Ficha de conciliación Extrajudicial

Información del proceso extrajudicial asociado a la ficha

Número de la ficha:	59569
Elaborada por:	IBETH JOHANA ESCOBAR RUA (ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD)
Numero de la solicitud de conciliación extrajudicial:	1470871
Jurisdicción:	ADMINISTRATIVA
Tipo de acción o medio de control:	Nulidad y restablecimiento del derecho
Procuraduría de conocimiento actual:	PROCURADURIA (REPARTO)
Valor económico inicial:	$83.198.079,00
Valor económico indexado:	$83.198.079,00
Última actuación:	PRESENTACION DE LA SOLICITUD DE CONCILIACION EXTRAJUDICIAL

Partes del proceso o caso:

Tipo de parte procesal	Tipo de documento	Identificación	Nombre/Razón social	Calidad
ENTIDAD	Número de identificación tributaria	900474727	MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCION SOCIAL	CONVOCADO
ENTIDAD	Número de identificación tributaria	901037916	ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD	CONVOCADO
OTRA PARTE	Número de identificación tributaria	892200015	COMFASUCRE	CONVOCANTE
OTRA PARTE	Número de identificación tributaria	8922000155	COMFASUCRE	CONVOCANTE

Hechos:

1. LA PARTE CONVOCANTE SOLICITA LA NULIDAD DE LA RESOLUCIÓN 0003504 DEL 04 DE DICIEMBRE DE 2020; Y DE LA RESOLUCIÓN 000559 DEL 13 MAYO DE 2021.

2. MEDIANTE RESOLUCIÓN 0003504 DEL 04 DE DICIEMBRE DE 2020, LA ENTIDAD CONVOCADA LE ORDENÓ A LA PARTE CONVOCANTE QUE REINTEGRARA LOS RECURSOS DEL SGSSS PRESUMIBLEMENTE RECONOCIDOS SIN JUSTA CAUSA O APROPIADOS POR LA MISMA EN LO QUE RESPECTA AL GIRO DE LO NO DEBIDO, COMPENSACIÓN SEGÚN AUDITORIA A LOS PAGOS DE LA UPC Y CORRESPONDIENTES A LA AUTITORÍA ARS_BDEX003 ENTENDIDO DENTRO DEL PERIODO ENTRE OCTUBRE DE 2017 Y JULIO DE 2019.

3. LA PARTE CONVOCANTE INTERPUSO RECURSO DE REPOSICIÓN EN CONTRA DE LA ANTERIOR RESOLUCIÓN.

4. MEDIANTE RESOLUCIÓN 000559 DEL 13 MAYO DE 2021, LA ENTIDAD CONVOCADA CONFIRMÓ LA RESOLUCIÓN ANTERIOR.

5. SE SOLICITA A TÍTULO DE RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO, QUE SE DECLARE QUE LA PARTE CONVOCANTE NO ESTÁ OBLIGADA AL REINTEGRO DE LOS RECURSOS MENCIONADOS.

Causas y Subcausas:

Entidad	Causa	Subcausa
ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD	ILEGALIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO QUE DISPONE EL REINTEGRO DE RECURSOS A FAVOR DEL ESTADO	

Descripción adicional del proceso por parte del abogado

Hechos - Complemento a los descritos en el registro relacionado:

- PRIMERO: Mediante Resolución No. 0003504 del 4 de Diciembre de 2020 dictado por la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud – ADRES, ser ordena a la EPS COMFASUCRE reintegrar a aquella entidad recursos del SGSSS presumiblemente reconocidos sin justa causa o apropiados COMFASUCRE en lo que respecta al giro de lo no debido compensación según auditoría a los pagos de la UPC y correspondiente a la auditoría ARS_BDEX003 como período transcurrido entre Octubre de 2017 y Julio de 2019 y por un valor de $83'769.825,43 por dichos conceptos y la suma de $4'990.955,83 producto de la actualización al IPC a corte de Septiembre de 2020, acto administrativo que una vez interpuestos los recursos de reposición fue confirmado mediante Resolución 000559 de mayo 13 de 2021 y por valor como reintegro de $83'198.079,32 y la suma de $6'761.282,12 producto de actualización al IPC con corte a Abril de 2021, acto administrativo que fue notificado electrónicamente el día 9 de junio de 2021.

- SEGUNDO: Dentro de los considerandos de dichas resoluciones se indica textualmente: "Que, el reconocimiento y pago de la UPC por afiliados al Régimen Subsidiado, es realizado por la ADRES con la Liquidación Mensual de Afiliados – LMA – definida en el artículo 2.6.4.3.2.2. del Decreto 780 de 2016, como "el instrumento jurídico y técnico mediante el cual la ADRES reconoce mensualmente en forma proporcional la UPC-S por los afiliados al Régimen Subsidiado a cada entidad territorial y EPS con base en la identificación y novedades los beneficiarios del régimen que deben realizar las entidades territoriales conforme a las competencias legales, las fuentes de financiación y el valor de las UPC-S que determine el Ministerio de Salud y Protección Social" ..." (Comillas, cursivas, subrayas nuestras).

Y agrega dicha Resolución: "Que, el artículo antes referido establece que la ADRES debe realizar el proceso de reconocimiento de la UPC de los afiliados al Régimen Subsidiado, con base en los siguientes insumos: "1. La información del número de afiliados activos y las novedades sobre el estado de afiliación en las bases de datos reportadas por las EPS (..); 2. Los montos aplicables por Entidad Territorial teniendo en cuenta las diferentes fuentes que concurren en la financiación del régimen subsidiado (...); y, 3. El valor de la UPC-S definida por el Ministerio de Salud y Protección Social para los afiliados al régimen subsidiado". (Comillas, subrayas y cursivas nuestras).

