## Información del proceso judicial asociado a la ficha

| | |
|---|---|
| **Número de la ficha:** | 83137 |
| **Elaborada por:** | ASTRID YUBEIDY VERA OQUENDO (ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD) |
| **Código único del proceso:** | 05001310502120140164000 |
| **Jurisdicción:** | ORDINARIO LABORAL |
| **Tipo de acción o medio de control:** | ORDINARIO LABORAL |
| **Despacho actual:** | JUZGADO 21 LABORAL DEL CIRCUITO DE MEDELLIN |
| **Valor económico inicial:** | $296,872,805.00 |
| **Valor económico indexado:** | $427,293,948.46 |
| **Última actuación:** | EJECUTORIA DE LA SENTENCIA |

### Partes del proceso o caso:

| Tipo de parte procesal | Tipo de documento | Identificación | Nombre/Razón social | Calidad |
|---|---|---|---|---|
| OTRA PARTE | Cédula de Ciudadanía | 9999999117 | CAJA DE COMPENSACION FAMILIAR COMFENALCO ANTIOQUIA | DEMANDANTE |
| ENTIDAD | Número de identificación tributaria | 900474727 | DIRECCION DE ADMINISTRACION DE FONDOS DE LA PROTECCION SOCIAL DEL MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCION SOCIAL | DEMANDADO |
| ENTIDAD | Número de identificación tributaria | 901037916 | ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD | DEMANDADO |

### Hechos:

1. LA DEMADNANTE A TRAVÉS DE SU PROGRAMA EPS ENTREGÓ OPORTUNAMENTE LOS MEDICAMENTOS O PRESTÓ PROCEDIMIENTOS, INTERVENCIONES O ELEMENTOS NO INCLUIDOS EN EL PLAN OBLIGATORIO DESALUD (POS), ORDENADOS EN VIRTUD A UN FALLO DE TUTELA Y/O APROBADO POR EL COMITÉ TÉCNICO CIENTÍFICO DE LOS AFILIADOS.

2.EN VIRTUD DE LA OBLIGACIÓN LEGAL DE CANCELAR A LAS EPS EL VALOR POR LOS SERVICIOS Y MEDICAMENTOS PRESTADOS A SUS AFILIADOS NO INCLUIDOS EN EL POS, LA DEMANDADA LE ADEUDA RECOBROS. 3. LA DEMANDANTE RADICÓ LOS RECOBROS DE MANERA OPORTUNA ANTE EL MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL, ENTONCES MINISTERIO DE LA PROTECCIÓN SOCIAL, PERO NO FUERON RECONOCIDOS.

### Causas y Subcausas:

| Entidad | Causa | Subcausa |
|---|---|---|
| | INCUMPLIMIENTO EN EL RECONOCIMIENTO DE MEDICAMENTOS Y SERVICIOS INCLUIDOS O NO EN EL POS | |

## Valor económico del proceso o caso

### Pretensiones:

| Tipo de pretensión | Unidad monetaria | Valor |
|---|---|---|
| DAÑO MATERIAL - OTROS | PESOS | 296,872,805.00 |

### Fechas de vencimiento de pago y existencia del llamamiento:

**Fecha de ejecutoria:** 2021/03/23

### ¿Existe llamamiento en garantía dentro del proceso objeto de estudio?:

SI

### Pagos realizados por la entidad:

| Resolución No. | Orden de pago No. | Capital | Intereses corrientes | Intereses moratorios |
|---|---|---|---|---|
| 553 de 17 de marzo de 2022 | 73 de 17 de marzo de 2022 | 138,696,407.00 | 0.00 | 345,149,418.00 |
| 0000520 de 09 de marzo del 2022 | 69 de 09 de marzo del 2022 | 28,259,278.00 | 0.00 | 75,168,048.00 |

**Fecha efectiva último pago:** 2022/03/17

### Presuntos responsables:

| Nro. Identificación | Nombre o razón social | Servidor publico | No. de contrato | Cargo al momento de los hechos |
|---|---|---|---|---|
| 3229404 | ARMANDO FLOREZ PINZON | Contratista | 055 de 2011 | efectuar el proceso de auditoría en relación con medicamentos, procedimientos, servicios médicos y tecnologías no incluidas en el Plan Obligatorio de Salud – POS |
| 91286219 | JORGE ENRIQUE COTE VELOSA | Contratista | 055 de 2011 | efectuar el proceso de auditoría en relación con medicamentos, procedimientos, servicios médicos y tecnologías no incluidas en el Plan Obligatorio de Salud – POS |

## Análisis del proceso o caso

### Análisis de la conducta (Dolo o culpa grave) de las personas vinculadas en este estudio

10. Conducta frente a los elementos de la responsabilidad civil patrimonial del servidor público (Ley 1437 de 2011, artículo 142):

10.1. DOLO: de conformidad con los comportamientos establecidos en el Artículo 5 de la Ley 678 de 2002, se prevé las siguientes situaciones:

a. Obrar con desviación de poder: En el curso del proceso, se pudo constatar que uno de los insumos más importantes para la misma, y que serviría de prueba documental para el ejercicio de la defensa y la contradicción, eran los resultados de auditoría integral realizados por el ente auditor, contentivo de las glosas impuestas en el trámite de auditoría de

conformidad con el marco normativo vigente para la prestación del servicio. Estos resultados permiten deducir que en ningún momento fue capricho del ente auditor la imposición de las glosas, toda vez que las mismas estuvieron sujetas al marco normativo y al manual de auditoría vigente para el momento de la radicación de las reclamaciones objeto de reconocimiento a través de proceso judicial.

