anotó en líneas anteriores, entre las pretensiones de solicitud de condena al pago de gastos administrativos como daño emergente, se fundamenta en el artículo 23 de la Ley 1438 de 2011, el cual dispone en el primer inciso, lo siguiente:

“ARTÍCULO 23. GASTOS DE ADMINISTRACIÓN DE LAS ENTIDADES PROMOTORAS DE SALUD. El Gobierno Nacional fijará el porcentaje de gasto de administración de las Entidades Promotoras de Salud, con base en criterios de eficiencia, estudios actuariales y financieros y criterios técnicos. Las Entidades Promotoras de Salud que no cumplan con ese porcentaje entrarán en causal de intervención. Dicho factor no podrá superar el 10% de la Unidad de Pago por Capitación.”

De la anterior norma es fácil concluir que en momento alguno determina que se deba reconocer valor alguno diferente al 10 % de gastos administrativos a aquel que se extrae de la UPC, y por consiguiente, de ser reconocido a través de la UPC, la EPS no puede exigir el pago de una prestación diferente o adicional.

En el mismo sentido, se debe aclarar como la norma jurídica en momento alguno hace distinción en cuanto al origen de la prestación, es decir, si el reconocimiento de gastos administrativos se deriva de la prestación de servicios incluidos o no los Planes de Beneficios y por consiguiente, ante la falta de distinción y claridad de la norma, al interprete no le es permitido hacer tal discriminación, criterio que comparte la H. Corte Constitucional al considerar:

“Incluso resulta plenamente aplicable al tema, el principio general de interpretación jurídica según el cual donde la norma no distingue, no le corresponde distinguir al intérprete. La argumentación del demandante consiste en establecer una diferenciación constitucional entre la iniciativa legislativa y la iniciativa constituyente, basado en el hecho de que la Constitución contiene una atribución expresa de representación gubernamental para la iniciativa legislativa en cabeza de los Ministros – art. 200-1, C.P.-, y no contiene una atribución similar para la iniciativa constituyente. También se complementa esta argumentación con referencias a lo dispuesto en la Ley 5ª de 1992. Sin embargo, nota la Corte que, en aplicación del principio hermenéutico básico que se enunció, no es jurídicamente viable deducir, por esta vía, reglas constitucionales implícitas que contrarían el texto mismo del artículo 208 Superior, cuyo mandato general de vocería gubernamental no establece tal diferenciación.” (Resaltado ajeno al texto)

Por tanto, ante la falta de distinción realizada por el legislador al reconocer un porcentaje determinado de gastos administrativos en la clase y cobertura de servicios prestados por las Entidades Promotoras de Salud, no es posible hacerla al interprete.

Aplica directriz institucional o nacional:	NO
¿El proceso tiene fallo?	NO

Recomendaciones del abogado

Recomendación al comité	Conciliación parcial

Conclusiones

De conformidad con el concepto emitido por la Dirección de Otras Prestaciones y el marco legal descrito en la presente ficha, a pesar de que el área técnica conceptuó la posibilidad de inaplicar la glosa de 115 ítems, no es factible la conciliación

total para dichos ítems en virtud de que el recobro 121779069 al cual se le impuso la glosa “El fallo de tutela y/o sus anexos no se aporta(n), o no contiene(n) la información requerida” versa sobre una tecnología incluida en el PBS y por ende costeada por la UPC. En razón a esto, se sugiere no conciliar este ítem.

Respecto de 114 ítems contenidos en 44 recobros que se transcriben a continuación la Oficina de Asesora Jurídica considera que es VIABLE presentar fórmula de conciliación parcial:

.

Lo anterior implica entonces, una propuesta conciliatoria por un valor total de VEINTE MILLONES NOVECIENTOS SEIS MIL DIECISEIS PESOS MONEDA LEGAL COLOMBIANA ($20.906.016 M/CTE), por concepto de capital relacionado con 114 ítems contendidos en 44 recobros, los cuales no se encuentran afectados por el fenómeno jurídico de la prescripción.

Lo anterior conforme al detalle que se expone a continuación:

En relación los 281 recobros restantes, NO ES VIABLE proponer FÓRMULA DE CONCILIACIÓN, toda vez que, adolecen de glosas de conformidad con lo establecido en las Resoluciones 3099 de 2008, 3754 de 2008, 5395 de 2013, 3951 de 2016 y el manual de auditoría concordante para la fecha de prestación del servicio, por lo cual no es procedente su reconocimiento y posterior pago en vía judicial.

Así mismo, de conformidad con el artículo 488 del CST y SS operó el fenómeno jurídico de la prescripción en relación con 33 recobros y 18 recobros en aplicación a lo establecido en el artículo 151 del CST y SS. Por último, y en virtud del principio de congruencia que rige la jurisdicción laboral, el juzgado no podrá declarar la responsabilidad del Estado ya que esas pretensiones salen del resorte de su conocimiento.

Finalmente, la Administradora considera importante que se agenden espacios con la EPS actora, a fin de comunicarle las ventajas que tiene acogerse al Acuerdo de Punto Final, para incentivar un posible desistimiento en el proceso laboral ordinario.

Valores recomendados a conciliar por cada pretensión del proceso

Descripción	Unidad monetaria	Valor	Valor a conciliar recomendado
DAÑO MATERIAL - LUCRO	Pesos	67.215.842,000	20.906.016,000