De las dos transcripciones anteriores se puede determinar claramente que los errores en los registros de afiliados que presentan presuntas inconsistencias en la información están bajo el resorte de ADRES puesto que este reconocimiento y pago conforma a los insumos que indican es una actuación administrativa sobre la cual la EPS COMFASUCRE no puede incursionar puesto que no alcanza a obtener la base de datos por obstrucción bien de las entidades del Estado que los ampara bajo el principio de ser documentos reservados y por la actuación directa de ADRES sobre esos documentos, operando un principio universal del derecho según el cual ninguna persona puede alegar a su favor su propia culpa, en razón a que sus actos y consecuencias son su responsabilidad, en tal sentido la Corte Constitucional se pronunció sobre este principio en la sentencia T1231-08 y T122-17 indicando que el principio nemo auditur propriam turpitudinem allegans es decir que nadie puede obtener provecho de su propia culpa se refleja cuando una persona no es digna de ser oída y menos pretender el reconocimiento de un bien jurídico a partir de su conducta reprochable.

- TERCERO: Según los considerandos de la resolución, ADRES definió como período de auditoría ARS_BDEX003 el transcurrido entre Octubre de 2017 y Julio de 2019 al amparo de normas que mientras se realizó esa auditoría no estaban vigentes violándose el artículo 29 de la Constitución según el cual nadie podrá ser juzgado sino conforme a ley preexistente al acto que se le imputa y además el acto administrativo violó el inciso final del artículo 73 de la Ley 1753 de 2015 según el cual "los procesos de reconocimiento y giro de los recursos del aseguramiento de seguridad social en salud quedarán en firme transcurridos dos (2) años después de su realización. Cumplido dicho plazo, no procederá reclamación alguna..." (Comillas, cursivas y subrayas nuestras).

Además se violentó el Decreto 1281 de 2002. En igual sentido se pronunció el Consejo de Estado, con ponencia del doctor Álvaro Namen Vargas, mediante sentencia calendada 7 de diciembre de 2015, indicando frente a la caducidad de la reclamación de reintegro lo siguiente: "La sala estima procedente aplicar el término de dos (2) años que señala el literal i) del numeral 2º del artículo 164 de la Ley 1437 de 2011, Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, que señala el término de caducidad de la acción de reparación directa, teniendo en cuenta que éste es el

aplicable a la actio in rem verso, y a su vez, constituye el límite máximo de tiempo en que la administración y los particulares puedan solicitar la restitución de los recursos por la vía judicial o mediante una conciliación extrajudicial…".

Y agrega: "Ese límite temporal debe predicarse mutatis mutandis para el ejercicio de la facultad que tienen el administrador fiduciario del FOSYGA o cualquier entidad o autoridad pública que en ejercicio de sus competencias o actividades participe como actor en el flujo de caja, para iniciar el procedimiento administrativo especial de reintegro de los recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud, apropiados o reconocidos sin justa causa conforme al artículo 3º del Decreto Ley 1281 de 2002 y a la Resolución 3361 de 2013 que lo reglamenta. (…)".

Pruebas allegadas al caso por las partes:

Parte convocante:

- Copia de la Resolución No. 0500 del 30 de julio de 2018 dictado por la Superintendencia de Subsidio Familiar que designa a la Dra. Erika Janneth Ahumada Rodríguez como directora administrativa de COMFASUCRE.
- Escritura pública 898 del 31 de octubre de 2016 que designa a la doctora Andrea Karina Gutiérrez Rodríguez como apoderada general de COMFASUCRE.
- Mensaje de datos.
- Poder para actuar.
- Copia de la Resolución No. 0003504 de diciembre 4 de 2020.
- Copia de la Resolución No. 000559 de mayo 13 de 2021.
- Notificación electrónica de fecha Junio 9 de 2021.

Parte convocada:

- Concepto técnico emitido por la Dirección de Liquidación y Garantías el 13 de julio de 2021.

Requisitos con que cumple la solicitud de conciliación:

Designación del funcionario al que se dirige
Individualización de las partes y sus representantes
Aspectos que se quieren conciliar y los hechos en los que se fundamentan
Pretensiones que formula el convocante
Relación de las pruebas que se acompañan y de las que se harían valer en el proceso
Demostración del Agotamiento de la vía gubernativa
Estimación razonada de la cuantía
Manifestación bajo la gravedad de juramento de no haber presentado demandas o solicitudes de conciliación con base en los mismos hechos
Indicación del lugar para que se surtan las notificaciones, el número o números telefónicos, número de fax y correo electrónico de las partes
Copia de la petición de conciliación enviada previamente al convocado
Firma del apoderado del solicitante o solicitantes

Decisiones del comité de conciliación relacionadas con el proceso objeto de estudio

Decisiones tomadas por el comité en casos similares:

Nro. Ekogui	Número de identificación	Decisión del comité	Conclusiones del comité

1435365		No concilia	No concilia en primer lugar porque la solicitud de conciliación y eventualmente la demanda adolecen de ineptitud sustancial por ausencia en el cumplimiento de los requisitos dispuestos por la normativa vigente y en segundo lugar porque el procedimiento de reintegro de recursos contra COMPENSAR EPS se adelantó con observancia de las garantías establecidas a su favor, de las etapas y términos establecidos en el artículo 3 del Decreto Ley 1281 de 2002 y la Resolución 3361 de 2013, en la medida que el convocante tuvo la oportunidad de controvertir, alegar, aclarar e interponer todos los recursos a que hubiera lugar,

Análisis del proceso o caso

Objeto de la solicitud de conciliación

- Que se ordene a la entidad convocada revocar las Resoluciones 0003504 de 2020 y 000559 de 2021 ambas expedidas por ADRES en el sentido en que COMFASUCRE no está obligada al reintegro de los recursos cuya cuantía fue estimada anteriormente por cuanto no fueron apropiados ni reconocidos sin justa causa.