Adicionalmente se deben tener en cuenta los siguientes presupuestos para determinar el dolo en la actuación del servidor público, o contratista:

"…No obstante, en relación con las mismas causales de presunción de dolo o culpa grave también es oportuno anotar que, estricto sensu, no establecen hechos indicadores o inferencias con base en las cuales se deduzca un hecho desconocido, sino que directamente consagran una serie de casos que configuran el dolo o la culpa grave. Y es que si bien, por lo regular, la ley señala y establece con claridad la presunción, no siempre existe ésta como tal por la sola razón de que emplee las expresiones "se presume", "se reputa", "se considera", "se colige", "se entenderá" u otras similares, toda vez que el legislador también suele disponer, estatuir, prescribir o definir situaciones o instituciones usando frases de ese estilo.

Por eso, llama la atención a la Sala que los artículos 5 y 6 de la Ley 678 de 2001 más que estatuir presunciones lo que hacen es calificar o señalar directamente unos hechos como dolosos y otros como gravemente culposos. En efecto, un análisis de las conductas contempladas en las causales establecidas como tales en dichas disposiciones permite llegar a esa conclusión, pues no describen un antecedente a partir del cual se infiera o se presuma el dolo o la culpa grave, sino que están definiendo que cuando ocurra cualquiera de los hechos en las mismas enunciados no es que se presuma el dolo o la culpa grave, sino que existen éstos comportamientos o conductas calificadas , a menos que se entienda que se trata de hechos objetivos de los cuales se deduce un hecho subjetivo relacionado con la culpabilidad del agente.

No obstante, respecto de las glosas de extemporaneidad impuestas el Despacho consideró que se encontraba infundada teniendo en cuenta la prescripción trienal, conforme a lo establecido en el artículo 151 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social, por tanto, ordenó su reconocimiento y pago- situación ésta que conduce a que el Tribunal disponga que el auditor reconozca y pague los intereses moratorios causados sobre dichos recobros.

b. Haber expedido el acto administrativo con vicios en su motivación por inexistencia del supuesto de hecho de la decisión adoptada o de la norma que le sirve de fundamento: En el caso particular, lo que refiere a la responsabilidad por parte del ente auditor, se sujeta directamente con función de dos preceptos: El primero recae en que el resultado de la auditoria esté sujeto al marco normativo vigente tanto a la prestación del servicio, como a la exigibilidad de la obligación y los requisitos de la presentación de las facturas por parte de la EPS, y el segundo directamente hace alusión a que dicho resultado de la auditoria a la IPS, haya sido comunicado dentro del término legal establecido, situaciones que una vez se verificaron documentalmente no fueron transgredidas, toda vez que el ente auditor sustentó normativamente la imposición de las glosas y comunicó dicho resultado, tal y como el mismo demandante lo indicó en su escrito.

c. Haber sido penal o disciplinariamente responsable a título de dolo por los mismos daños que sirvieron de fundamento para la responsabilidad patrimonial del Estado: Para el caso en particular, esta condición no se encuentra descrita para las firmas auditoras, toda vez que, en función de sus obligaciones, se dispuso a emitir los resultados pertinentes a la auditoría realizada, razón por la cual esta condición no sería procedente para endilgar dolo en el actuar por parte del ente auditor.

d. Haber expedido la resolución, el auto o sentencia manifiestamente contrario a derecho en un proceso judicial: En el caso en particular, el ente auditor emitió el resultado de la auditoría en el marco jurídico vigente a la luz de los dispuesto en la Resolución 3099 de 2008, modificada por las Resoluciones 3754 y 5033 de 2008, 4377 de 2010 y 1089, 1383, 2064 y 2256 de 2011, por lo tanto la UT Nuevo Fosyga nunca se apartó de la constitución o la ley, igualmente la imposición de las glosas es una de las obligaciones principales derivadas del objeto del contrato, razón por la cual no extralimitó sus funciones y consecuentemente no se evidenció dolo para iniciar una acción de repetición en su contra.

Por su parte, el artículo 6º ibidem dispone que la conducta del agente del Estado es gravemente culposa cuando el daño es consecuencia de una infracción directa a la Constitución o a la ley o de una inexcusable omisión o extralimitación en el ejercicio de las funciones, adicionalmente es el operador judicial quien por medio de sentencia condenatoria deberá decretarlo.

10.2. CULPA GRAVE

Por su parte, el artículo 6º de la Ley 678 de 2002, dispone que la conducta del agente del Estado es gravemente culposa cuando el daño es consecuencia de una infracción directa a la Constitución o a la ley o de una inexcusable omisión o extralimitación en el ejercicio de las funciones, a la luz de las presunciones establecidas en el artículo 6 ibidem, se prevé las siguientes conductas:

a. Violación manifiesta e inexcusable de las normas de derecho: El ente auditor nunca actuó bajo ningún capricho, por el contrario, sustentó en debida forma las causales de rechazo legales existentes que contemplaban las glosas impuestas de acuerdo al marco normativo pertinente para las tecnologías recobradas. Ahora bien, si conforme al artículo 230 de la Constitución Política, la importancia o interpretación de los requisitos esenciales que demuestren la existencia de la respectiva obligación, a partir de los cuales determino el monto a reconocer y pagar, discrepan en la apreciación por parte del juez, esto no indica el mal actuar del ente auditor.

b. Carencia o abuso de competencia para proferir la decisión anulada, determinada por error inexcusable: Las funciones de la UT Nuevo Fosyga se encuentran contractualmente pactadas, para que en el marco de auditoría imponga glosas si a ellas hubiere lugar, por lo cual este requisito que configura la culpa grave no se observó en la actuación del ente auditor.

c. Omisión de las formas sustanciales o de la esencia para la validez de los actos administrativos determinada por error inexcusable: El resultado de la auditoría fue meramente la consecuencia del no cumplimiento de los requisitos esenciales que deben cumplir los recobros presentados por la EPS, establecidos en la normatividad vigente para la prestación de servicios, lo que permite indicar que en ningún momento se vulneró las formas sustanciales para la emisión del resultado pues la imposición de las glosa fueron el desenlace del incumplimiento de los requisitos por parte de la EPS en la presentación de los recobros.