Principal problema jurídico

Determinar si es procedente revocar las Resoluciones No. 0003504 de 2020 y 000559 de 2021, proferidas por la ADRES a través de las cuales solicitó a la EPS convocante el reintegro de recursos apropiados o reconocidos sin justa causa, toda vez que el convocante entre otros alude que se violó la regla de firmeza aludida en el artículo 73 de la Ley 1753 de 2015 y el derecho al debido proceso.

Análisis de caducidad y/o prescripción

Para el presente caso, de acuerdo con la demanda, el medio de control presentado es el de nulidad y restablecimiento del derecho, consagrado en el artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Al respecto, se tiene que el término de caducidad para la presentación de este medio de control se encuentra consagrado en el literal i) del numeral segundo del artículo 164 ibídem, el cual prescribe:

“Artículo 164. Oportunidad para presentar la demanda. La demanda deberá ser presentada: (…)

2. En los siguientes términos, so pena de que opere la caducidad:

d) Cuando se pretenda la nulidad y restablecimiento del derecho, la demanda deberá presentarse dentro del término de cuatro (4) meses contados a partir del día siguiente al de la comunicación, notificación, ejecución o publicación del acto administrativo, según el caso, salvo las excepciones establecidas en otras disposiciones legales; (…)”

Ahora bien, teniendo en cuenta que la solicitud de conciliación fue radicada ante la Procuraduría el 01 de julio de 2021 y que la Resolución 000559 de mayo 13 de 2021 mediante la cual la se resolvió el recurso de reposición interpuesto contra la Resolución 0003504 de diciembre 4 de 2020 quedó en firme el 10 de junio de 2021, al no haberse superados los cuatro (4) meses de que trata la norma transcrita, en el presente asunto no ha sobrevenido el fenómeno jurídico de la caducidad.

Análisis del caso

6.1 De la naturaleza de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho

La jurisprudencia y doctrina han tenido oportunidad de delinear el concepto, naturaleza y elementos de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho.

En esa labor, es unánime la posición según la cual este medio es una acción de naturaleza subjetiva, individual, temporal y desistibles, a través de la cual la persona que se considere lesionada en un derecho, como efecto de la vigencia de un acto administrativo viciado de nulidad, puede solicitar ante el Juez de Control Contencioso Administrativo, que se declare la nulidad del acto, y como consecuencia se restablezca su derecho o se repare el daño.

La acción tiene entonces por objeto, la protección directa de los derechos subjetivos de la persona demandante y desconocidos por el acto administrativo, y no por un hecho, una operación, una ocupación, o una omisión de la administración; por lo que la acción se emprende en contra de los actos administrativos inmersos en alguna de las causales de nulidad previstos en el ordenamiento.

La naturaleza de esta acción se desprende de manera necesaria que el sujeto pasivo de dicha acción debe ser, sin lugar a duda, la autoridad administrativa cuya voluntad se plasma en el acto administrativo demandado, pues es precisamente esa voluntad y no ninguna otra la que puede aparecer viciada de nulidad, y cuya posterior sanción con invalidez dará lugar al restablecimiento del derecho.

En este sentido el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo en lo que respecta al medio de control de Nulidad y Restablecimiento del derecho estableció:

“Artículo 138. Nulidad y restablecimiento del derecho: Toda persona que se crea lesionada en un derecho subjetivo amparado en una norma jurídica podrá pedir que se declare la nulidad del acto administrativo particular, expreso o presunto, y se le restablezca el derecho; también podrá solicitar que se le repare el daño. La nulidad procederá por las mismas causales establecidas en el inciso segundo del artículo anterior.

Igualmente podrá pretenderse la nulidad del acto administrativo general y pedirse el restablecimiento del derecho directamente violado por este al particular demandante o la reparación del daño causado a dicho particular por el mismo, siempre y cuando la demanda se presente en tiempo, esto es, dentro de los cuatro (4) meses siguientes a su publicación. Si existe un acto intermedio, de ejecución o cumplimiento del acto general, el término anterior se contará a partir de la notificación de aquel…”

Finalidad de la Acción de Nulidad y Restablecimiento del Derecho

Como ha quedado expresado, la finalidad de esta acción es el control subjetivo de legalidad del acto administrativo y el restablecimiento del derecho afectado.

En ese sentido, es claro que el objeto central de este proceso gira alrededor de determinar la capacidad de obrar y la ausencia de vicios en el consentimiento del titular del órgano administrativo creador del acto demandado, que en este caso y como bien lo determina la actora radica en la ADRES.

6.2 DEL INSUMO REMITIDO POR LA DIRECCIÓN DE LIQUIDACIONES Y GARANTÍAS

La Oficina de Asesora Jurídica solicitó el 04 de julio de 2021 a través del correo electrónico diana.vargas@adres.gov.co con copia a oscar.salinas@adres.gov.co insumo técnico a la Dirección de Liquidación y garantías, el cual fue emitido el 13 de julio de 2021 bajo radicado 20211500037533; sin embargo, el mismo fue allegado a través de correo electrónico el 15 de julio de 2021.

1. REPORTE DE LA INFORMACIÓN A LA BASE DE DATOS ÚNICA DE AFILIADOS- BDUA

El Decreto Ley 1281 de 2002 en sus artículos 5 y 6 disponen la responsabilidad de los integrantes del Sistema Integral de Información del Sector Salud frente al reporte oportuno, confiable y efectivo de la información que administran al Ministerio de Salud y Protección Social con el fin de evitar reconocimientos sin justa causa de recursos del sector salud.

En desarrollo de lo anterior, el Ministerio de Salud y Protección Social ha emitido diferentes actos administrativos, tales como las Resoluciones 1344 de 2012 , 5512 de 2013 y 4622 de 2016, esta última vigente en la actualidad, con el fin de determinar las responsabilidades que tienen las entidades que administran las afiliaciones en los distintos regímenes frente al reporte de la información oportuna ante la ADRES y la forma en que deben realizarse los procesos de depuración de la Base de Datos Única de Afiliados - BDUA.

En la normativa antes expuesta, se evidencia que la responsabilidad del reporte de la información contenida en la BDUA es atribuible a las entidades administradoras de las afiliaciones y que sobre estas recae la obligación y responsabilidad de la veracidad, calidad, corrección y de mantener actualizada la información reportada en la Base de Datos Única de afiliados

(BDUA). Tratándose de afiliados al Régimen Subsidiado, las Entidades Territoriales y el INPEC deberán efectuar seguimiento al reporte de las novedades realizadas por parte de las EPS de su jurisdicción y que dicha información constituye el soporte para el giro de recursos en los Regímenes Contributivo y Subsidiado.

Así las cosas, la información reportada por las EPS a la Base de Datos Única de Afiliados es el insumo para el reconocimiento y liquidación de la UPC, en los procesos dispuestos para el efecto, los cuales deben cumplir con los principios de oportunidad y eficiencia que permitan el flujo adecuado de los recursos para garantizar el derecho a la salud de los afiliados al Sistema General de Seguridad Social en Salud.

Sobre este punto, es necesario precisar que: i) la Base de Datos Única de Afiliados - BDUA, administra la información reportada al Sistema General de Seguridad Social en Salud, por las Entidades Promotoras de Salud de los Regímenes Contributivo y Subsidiado, las Entidades Obligadas a Compensar (EOC), los municipios, los departamentos que tengan a su cargo corregimientos departamentales, quienes administren los Regímenes Especiales y de Excepción, las entidades que oferten Planes Voluntarios de Salud y el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario -INPEC, de acuerdo con lo descrito en la Resolución 4622 de 2016; ii) a través del proceso de novedades en la aplicación de BDUA, se disponen en la página WEB de la ADRES y el SFTP de cada EPS, los resultados de cada proceso para que puedan ser descargados por estas y iii) es obligación de las EPS, EOC, EPSS y entidades del régimen del régimen de excepción consultar dicho resultado y realizar los ajustes a que haya lugar.

Por consiguiente, el FOSYGA/ADRES reporta los registros a las EPS involucradas, sobre los registros sobre los cuales no encuentra información en las tablas de referencia con el fin de que se verifique cada uno de los hallazgos encontrados y sea reportadas las novedades a que haya lugar en las fechas establecidas por la Resolución 4622 de 2016.

Ahora bien, en lo referente al reconocimiento de la UPC en los Regímenes Contributivo y Subsidiado, se precisa que, esta Entidad, con fundamento en la facultad que le otorga el artículo 15 del Decreto Ley 1281 de 2002, de conformidad con el cual, le corresponde "(…) adoptar todos los mecanismos a su alcance (…) para proteger debidamente los recursos del FOSYGA, con el fin de evitar fraudes y pagos indebidos", efectúa cruces de información contra diferentes fuentes de datos, entre estas, las bases de datos de las entidades del régimen especial y de excepción, información reportada a la ADRES por dichas entidades en los términos de la Resolución 4622 de 2016 antes citada; con la base de datos de Pensionados, reportada diariamente por los operadores PILA5 y con periodicidad mensual la reportada por el Ministerio de Salud y Protección Social recibida por las administradoras de fondos de pensiones.

2. PROCEDIMIENTO DE REINTEGRO

El procedimiento administrativo especial de reintegro de recursos del sector salud, apropiados o reconocidos sin justa causa, se enmarca en el artículo 3 del Decreto Ley 1281 de 2002, norma que establecía lo siguiente :

"Artículo 3. Reintegro de recursos apropiados o reconocidos sin justa causa. Cuando el administrador fiduciario del Fosyga o cualquier entidad o autoridad pública, en el ejercicio de sus competencias o actividades como participante o actor en el flujo de caja, detecte que se presentó apropiación sin justa causa de recursos del sector salud, en los eventos que señale el reglamento, solicitará en forma inmediata las aclaraciones respectivas o su reintegro, el cual procederá a más tardar dentro de los veinte días hábiles siguientes a la comunicación del hecho. Cuando la situación no sea subsanada o aclarada en el plazo señalado se informará de manera inmediata y con las pruebas correspondientes a la Superintendencia Nacional de Salud quien ordenará el reintegro inmediato de los recursos y adelantará las acciones que considere pertinentes.

Cuando la apropiación o reconocimiento a que alude este artículo sea evidenciada por el actor que maneja los recursos, éste deberá reintegrarlos en el momento en que detecte el hecho.

En el evento en que la apropiación o reconocimiento sin justa causa se haya producido a pesar de contarse con las herramientas, información o instrumentos para evitarlo, los recursos deberán reintegrarse junto con los respectivos intereses liquidados a la tasa de interés moratorio establecida para los impuestos administrados por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, DIAN. Cuando la apropiación se presente pese a la diligencia del respectivo actor o por circunstancias que escaparon a su control, los recursos deberán reintegrarse debidamente actualizados por el Índice de Precios al Consumidor, IPC."

Sea del caso indicar que el referido procedimiento administrativo especial de reintegro de recursos apropiados o reconocidos sin justa causa de que trataba el artículo 3 del Decreto Ley 1281 de 2002 antes citado, fue desarrollado en su momento por la Resolución 4895 de 2015 y la Resolución 3361 de 2013, derogada por la Resolución 4358 de 2018 y esta a su vez por la Resolución 1716 de 2019, expedida con ocasión de la modificación al decreto ley antes referido por parte del artículo 7 de la Ley 1949 de 2019.