**Análisis del proceso**

A continuación, se describen las actuaciones administrativas y operativas adelantadas por la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud – ADRES, en procura de cumplir con las sentencias proferidas en primera instancian por el Juez 21 Laboral del Circuito de Medellín y segunda instancia por el Tribunal Superior de Medellín.

- El 29 de noviembre de 2016 el Juzgado 21 Laboral del Circuito de Medellín emitió fallo condenatorio de primera instancia.

- Ante la decisión adoptada por el Despacho, las partes interpusieron recurso de apelación.

- El 21 de enero de 2021 el Tribunal Superior de Medellín, Sala Laboral modificó la condena ordenada por el ad quo y profirió sentencia de segunda instancia.

- El 14 de septiembre de 2021, en el respectivo informe de sentencia del proceso, indicó (I) los aspectos facticos y jurídicos por medio del cual condenaron a la ADRES en las diferentes instancias procesales, (II) el capital de condena e intereses moratorios III) las costas y agencias en derecho ordenadas por el Juzgado. Por tal motivo, manifestó que era procedente adelantar el reconocimiento y pago de lo ordenado.

- El 09 de marzo del 2022, se expidió el Certificado de Disponibilidad Presupuestal No. 69 emitido por la Dirección de Gestión de los Recursos Financieros de Salud de ADRES, por el valor de CIENTO TREINTA MILLONES TREINTA Y UN MIL OCHOCIENTOS TREINTA Y SIETE CON SEIS CENTAVOS M/CTE ($ 130.031.837,06), el cual se resume en los siguientes valores.

Capital de condena: Para tal efecto se tiene en cuenta la parte resolutiva de la sentencia $28.259.278
Liquidación de intereses: $75.168.048,06
Agencias en Derecho: $15.686.693

Honorarios profesionales perito: $10.917.818
TOTAL A GIRAR $ 130.031.837,06

- La ADRES expidió la Resolución No. 0000520 de 09 de marzo del 2022 por medio del cual dispuso:
“ARTÍCULO PRIMERO. - Dar cumplimiento a la sentencia proferida por el Juzgado 21 Laboral del Circuito de Medellín, dentro del proceso radicado bajo el número 05001310502120140164000 y, en consecuencia, ordenar el pago por la suma de $130.031.837,06, a favor de la CAJA DE COMPENSACIÓN FAMILIAR COMFENALCO ANTIOQUIA identificada con NIT.

890.900.842 y de la Dra. CLAUDIA MARÍA ANGARITA GÓMEZ, identificada con CC. 42893010 en su calidad de perito.

ARTÍCULO SEGUNDO. -Ordenar el gasto y autorizar el giro en favor de la CAJA DE COMPENSACIÓN FAMILIAR COMFENALCO ANTIOQUIA, identificada con NIT. 890.900.842, por la suma de CIENTO DIECINUEVE MILLONES CIENTO CATORCE MIL DIECINUEVE PESOS CON SEIS CENTAVOS M/CTE ($119.114.019,06) con cargo al rubro A-03- 10-01 Sentencias."

- Encontrándose pendiente el pago de lo condenado en primera instancia, por un valor por concepto de capital de $138.696.407, más intereses moratorios liquidados conforme a lo ordenado en la sentencia de primera instancia respecto a los 289 recobros y teniendo en cuenta la parte resolutiva de la sentencia, se tomaron las fechas de radicación efectiva conforme a lo reportado en los anexos (Fecha radicación factura, fecha de pago) por un valor total de $ 345.149.418,80.
- El 17 de marzo de 2022, se expidió el Certificado de Disponibilidad Presupuestal No. 73 emitido por la Dirección de Gestión de los Recursos Financieros de Salud de ADRES, por el valor de CUATROCIENTOS OCHENTA Y TRES MILLONES OCHOCIENTOS CUARENTA Y CINCO MIL OCHOCIENTOS VEINTICINCO PESOS CON OCHENTA CENTAVOS M/CTE ($483.845.825,80) discriminados de la siguiente manera:

Capital de condena: Para tal efecto se tiene en cuenta la parte resolutiva de la sentencia $138.696.407

Liquidación de intereses: $ 345.149.418,80
TOTAL A GIRAR $ 483.845.825,80

- La ADRES expidió la Resolución No. 553 de 17 de marzo del 2022 por medio del cual dispuso:

"ARTÍCULO PRIMERO. - Dar cumplimiento a la sentencia proferida por el Juzgado 21 Laboral del Circuito de Medellín, dentro del proceso radicado bajo el número 05001310502120140164000 y, en consecuencia, ordenar el pago por la suma de $483.845.825,80, a favor de la CAJA DE COMPENSACIÓN FAMILIAR COMFENALCO ANTIOQUIA identificada con NIT. 890.900.842

ARTÍCULO SEGUNDO. -Ordenar el gasto y autorizar el giro en favor de la CAJA DE COMPENSACIÓN FAMILIAR COMFENALCO ANTIOQUIA, identificada con NIT. 890.900.842, por la suma de CUATROCIENTOS OCHENTA Y TRES MILLONES OCHOCIENTOS CUARENTA Y CINCO MIL OCHOCIENTOS VEINTICINCO PESOS CON OCHENTA CENTAVOS M/CTE ($483.845.825,80) con cargo al rubro A-03-10-01 Sentencias."