Que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 2 de la Resolución 1716 de 2019, esta le es aplicable a: I) los procedimientos que se iniciaron a partir de la entrada en vigencia de la Ley 1949 de 2019, siempre y cuando estén en curso, II) aquellos que no hubiesen sido allegados a la Superintendencia Nacional de Salud y III) los que se inicien a partir de la entrada en vigencia de dicha Ley.

2.1 Naturaleza del procedimiento

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 3 del Decreto Ley 1281 de 2002, actualmente modificado por el artículo 7 de la Ley 1949 de 2019, en concordancia con la sentencia C – 607 de 2012 y atendiendo las Resoluciones 4358 de 2018 y 1716 de 2019 vigentes para el momento en que se llevó a cabo el procedimiento; se evidencia que el procedimiento de reintegro de recursos apropiados o reconocidos sin justa causa se trata de un procedimiento administrativo especial, debidamente reglamentado.

Ahora bien, se hace necesario precisar que el procedimiento administrativo especial de reintegro de recursos no tiene naturaleza sancionatoria. Su finalidad es la recuperación de los recursos del SGSSS apropiados o reconocidos sin justa causa. Al respecto, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, en concepto, 2235 y 2235 Adición, señala que "(…) la finalidad, el contenido y el alcance del procedimiento establecido en el artículo 3 del Decreto Ley 1281 de 2002, que inicia el administrador fiduciario del FOSYGA o cualquier entidad o autoridad pública y continúa la Superintendencia, difiere de las características de un procedimiento de carácter sancionatorio. En efecto, la función que el legislador asignó a la Superintendencia Nacional de Salud en el artículo 3 del Decreto Ley 1281 de 2002, se limita a la posibilidad de que la entidad dé las órdenes para obtener el reintegro del monto de los recursos involucrados (…) sin que esta actividad implique, en principio, establecer responsabilidades respecto de la conducta de los sujetos llamados a reintegrar los recursos, ni se imponga en la Resolución del asunto sanciones de algún tipo".

2.2 Reintegro de recursos por afiliación simultánea de sus afiliados al Sistema General de Seguridad Social en Salud – SGSSS y a los regímenes especiales o de excepción

De acuerdo con lo establecido en los artículos 2.1.13.5 y 2.1.13.6 del Decreto 780 de 2016, las condiciones de pertenencia a un régimen exceptuado o especial prevalecen sobre las de pertenencia al régimen contributivo, por lo que una persona no podrá estar afiliada simultáneamente a un régimen exceptuado o especial y al Sistema General de Seguridad Social en Salud como cotizante o beneficiario.

Frente a tal prohibición, cualquier reconocimiento de recursos a una EPS o EOC por la atención en salud a un afiliado a un régimen especial o de excepción carece de fundamento, en tanto, esta le corresponde al administrador de dicho régimen. Así las cosas, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 2.1.13.6 del referido Decreto, le corresponde a la ADRES solicitar su reintegro y en los casos en que, la EPS o EOC preste servicios al afiliado al régimen especial o de excepción, esta debe repetir contra el administrador del régimen, quien tiene la obligación del aseguramiento y no el Sistema General de Seguridad Social en Salud por medio de la UPC.

Teniendo en cuenta lo anterior y en razón a su especificidad, el Ministerio de Salud y Protección Social con la Resolución 4895 de 2015 estableció los términos y condiciones para el reintegro al entonces Fondo de Solidaridad y Garantía – FOSYGA hoy ADRES, de los recursos de las Unidades de Pago por Capitación – UPC reconocidas a las EPS del régimen contributivo y subsidiado, durante los períodos de afiliación simultánea de sus afiliados al Sistema General de Seguridad Social en Salud – SGSSS y a los regímenes especial o de excepción, así como para el descuento del valor de los servicios y tecnologías en salud garantizados por la EPS a tales afiliados durante dichos períodos, cuando este resulta procedente.

En consecuencia, cuando un afiliado al Régimen Exceptuado o Especial se haya afiliado simultáneamente a una Entidad Promotora de Salud - EPS del Régimen Contributivo o Subsidiado, la ADRES en ejercicio de sus competencias, producto del cruce del Histórico de Afiliados Compensados del Régimen Contributivo - HAC contra la Base de Datos de los Regímenes Especiales y de Excepción - BDEX con el fin de identificar los recursos reconocidos y pagados de manera simultánea en el Régimen Contributivo, solicita a la respectiva EPS la restitución de los recursos que por concepto de Unidades de Pago por Capitación - UPC se le hubieren reconocido por dicho afiliado durante el tiempo de la afiliación simultánea.

2.3. Etapas del procedimiento

De acuerdo con el artículo 3 del Decreto Ley 1281 de 2002 antes transcrito, esto es previa modificación del artículo 7 de la Ley 1949 de 2019, este procedimiento se estructuraba en dos partes: la primera parte, a cargo del FOSYGA/ADRES y con participación de la entidad que incurrió en la presunta apropiación, orientada a establecer, en las etapas que garantizan el derecho de defensa y contradicción, la existencia de una apropiación o reconocimiento de recursos sin justa causa de recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud y, la segunda parte, a cargo de la Superintendencia Nacional de Salud, dirigida a ordenar su reintegro.

La primera parte del procedimiento se activaba cuando el FOSYGA/ADRES, en desarrollo de las auditorías que practica de manera periódica a la base de datos de pagos del Régimen Contributivo (HAC), identificaba hallazgos por presuntas apropiaciones o reconocimientos sin justa causa de recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud y los comunicaba a la entidad que recibió los recursos solicitándole aclarar la situación. Esta etapa se denominaba solicitud de aclaración y estaba prevista en el artículo 4 de la Resolución 3361 de 2013.