- De conformidad con las autorizaciones de pago establecidas en las Resoluciones N°. 0000520 de 09 de marzo y N°. 553 de 17 de marzo de 2022, el día 3 de mayo de 2022 la ADRES realizó el pago mediante giro bancario en favor de COMFENALCO ANTIOQUIA.

- El 5 de mayo de 2022 se remitió a la secretaría técnica del Comité el expediente para estudio de repetición; por lo tanto, con el fin de analizar la causal de la condena en vía pre judicial se hizo necesario escuchar las audiencias y proceder con la proyección respectiva ficha de estudios jurídicos, la cual tras haber tenido ajustes se somete a consideración de los miembros en la presente sesión.

**Aplica directriz institucional o nacional:** NO

## Análisis de caducidad

El artículo 11 de la Ley 678 de 2001 consagró el término con que cuenta la administración para adelantar la acción de repetición, y sobre el particular dispuso:

"ARTÍCULO 11. Caducidad. La acción de repetición caducará al vencimiento del plazo de dos (2) años contados a partir del día siguiente al de la fecha del pago total efectuado por la entidad pública.

Cuando el pago se haga en cuotas, el término de caducidad comenzará a contarse desde la fecha del último pago, incluyendo las costas y agencias en derecho si es que se hubiere condenado a ellas. Texto subrayado Declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-394 de 2002, bajo el entendido que la expresión "Cuando el pago se haga en cuotas, el término de caducidad comenzará a contarse desde la fecha del último pago" contenida en él, se somete al mismo condicionamiento establecido en la Sentencia C-832 de 2001, es decir, que el término de caducidad de la acción empieza a correr, a partir de la fecha en que efectivamente se realice el pago, o, a más tardar, desde el vencimiento del plazo de 18 meses previsto en el artículo 177 inciso 4 del Código Contencioso Administrativo.

PARÁGRAFO. La cuantía de la pretensión de la demanda de repetición se fijará por el valor total y neto de la condena impuesta al Estado más el valor de las costas y agencias en derecho si se hubiere condenado a ellas, del acuerdo conciliatorio logrado o de la suma determinada mediante cualquier otro mecanismo de solución de conflictos, sin tomar en cuenta el valor de los intereses que se llegaran a causar."

No obstante, la sentencia No. 25000232600020051142301 y la jurisprudencia existente sobre el conteo de términos en materia de caducidad dispuso que:

"En materia de caducidad de la acción de repetición, resulta aplicable el artículo 11 de la ley 678 de 2001 según el cual, la acción de repetición caducará al vencimiento del plazo de dos (2) años contados a partir del día siguiente al de la fecha del pago total efectuado por la entidad pública.

Por su parte, la Corte Constitucional declaró la exequibilidad condicionada de la anterior disposición, en el entendido de que en el evento en el cual no se hubiere pagado la condena respectiva, el término se debe contabilizar a partir del vencimiento de los 18 meses de la ejecutoria de la sentencia que impuso la condena.

Dado lo anterior, se toma lo que ocurra primero en el tiempo, esto es, el pago de la suma a que se condenó, o por la cual se concilió, o cuyo reconocimiento se realizó, o el vencimiento de los 18 meses a que se refiere el artículo 177 del C.C.A., sin que se haya realizado el pago de tal suma como el momento para que empiece a correr el termino para ejercer la acción."

A pesar de lo hasta aquí expuesto, con la entrada en vigor de la Ley 1437 de 2011, el término de los dieciocho (18) meses consagrados en el Decreto 01 de 1984 cambió a diez (10) meses, disponiéndose en el artículo 192 de la Ley 1437 de 2011 lo siguiente:

"Artículo 192. Cumplimiento de sentencias o conciliaciones por parte de las entidades públicas. Cuando la sentencia imponga una condena que no implique el pago o devolución de una cantidad líquida de dinero, la autoridad a quien corresponda su ejecución dentro del término de treinta (30) días contados desde su comunicación, adoptará las medidas necesarias para su cumplimiento.

Las condenas impuestas a entidades públicas consistentes en el pago o devolución de una suma de dinero serán cumplidas en un plazo máximo de diez (10) meses, contados a partir de la fecha de la ejecutoria de la sentencia. Para tal efecto, el beneficiario deberá presentar la solicitud de pago correspondiente a la entidad obligada.

Las cantidades líquidas reconocidas en providencias que impongan o liquiden una condena o que aprueben una conciliación devengarán intereses moratorios a partir de la ejecutoria de la respectiva sentencia o del auto, según lo previsto en este Código.

Cuando el fallo de primera instancia sea de carácter condenatorio y contra el mismo se interponga el recurso de apelación, el Juez o Magistrado deberá citar a audiencia de conciliación, que deberá celebrarse antes de resolver sobre la concesión del recurso. La asistencia a esta audiencia será obligatoria. Si el apelante no asiste a la audiencia, se declarará desierto el recurso." (negrillas fuera de texto)

Teniendo en cuenta la normatividad y jurisprudencia antes citada, se evidencia que el término de los dos (2) años inicia a partir de la fecha de pago de la sentencia judicial, o en su defecto, cuando finaliza el plazo máximo dispuesto para su cumplimiento, y concretamente el Juzgado 21 Laboral del Circuito de Medellín a través de auto proveído el 18 de marzo de 2021, confirmó la decisión del ad quem y aprobó la liquidación de costas procesales; se tiene que el plazo de diez (10) meses señalado en el artículo 192 del CPACA culminaba el 18 de enero de 2022 y considerando que el reconocimiento total de la condena se efectuó el 05 de mayo de 2022 conforme a la certificación bancaria que conforman el expediente, el terminó de los dos (2) años deberá empezar a contar a partir del 18 de enero de 2022 por ser el máximo plazo legalmente dispuesto para su pago; en todo caso al no haber superado el termino de los dos (2) años para ejercer el medio de control de repetición, la ADRES se encuentra en tiempo para acudir al medio de control de repetición, si lo considerase pertinente.

Respecto a la norma aplicable para el análisis del caso en concreto, considerando que la Ley 2195 de 18 de enero de 2022 en el capítulo VII consagra modificaciones para el estudio del medio de control de repetición, el artículo 11 de la Ley 678 de 2001 fue sustituido por el artículo 42 de la Ley 2195 de 2022, norma en la que se dispuso ampliar el término de la caducidad a cinco años, es pertinente señalar que para el estudio del caso en concreto si bien el pago completo de la condena se realizó el 02 de mayo de 2022, en vigencia de la citada Ley, para el presente estudio es aplicable la disposición anterior dado que la sentencia emitida por el Tribunal Superior de Superior de Medellín fue proferida el 21 de enero de 2021 y se ejecutorio en vigencia de la Ley 678 de 2001.

**Motivo central de la condena u objeto de la conciliación**

Tras el respectivo trámite procesal, el 29 de noviembre de 2016 el Juzgado 21 Laboral del Circuito de Medellín, adelantó audiencia de juzgamiento en la cual profirió fallo de primera instancia en el sentido de condenar a la entidad por 293 solicitudes de recobro relacionados en archivo Excel en la tabla denominada recobros reconocidos, el cual inicia con el recobro No. 25938600 y finaliza con el No. 25595200 por un monto total de $138.696.407 por concepto de servicios no incluidos en el POS y ordenó al reconocimiento y pago de $13.869.641 respecto a los intereses moratorios establecidos para los tributos administrados por la DIAN exceptuando los radicados 25850032, 26152212 y 25899902.

El Juez ordenó al pago de las agencias en derecho por la suma de $9.538.908 respecto a los honorarios del perito, disponiendo en la parte resolutiva lo siguiente:

"Primero: Se condena al Ministerio de Salud y Protección Social a pagar a CAJA DE COMPENSACIÓN la suma de $138.696.407 correspondiente al valor de servicios, procedimientos y/o medicamentos no incluidos en el POS, suministrados a los afiliados relacionados en el archivo digital adjunto, en la tabla denominada recobros reconocidos.

Segundo: Se condena a la demandada a reconocer y pagar a la demandante los intereses moratorios establecidos para los tributos administrados por la DIAN, sobre los recobros reconocidos, calculados desde la fecha de reclamación, hasta que se verifique el pago de la obligación, según la información contenida en el archivo digital adjunto, tabla "recobros reconocidos", exceptuando los radicados 25.850.032, 26.152.212 y 25899902.

Tercero: Se declara probada parcialmente la excepción de inexistencia de la obligación y parcialmente la de prescripción.

Cuarto: Se condena en costas a la parte demandada, por agencias en derecho se fija la suma de $13.869.641 en favor de la demandante.

Quinto: Por honorarios del perito, la Dra Claudia Maria Angarita Gomez, se fija la suma de $9.538.908, equivalentes a $12.000 por cada servicio (681) o reclamación analizada, mas 2 SMLMV, suma que estará a cargo del Ministerio de Salud".

3.1. El análisis del Despacho Judicial -A quo:
Revisada la parte motiva de la decisión del despacho, analizó la prescripción de los paquetes de recobro y la autoridad judicial aplicó el término de tres (3) años, contados a partir del momento en que se prestó el servicio hasta el momento de la reclamación, cuando se interrumpe por una sola vez y por el mismo término; indicó que de los 680 servicios reclamados, hay 260 servicios en los cuales transcurrió un término superior a tres (3) años desde la reclamación del pago de la factura, hasta la presentación de la demanda radicada el 20 de noviembre de 2014, por valor de $80.476.718 y no están prescritos 420 servicios por valor de $217.324.337. Respecto a la prescripción de seis meses, explicó que aplica en vía administrativa pero no en sede judicial.
En cuanto a las glosas formuladas, indicó que, según el informe del perito hay 128 glosas fundadas por valor de $77.375.505 e infundadas en 292 servicios en cuantía de $139.818.832.
Respecto a los servicios por terapias integrales, acogió el concepto emitido por la perito, indicando que se trata de un conjunto de terapias que incluyen fonoaudiología, fisioterapia, terapia ocupacional y algunos psicología, junto con educación especial, las cuatro (4) primeras hacen parte del POS, pero la educación especial se refiere una rehabilitación vocacional por lo que no estaría en el POS, entonces la totalidad del recobro no cumple con las exigencias ya que existen procedimientos POS y NO POS, por lo que no procede el recobro.
En cuanto a los tratamientos ABA, todos fueron negados por la EPS Comfenalco, entidad que fue obligada por Tutela a prestarlo, siendo procedente el recobro; así como para la cirugía estética de abdominoplastia. Remite a la explicación brindada por la Perito.
El Despacho impuso condena por intereses moratorios según lo dispuesto en el Decreto 1281 de 2002 artículos 4 y 7, por haberse cumplido el requisito que las glosas resulten no fundadas, la reclamación fue presentada dentro de los 6 meses siguientes a la prestación de los servicios y por cumplir con todos los requisitos formales en cada factura, excepto en tres (3) cobros presentados por fuera del término:

| radicado 2 | Nombre medicamento, servicio o prestación | Cantidad | Valor unitario |
|---|---|---|---|
| 25850032 | NEXIUM MUPS® 20 MG | 30 | 1.045 |
| 26152212 | ABDOMINOPLASTIA POSTBARIATRICA UNILATERAL | 1 | 5.512.899 |
| 25899902 | FISIOGEL CREMA LIQUIDA X 240 ML | 2 | $ 100.566 |

Como consecuencia a la anterior decisión adoptada, la apoderada de la Caja de Compensación Familiar Comfenalco Antioquia y la apoderada del del Ministerio de Salud y Protección Social presentaron recurso de reposición por parte del Ministerio de Salud se solicitó que se mantengan las glosas impuestas y que no se de validez al peritaje toda vez que no quedó claro ni existe fundamento jurídico mediante el cual la perito pudiera contrarrestar las causales de rechazo, devolución o aprobación condicionada contemplados en los artículos 14, 15 y 16 de la Resolución 3797 de 2014 en ese

sentido se argumentó que faltó verificación técnica en la parte financiera y jurídica, además porque solo revisó si se trata de glosas POS o no POS.

Con relación a la condena por intereses moratorios, aduce que en ningún momento el Ministerio se ha obligado al pago mediante facturas cambiarias, no existen plazos vencidos ni requerimientos, ni había lugar al pago de intereses de mora con cargo a los recursos de la salud.

Posteriormente el 26 de julio de 2018 la ADRES solicito la sucesión procesal del Ministerio de Salud a la ADRES.

3.2. Decisión adoptada por el Despacho – ad quem:

Conforme a lo señalado en el informe de pago del presente proceso, en la sentencia de segunda instancia proferida en la audiencia llevada a cabo el 29 de noviembre de 2016, el Juzgado 21 Laboral del Circuito de Medellín abordó el análisis del proceso en cuatro (4) acápites, a saber:

A. De las 293 glosas que el Juzgado declaró infundadas
El Tribunal consideró que según el artículo 10º de la Resolución No 3099 de 20081, las solicitudes de recobro deben cumplir, con los siguientes requisitos: a) Formato de solicitud de recobros, b)copia del acta del Comité Técnico Científico, c) Copia simple de la factura de venta o documento equivalente, expedida por el proveedor, la cual debe ceñirse a lo establecido en el literal c) del artículo 617 del Estatuto Tributario, con constancia de cancelación, d) Copia de la orden y/o fórmula médica, elaborada por el médico tratante con firma y registro médico, e) Documento que evidencie la entrega del medicamento y que según el artículo 11, cuando la solicitud de recobro se origine en Fallo de Tutela, debe acompañarse además la respectiva copia del Fallo.
Respecto a los soportes que deben acompañar la factura de venta, el artículo 12 de la Resolución 3047 de 2008 remite a los señalados en el Anexo Técnico No 5 de dicha Resolución, donde se define que la factura es el documento que representa el soporte legal de cobro de un prestador de servicios de salud a una entidad responsable del pago de servicios de salud y que debe cumplir los requisitos exigidos por la DIAN.
Se concluyó que no hay lugar a mantener las glosas impuestas, por cuanto los respectivos recobros cumplen con los requisitos sin que estén afectadas por prescripción, toda vez que la prestación del servicio se realizó en los años 2012 y 2013 por ende, se consideró interrumpida la prescripción con la radicación de la demanda dentro de los tres (3) años siguientes es decir el 14 de noviembre de 2014.
Por lo tanto, de los 259 servicios declarados prescritos, el Tribunal sustentó que en 54 de ellos la demanda se presentó dentro del término de tres (3) años siguientes a la fecha en que se negó el pago por primera vez, luego de agotarse el trámite administrativo de glosas; en virtud de ello, agregó la orden de pago para el recobro No 25852971 por inmunoglobulina humana hepatitis B, el cual había sido negado en la sentencia de primera instancia por que en la factura la afiliada aparece con apellido de casada y en el Fallo de Tutela no, el Despacho argumentó que en caso de obedecer a un error mecanográfico en el Fallo, éste no es atribuible a la EPS.
El Tribunal excluyó tres (3) recobros en razón a que la EPS demandante no aportó el Fallo de Tutela que ordenó la prestación del servicio.

En cuanto a la glosa referente a que “la información contenida en los físicos del recobro no se ajusta a lo consignado en el medio magnético”, la Sala tuvo como prioridad el contenido en el físico y no a lo registrado en el medio magnético; conforme a lo señalado en el literal f) del artículo 18 de la Resolución 3099 de 2008.
Finalmente, para la glosa “no es válida la factura que se anexa al recobro”, por haber sido emitida por la Caja de Compensación Familiar de Antioquia; fundamentó que es válida la información contenida en la factura a la luz del literal c) del artículo 10º de la Resolución No 3099 de 2008 modificada por el artículo 1º de la Resolución 2851 de 2012.