Acto seguido, la entidad requerida daba respuesta a la solicitud de aclaración, desvirtuando los hallazgos presentados en la auditoría o aceptando reintegrar los valores que considerase fueron reconocidos o apropiados sin justa causa.

Una vez recibida la respuesta emitida por parte de la EPS en el término otorgado, el FOSYGA/ADRES procedía con su análisis, determinando si hubo o no apropiación o reconocimiento sin justa causa de los recursos en el informe de auditoría, en el cual plasmaba las razones que sustentaban el resultado del análisis, y en los casos que se determine que existió apropiación o reconocimiento sin justa causa de recursos, informaba a la EPS el valor de los recursos a reintegrar, la determinación si dichas sumas debían ser devueltas junto con los intereses calculados a la tasa establecida para los impuestos administrados por la DIAN, o con la actualización al Índice de Precios al Consumidor – IPC, según fuese el caso.

Vencidos los plazos otorgados para atender el requerimiento sobre los recursos apropiados o reconocidos sin justa causa, si la EPS no presentaba las aclaraciones pertinentes, las mismas no resultaran satisfactorias o no existiera aceptación expresa de alguna de las posibilidades de reintegro, el FOSYGA/ADRES remitía la documentación que soportaba el hallazgo a la Superintendencia Nacional de Salud, a fin que esta adelantara las actuaciones a que hubiese lugar en el marco de su competencia, con lo cual se daba inicio a la segunda etapa del procedimiento.

La segunda etapa en cabeza de la Superintendencia Nacional de Salud, quien con fundamento en lo anterior y en observancia del derecho al debido proceso, profería acto con el cual ordenaba el reintegro de los recursos apropiados sin justa causa involucrados en la auditoría, sobre el cual procedía recurso de reposición, producto del cual se podía confirmar, modificar o revocar la orden de reintegro.

2.3 Aplicación regla de firmeza sobre los recursos del aseguramiento en salud para procesos de reintegro.

Para efectos de determinar la procedencia del reintegro de recursos del aseguramiento en salud, es necesario tener en cuenta lo previsto en el inciso final del artículo 73 de la Ley 1753 de 2015, que establece una regla de firmeza sobre estos recursos.

En complemento de lo anterior, el legislador dispuso en el inciso final del artículo 16 de la Ley 1797 de 2016, una regla de firmeza para los reconocimientos y giros de los recursos del aseguramiento en salud realizados dos años antes de la entrada en vigencia de la Ley 1753 de 2015, esto es, el 9 de junio de 2013, señalando que quedaron en firme a partir del momento de entrada en vigencia de la primera de las mencionadas leyes.

Las precitadas normas fueron objeto de reglamentación mediante el Decreto 1829 de 2016, que adicionó el Decreto 780 de 2016, Único Reglamentario del Sector Salud y Protección Social, indicando en los artículos 2.6.1.6.1 y 2.6.1.6.2.

En los referidos artículos se indicó, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 73 de la Ley 1753 de 2015 y teniendo en cuenta su aplicación y vigencia, que los reconocimientos y giros de los recursos del aseguramiento en salud quedarán en firme transcurridos dos (2) años después de su realización y que para aquellos efectuados entre el 9 de junio de 2013 y el 8 de junio de 2015, dicho término contará a partir de la entrada en vigencia de la Ley 1753 de 2015, es decir, su firmeza se predica a partir del 10 de junio de 2017.

Ahora bien, es necesario indicar que de conformidad con lo dispuesto en el literal d) del artículo 2.6.1.6.1. del Decreto 780 de 2016, se define como reclamación, la remisión de la solicitud de aclaración a los sujetos del procedimiento de reintegro de recursos apropiados o reconocidos sin justa causa, con la cual se da inicio a dicho procedimiento y se interrumpe el plazo para que opere la firmeza sobre los reconocimientos y giros del aseguramiento en salud realizados a partir del 9 de junio de 2013.

3. CASO CONCRETO – COMFASUCRE EPS
La ADRES, con fundamento en el resultado de la auditoría ARS_BDEX003, remitió la solicitud de aclaración a la referida EPS, en la comunicación N°S11410041019120159I000003325200, recibida por la EPS el 11 de octubre de 2019 con guía Nº YG242027150CO, en la cual se le comunican los registros y valores involucrados en la auditoría del Régimen Subsidiado ARS_BDEX003, otorgando el plazo de (3) meses para dar respuesta.
El documento remitido a COMFSUCRE EPS contenía la descripción de las causales, el soporte jurídico y técnico del hallazgo identificado en la auditoría ARS_BDEX003, de igual forma, le fue informado los registros y valores involucrados por causal

de auditoría, así:

Así mismo, la solicitud de aclaración indicaba los parámetros establecidos para validar lo informado y los términos de respuesta para que COMFASUCRE EPS realice las validaciones y emitiera la respuesta correspondiente.
La EPS dio respuesta a la solicitud de aclaración por correo electrónico el 9 de enero de 2020, esto es, en el plazo otorgado, para lo cual la EPS radicó un documento con el N°E1142015012002403 4E000037168000, ante la ADRES, a la cual se le dio acuso de recibo con el oficio NºS1142016012004281 8S000037168000 recibido por la EPS el 27 de enero de 2020 con la guía número YG250892297CO, en el cual se indicó que, continúan las etapas siguientes del procedimiento previsto en las Resoluciones 1716 de 2019 y 4895 de 2015.
La ADRES analizó la respuesta dada por la EPS a la solicitud de aclaración, con base en los siguientes parámetros:

Como resultado de las validaciones, cada registro se categorizó de acuerdo con los siguientes criterios:

• Resultado de la Auditoría ARS_BDEX003
La ADRES con el oficio radicado Nº 48005 realizó el informe de auditoría una vez aplicados los parámetros y criterios antes descritos a los 2.286 registros que fueron identificados como hallazgo en la auditoría y relacionados por la EPS como aclarados de los cuales 19 fueron aclarados por actualización de tablas de referencia, 13 restituidos en procesos LMA posteriores a la auditoría, 49 identificados como hallazgo en auditorías anteriores y 2.205 no presentaron cambios frente a lo reportado en la auditoría, lo que indica que dichos registros mantienen el hallazgo.
La EPS COMFASUCRE no acepta reintegrar el valor de $83.769.825,43, correspondiente a 2.205 registros.
De acuerdo con el análisis realizado a los registros identificados como hallazgos en la auditoría denominada ARS_BDEX003, se determinó que COMFASUCRE EPS presenta el siguiente valor a reintegrar por concepto de capital:

En consideración a lo expuesto, en el artículo 7 de la Ley 1949 de 2019, se realizó la indexación provisional al IPC a junio de 2020, presentando los siguientes valores:

En consecuencia, la suma del capital y a la actualización al IPC, corresponden a un reconocimiento sin justa causa de recursos del SGSSS a cargo de COMFASUCRE EPS, así:

El artículo 7 de la Resolución 1716 de 2019, dispone que “establecida la apropiación o el reconocimiento sin justa causa, se expedirá acto administrativo definitivo que ordene el reintegro del valor adeudado junto con su actualización, de acuerdo con la variación del IPC (…)”.
La ADRES ordenó el reintegro de los recursos apropiados o reconocidos sin justa causa por COMFASUCRE EPS, con fundamento en el procedimiento administrativo adelantado en observancia del derecho al debido proceso de la EPS requerida, para lo cual, expidió la Resolución 3504 el 04 de diciembre de 2020, en la que ordenó a la EPS reintegrar a la ADRES, la suma de $83.769.825,43 por concepto de recursos apropiados o reconocidos sin justa causa y $4.990.955,83 producto de la actualización al IPC con corte a septiembre de 2020.
Acto Administrativo
Que una vez determinada la apropiación o el reconocimiento sin justa causa previo el procedimiento de Ley, garantizando el debido proceso, se expidió la Resolución N.º 0003504 de 2020, en la cual se resolvió:
“Artículo 1. DECLARAR que como resultado del procedimiento de reintegro de recursos denominado ARS_BDEX003 adelantado por la ADRES, la EPS COMFASUCRE identificada con NIT 892.200.015 -5 presenta una apropiación o reconocimiento sin justa causa por valor de $83.769.825,43, el cual debe ser actualizado al IPC con corte a la fecha de reintegro.
Artículo 2. ORDENAR a la EPS COMFASUCRE identificada con NIT 892.200.015 -5, reintegrar a la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud – ADRES, la suma de $83.769.825,43 por concepto de recursos apropiados o reconocidos sin justa causa y $4.990.955,83 producto de la actualización al IPC con corte a septiembre de 2020 para los recursos por reintegrar. Parágrafo. Los recursos apropiados o reconocidos sin justa causa deberán ser actualizados con base en el IPC, hasta el día en que la EPS realice el reintegro de los mismos, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva del presente acto administrativo.
El acto administrativo que ordenó el reintegro le fue notificado electrónicamente a la citada EPS el 29 de marzo de 2021 y, el 06 de abril del mismo año, presentó recurso de reposición contra la Resolución 3504 de 2020, en el término señalado, cumpliendo con las formalidades establecidas en los artículos 76 y 77 del CPACA, radicado por correo electrónico bajo el número interno 20211420479732.
Con ocasión del recurso de reposición, se procedió a analizar nuevamente los registros que continúan en curso del procedimiento, del citado acto administrativo, realizando las siguientes validaciones:
- Si presenta restituciones en procesos de LMA posteriores a la auditoría.
- Si fue identificado como hallazgo en auditorías anteriores.
- Si presentó cambios o actualizaciones en las tablas de referencia.

- Si realizó reintegro de recursos o autorizó descuentos en los procesos de reconocimiento a favor de la EPS.

En el evento que el registro no se identifique en las anteriores validaciones, se categoriza como VALOR A REINTEGRAR.
En virtud del análisis presentado en el acto administrativo que ordena el reintegro y efectuadas las validaciones antes descritas, se generaron los siguientes resultados:

Conforme lo explicado en el anterior cuadro, se hace necesario indicar que, con ocasión del recurso de reposición, se efectuaron nuevas validaciones en las tablas de referencia con corte a la fecha del acto administrativo y producto de las novedades y actualizaciones identificadas, se aclararon 23 registros por valor de $571.746,11.
En atención lo dispuesto en el artículo 7 de la Ley 1949 de 2019, para los recursos que la EPS no aceptó reintegrar, se realizó la indexación provisional8 al IPC a abril de 2021, presentando los siguientes valores:

En consecuencia, la suma del capital y la actualización al IPC, corresponden a un reconocimiento sin justa causa de recursos del SGSSS a cargo de COMFASUCRE EPS, así:

Con ocasión del recurso de reposición se analizó nuevamente los registros y se concluye que hubo reconocimiento sin justa causa de recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud a COMFASUCRE EPS, por valor de capital de $83.198.079,32, más $6.761.282,12 producto de la actualización al IPC con corte a abril de 2021.
El recurso mencionado se constituyó en la posibilidad de los ciudadanos de ejercer, en sede administrativa, su derecho de contradicción frente a las decisiones adoptadas por la administración, con el objetivo de que ésta revise sus actuaciones, razón por la cual se expidió la Resolución 559 del 13 de mayo de 2021, en la cual se resolvió el recurso de reposición interpuesto por la EPS a la Resolución 3504 del 04 de diciembre de 2020, la cual indicó en sus artículos:
“Artículo 1. REPONER parcialmente la Resolución 0003504 de 2020, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva del presente acto administrativo.
Artículo 2. MODIFICAR el artículo 1 de la Resolución 0003504 de 2020, el cual quedará así:
Artículo 1. DECLARAR que como resultado del procedimiento de reintegro de recursos denominado ARS_BDEX003 adelantado por la ADRES, la EPS COMFASUCRE identificada con NIT 892.200.015 -5 presenta una apropiación o reconocimiento sin justa causa por valor de $83.198.079,32, el cual debe ser actualizado al IPC con corte a la fecha de reintegro.
Artículo 3. MODIFICAR el artículo 2 de la Resolución 0003504 de 2020, el cual quedará así:
Artículo 2. ORDENAR a la EPS COMFASUCRE identificada con NIT 892.200.015 - 5, reintegrar a la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud – ADRES, la suma de $83.198.079,32 por concepto de recursos apropiados o reconocidos sin justa causa y $6.761.282,12 producto de la actualización al IPC con corte a abril de 2021 para los recursos pendientes por reintegrar.
Parágrafo. Los recursos apropiados o reconocidos sin justa causa deberán ser actualizados con base en el IPC, hasta el día en que la EPS realice el reintegro de los mismos, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva del presente acto administrativo.”
De conformidad con lo anteriormente expuesto y, teniendo en cuenta la exigibilidad de la obligación de COMFASUCRE EPS a favor del Sistema General de Seguridad Social en Salud, contenida en la Resoluciones 3504 de 2020 y 559 de 2021 proferidas por la ADRES, es necesario citar lo que dispone el artículo 8 de la Resolución 1716 de 2019 que indica: “Reintegro de los recursos apropiados o reconocidos sin justa causa: En cualquier etapa previa a la firmeza del acto administrativo definitivo que ordene el reintegro de los recursos apropiados o reconocidos sin justa causa, el deudor podrá acogerse a alguna de las siguientes opciones”. Así mismo, es pertinente traer a colación lo indicado en el artículo 14 de la Resolución 1716 de 2019, que señala en el artículo 14.
“Consecuencias del incumplimiento del reintegro de recursos: Una vez en firme el acto administrativo que ordena el reintegro, sin que el deudor se haya acogido a alguna de las opciones previstas en el artículo 8 de la presente resolución, la entidad que adelanta el procedimiento aquí previsto adelantará las acciones para su cobro, a través de la jurisdicción coactiva.
En el caso de la ADRES, se aplicará la compensación del valor del reintegro contra los saldos que por cualquier concepto tenga a favor el deudor, para lo cual descontará mensualmente el 10% del valor reconocido por el proceso de compensación, el 8% por el proceso de LMA y el 100% del valor a reconocer y girar por recobros y reclamaciones, aplicándolo en su orden a capital y al valor de la actualización conforme con la variación del IPC”.
De tal manera, se tiene que la ADRES, adelantó el procedimiento de reintegro de recursos apropiados sin justa causa contra COMFASUCRE EPS, en observancia de las garantías establecidas a su favor y de las etapas y términos establecidos en el Decreto Ley 1281 de 2002 modificado por el artículo 7 de la Ley 1949 de 2019 y la Resolución 1716 de 2019.
En este punto se advierte que la Resolución 3504 de 2020 modificada por la Resolución 559 del 13 de mayo de 2021 son actos administrativos amparados por la presunción de veracidad que se encuentran vigentes y es aplicable al caso que nos ocupa, de conformidad con el artículo 88 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo – CPACA, que establece que “Los actos administrativos se presumen legales mientras no hayan sido anulados por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. (…).” De acuerdo con lo antes señalado, las Resoluciones proferidas por la

ADRES gozan de presunción de legalidad mientras no hayan sido suspendidas ni anuladas por la jurisdicción de lo contencioso

Análisis del precedente judicial

N/A

Aplica directriz institucional o nacional:	NO

Recomendaciones del abogado

Recomendación al comité	No conciliar

Conclusiones

La Oficina Asesora Jurídica de la ADRES, en virtud de los argumentos expuestos y el insumo técnico proferido por la Dirección de Liquidaciones y Garantías, considera que en el presente caso NO ES VIABLE presentar fórmula conciliatoria en razón a que el procedimiento de reintegro denominado ARCON_BDEX003 adelantado contra COMFASUCRE EPS, se adelantó en observancia de las garantías establecidas a su favor y de las etapas y términos establecidos en la Resolución 1716 de 2019.
Así mismo, la ADRES no supero el termino de los dos años establecidos en el artículo 73 de la Ley 1753 de 2015, toda vez que, el proceso de auditoria fue realizado entre Octubre de 2017 y Julio de 2019, por tanto, la solicitud de aclaración fue recibida por la EPS el 11 de octubre de 2019, razón por la cual no se habían superado el termino de los dos años establecido en el mencionado artículo.
Por último, no es cierto que el procedimiento de reintegro se basó en normas que no se encontraban vigentes ya que de de conformidad con lo dispuesto en el artículo 2 de la Resolución 1716 de 2019, esta le es aplicable a: I) los procedimientos que se iniciaron a partir de la entrada en vigencia de la Ley 1949 de 2019, siempre y cuando estén en curso, II) aquellos que no hubiesen sido allegados a la Superintendencia Nacional de Salud y III) los que se inicien a partir de la entrada en vigencia de dicha Ley, por consiguiente, como el presente procedimiento no fue allegado a la superintendencia procede la aplicación de la Ley 1716 de 2019.