B. Sobre las terapias Applied behavior análisis ABA por su sigla en inglés.

El ad quem sustentó bajo el principio de integralidad en la prestación del servicio de salud que el numeral 3 del artículo 6º del Acuerdo 029 de 2011 contiene los criterios generales para las exclusiones explícitas del Plan Obligatorio de Salud, entre ellos “…La tecnología en salud que se utiliza con fines educativos, instruccionales o de capacitación durante el proceso de rehabilitación social o laboral…” en concordancia, al numeral 13 del artículo 49 respecto a las exclusiones de tecnologías. Por lo tanto, indicó que las terapias ABA no están incluidas en el Acuerdo 029 de 2011, máxime cuando lo ordenado es el componente educacional en materia de salud, por los respectivos médicos tratantes, quienes establecieron la práctica de estas terapias para el restablecimiento y mejora del estado de salud de cada uno de los pacientes y al ser una situación excluida expresamente del POS, corresponde a la ADRES asumir el valor de los recobros presentados.

Señaló adicionalmente que las terapias ABA, tienen un componente educativo y no por ello hay razón para exonerar a la ADRES de su pago, en ese sentido procedió a confirmar la sentencia de primera instancia adicionando la procedencia de reconocimiento a las terapias de rehabilitación integral por valor de $11.490.776 correspondiente a los recobros:

Y finalmente determinó excluir el recobro 100303006 reclamado como terapia integral porque revisada la documentación aportada, corresponde a un servicio diferente denominado FREXEN PLUS.

C. En cuanto a la condena por intereses moratorios:

La sala dispuso confirmar que existe norma de rango legal consagrado en el artículo 4º del Decreto Ley 1281 de 2002, para el caso de incumplimiento de los plazos previstos para el pago o giro de los recursos del sector salud, causando derecho al reconocimiento de los intereses en favor de la EPS demandante, excepto frente a los recobros No 25850032, 26152212 y 25899902, por haberse presentado por fuera del plazo previsto en la norma.

D. Respecto a la solicitud de reducir los honorarios fijados a la Auxiliar de la Justicia

El tribunal negó su estudio en razón a que la oportunidad procesal para controvertirlo le corresponde al Juzgado de primera instancia conforme a lo señalado en el Inciso 2º del artículo 363 del Código General del Proceso -aplicable por remisión analógica del artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social.

Con fundamento en las anteriores consideraciones, el Tribunal Superior de Medellín -Sala Laboral resolvió:

"PRIMERO: Se MODIFICA la Sentencia de Primera Instancia que por vía de apelación y en el grado jurisdiccional de Consulta se revisa; REVOCÁNDOSE en cuanto negó la pretensión de pago de los recobros relacionados en el Anexo No 1 y declaró la prescripción respecto a los recobros relacionados en el Anexo No 3, ambos de esta Sentencia; en su lugar, se CONDENA a su reconocimiento y pago, a cargo de la Administradora de los Recursos del Sistema de Seguridad Social en Salud ADRES y a favor de la Caja de Compensación Familiar Comfenalco Antioquia, en cuantía de $28.259.278, por concepto de recobros por servicios de salud no incluidos en el Plan Obligatorio de Salud, relacionados en los citados Anexos, CONFIRMÁNDOSE en lo demás, incluyendo lo relativo a la condena en Costas; todo lo anterior de conformidad con lo explicado en la parte considerativa de esta Sentencia.

SEGUNDO: Se CONDENA en Costas en esta Segunda Instancia, a cargo de la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud –ADRES-, fijándose como agencias en derecho dos (2) SMLMV equivalentes a $1.817.052 a favor de Caja de Compensación Familiar Comfenalco Antioquia; según lo indicado en la parte motiva.

TERCERO: La objeción formulada por la apoderada de la parte demandada, respecto a la fijación de honorarios fijados a la Auxiliar de la Justicia, deberá ser resuelta por el Juzgado de Primera Instancia, conforme al trámite señalado en el Inciso 2º del artículo 363 del Código General del Proceso; según los considerandos."

**Funciones de las personas vinculadas a este estudio**

En sentencia 11001220500202000735 el Tribunal Superior de Bogotá – Sala Quinta de la Decisión Laboral – en una demanda interpuesta por Famisanar EPS contra la ADRES, FIDUCIARIA COLOMBIANA DE COMERCIO EXTERIOR S.A., FIDUPREVISORA S.A., CARVAJAL TECNOLOGÍA Y SERVICIOS S.A.S, GRUPO ASESORÍA EN SISTEMATIZACIÓN DE DATOS S.A.S, SERVIS OUTSORCING INFORMÁTICO S.A.S y llamada en garantía ALLIANZ SEGUROS S.A, analizó lo correspondiente a la responsabilidad solidaria por parte del Ente auditor, quien para ese entonces era la Unión Temporal Nuevo Fosyga.

Al respecto, el despacho indicó que el Ente Auditor, en virtud del contrato suscrito con el Ministerio de Salud y Protección Social estaba facultado para recibir y tramitar los documentos de los recobros presentados por personas naturales y jurídicas con cargo de los recursos de las subcuentas de compensación y solidaridad del FOSYGA, por tanto, en virtud a dicho contrato, lo hacía solidariamente responsable en los casos en que se estableciera el incumplimiento con sus funciones contractuales, veamos:

"(…) Si será responsable solidariamente la Unión Temporal Nuevo Fosyga en aquellos eventos en que incumpla con sus obligaciones contractuales, como lo es, el proceso de auditoría integral, de conformidad con el contrato n.° 055 de 23 de diciembre de 2011 suscrito entre Ministerio de Salud y Protección Social y la Unión Temporal Nuevo Fosyga, integrada por CARVAJAL TECNOLOGÍA Y SERVICIOS S.A.S (antes ASSENDA S.A.S), GRUPO ASESORÍA EN SISTEMATIZACIÓN DE DATOS S.A.S. (antes A.S.D S.A) y SERVIS OUTSORCING INFORMÁTICOS S.A.S. (antes SERVIS S.A.S).

En el presente caso, se advierte de la cláusula del contrato n.° 055 de 23 de diciembre de 2011 que el objeto se ciñe a: "realizar la auditoría en salud, jurídica y financiera de las reclamaciones por los beneficios con cargo a la subcuenta en

eventos catastróficos y accidentes de tránsito – ECAT y las solicitudes de recobro por beneficios extraordinarios no incluidos en el plan general de beneficios explícitos, ordenados por los comités técnico científicos de las EPS, las juntas técnicas científicas de pares, la superintendencia nacional de salud o los jueces, de acuerdo con lo establecido en la ley 1438 de 2011, artículos 26, 27 y 126. Igualmente deberá auditar los recobros y reclamaciones que se presenten con fundamento en disposiciones legales anteriores aplicando las normas pertinentes para cada caso". Lo cual fue reiterado en el acápite de obligaciones generales previstas en la cláusula séptima, numeral primero.

Asimismo, la Unión Temporal Nuevo Fosyga se obligó en la misma cláusula Séptima numeral 18, a "Responder al Ministerio por la restitución de los recursos pagados erróneamente, como resultado de las labores de auditoría de las reclamaciones ECAT y recobros por beneficios extraordinarios, o incumplimiento en las obligaciones del Contratista, en aplicación a lo previsto en las disposiciones legales pertinentes. Paralelamente, en las "OBLIGACIONES DE AUDITORÍA" numeral 17, a realizar "Realizar la auditoría en salud, jurídica y financiera de las reclamaciones ECAT y de los recobros por servicios extraordinarios no incluidos en el plan de beneficios en salud radicados ante el FOSYGA desde el 1 de octubre de 2011 hasta al día anterior al inicio del contrato que se adjudique en el presente proceso, las cuales serán entregadas al contratista por parte del Ministerio de Salud y Protección Social o quien haga sus veces, para realizar la auditoría integral correspondiente, dado que ya han surtido su proceso de recepción, radicación, validación, captura y digitalización."

En lo concerniente al incumplimiento contractual, el Magistrado ponente indicó que se configuraba cuando el Ente Auditor erraba o fallaba con el resultado de auditoria al imponer las glosas de forma inadecuada:

"Frente al particular, queda demostrado que la Unión Temporal Nuevo Fosyga, integrada por CARVAJAL TECNOLOGÍA Y SERVICIOS S.A.S antes ASSENDA S.A.S), GRUPO ASESORÍA EN SISTEMATIZACIÓN DE DATOS S.A.S. (antes A.S.D S.A) y SERVIS OUTSORCING INFORMÁTICOS S.A.S. (antes SERVIS S.A.S) incumplió con sus obligaciones derivadas del contrato, pues erró en la auditoría de las cuentas de recobro que se enunciaron anteriormente (5 cuentas) al declararlas extemporáneas cuando no lo eran, y por consiguiente, generó un daño al hoy ADRES, por lo que en virtud de la misma autonomía de la voluntad privada de las partes plasmada en las cláusulas propias del contrato n.º 055 de 23 de diciembre de 2011, deberá la Unión Temporal Nuevo Fosyga mantener indemne al ADRES por los daños y perjuicios que se causen."

De acuerdo con eso, el despacho concibió que era necesario que el Ente Auditor respondiera por lo intereses a los cuales condenaron a la ADRES como consecuencia del resultado de auditoría, teniendo en cuenta que se evidenció el nexo de causalidad y la culpa ante la omisión e incumplimiento en las obligaciones consagradas en el Contrato N.º 055 de 2011.

### Análisis del precedente judicial de la acción de repetición.

El Comité de Conciliación en casos análogos consideró no iniciar el trámite de la acción de repetición en contra del auditor, en atención a que la imposición de glosas tuvo como origen un estudio serio y profundo realizado por el Ente Auditor.

## Recomendaciones del abogado

| | |
|---|---|
| **Recomendación al comité** | No instaurar acción |

### Conclusiones

Con fundamento en el análisis que precede, se sugiere no iniciar el trámite de la acción de repetición en contra de la Unión Temporal Nuevo Fosyga toda vez que la condena no se derivó de una indebida auditoría, sino del análisis y decisión adoptada por el Juzgado 21 Laboral del Circuito de Medellín y confirmada parcialmente por la Sala Laboral del Tribunal de Medellín, condenando a la ADRES al pago de $166.955.685 por concepto de capital, más $ 420.317.466 por concepto de intereses moratorios y $ 26.604.511 como agencias en derecho, para un total de $ 613.877.662,86.

Lo anterior en consideración a que los resultados de auditoría integral fueron expedidos sin que se haya observado en su actividad la existencia de una decisión arbitraria o manifiestamente contraria al marco legal dirigida intencionalmente a producir un daño o que haya actuado de manera negligente en el cumplimiento de sus obligaciones. Asimismo, tampoco se observa la configuración de alguna de las presunciones de dolo y culpa grave establecidas en la Ley 678 de 2001.

Con fundamento en el análisis que precede, la Oficina Asesora Jurídica de la ADRES, sugiere no iniciar el trámite de la acción de repetición.