Ficha de conciliación Extrajudicial

Información del proceso extrajudicial asociado a la ficha

Número de la ficha:	123748
Elaborada por:	SANDRA JULIETH HERRERA ALFONSO (ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD)
Numero de la solicitud de conciliación extrajudicial:	1517706
Jurisdicción:	ADMINISTRATIVA
Tipo de acción o medio de control:	Nulidad y restablecimiento del derecho
Procuraduría de conocimiento actual:	PROCURADURIA 86 JUDICIAL I ADMINISTRATIVA DE BOGOTA
Valor económico inicial:	$22.136.275,31
Valor económico indexado:	$22.306.563,80
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	901037916	ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD	CONVOCADO
OTRA PARTE	Número de identificación tributaria	8001309074	SALUD TOTAL EPS	CONVOCANTE

Hechos:

LA SNS EXPIDIÓ LA RESOLUCIÓN NO. 2000 DE 2020 MEDIANTE LA CUAL ORDENA A SALUD TOTAL EPS-S.INCONFORME CON LA DECISIÓN LA EPS INTERPUSO RECURSO DE REPOSICIÓN. MEDIANTE RESOLUCIÓN NO. 2022590000005476-6 DEL 24 DE AGOSTO DE 2022 LA SNS MODIFICÓ LA RESOLUCIÓN NO.2000 DE 2020, EN EL SENTIDO DE ACTUALIZAR LOS INTERESES MORATORIOS DE ACUERDO CON LO CERTIFICADO POR LA ADRES, Y REDUCIENDO EL VALOR CONSIGNADO.

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	

Valor económico del proceso o caso

Pretensiones:

Descripción	Unidad monetaria	Valor
	PESOS	22.136.275,00

Descripción adicional del proceso por parte del abogado

Hechos - Complemento a los descritos en el registro relacionado:

- La UT NUEVO FOSYGA 2014, remitió solicitud de aclaración ante la EPS convocante por la posible apropiación o reconocimiento sin justa causa en el pago de recobros que presuntamente presentaban diferencias entre la cantidad suministrada según el reporte de MIPRES, en el periodo comprendido entre el 1 de noviembre de 2017 y el 13 de abril de 2018, correspondiente a 85 recobros que incluían 110 ítems, por valor total de $ 46.492.206.

- Ante la falta de respuesta por parte de la EPS convocante la UT FOSYGA 2014, emitió informe de análisis y solicitud de reintegro mediante oficio UTF2014-RNG-11706 del 25 de septiembre de 2018, mediante el cual declaró la apropiación indebida de 91 ítems por valor de $16.251.996,02 por concepto de capital, más los intereses moratorios, declarando que sobre el restantes no se produjo apropiación o reconocimiento sin justa causa.

- La EPS, mediante escrito del 25 de octubre de 2018 dio respuesta al informe en el cual indicó que no era procedente el reintegro de la totalidad de los ítems involucrados; no obstante, aceptó el reintegro de la suma de $5.515.000 por concepto de capital, más sus respectivos intereses, los cuales fueron consignados a órdenes de la ADRES en la misma fecha de presentación del escrito.

- La UNIÓN TEMPORAL FOSYGA 2014 mediante oficio UTF2014-RNG-12141 del 29 de octubre de 2018 da respuesta al escrito anterior en el cual indicó que la oportunidad para dar respuesta a la solicitud de aclaraciones ya había concluido, por lo que no tuvo en cuenta la respuesta presentada por la EPS.

- Una vez culminado el procedimiento establecido, la SNS expidió la Resolución No. 2000 de 2020 mediante la cual ordena a SALUD TOTAL EPS-S el reintegro de las sumas indicadas por el administrador fiduciario del FOSYGA, sin tener en cuenta los soportes de pago acreditados en instancia de la UT.

- Inconforme con la decisión la EPS interpuso recurso de reposición.

- Mediante Resolución No. 2022590000005476-6 del 24 de agosto de 2022 la SNS modificó la Resolución No.2000 de 2020, en el sentido de actualizar los intereses moratorios de acuerdo con lo certificado por la ADRES, y reduciendo el valor consignado.

Pruebas allegadas al caso por las partes:

Parte convocante:

- Comunicación UTF2014-RNG-10409 del 23 de abril de 2018.
- Comunicación UTF2014-RNG-11706 del 25 de septiembre de 2018.
- Respuesta al informe de análisis y solicitud de reintegro.
- Comunicación UTF2014.RNG-12141 del 29 de octubre de 2018
- Resolución No. 2000 del 17 de abril de 2020.
- Escrito de recurso de reposición contra la Resolución No. 2000.
- Traslado a la prueba puesta en conocimiento en la Resolución anterior, presentado por SALUD TOTAL EPS-S el 28 de junio de 2022.
- Resolución No. 2022590000003647-6 de 2022.

- Parte convocada:

- Concepto técnico expedido por la Dirección de Otras Prestaciones comunicación interna N.º 20221600081383 del 14 de diciembre del 2022.

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,
1443371		No concilia	El Comité por unanimidad considera no proponer fórmula conciliatoria ya que el procedimiento de reintegro de recursos contra COOMEVA EPS se adelantó con observancia de las garantías establecidas a su favor y garantizando el debido proceso donde tuvo la oportunidad de controvertir, alegar, aclarar e interponer los recursos a que hubiere lugar, realizó aclaraciones a los hallazgos y se le informó lo acontecido en el tramite de reintegro.

Análisis del proceso o caso

Objeto de la solicitud de conciliación

- Se declare la nulidad de los actos administrativos Resolución No.2000 del 17 de abril de 2020, y No. 2022590000005476-6 del 24 de agosto de 2022, expedidas por la Superintendencia Nacional de Salud.

- Como consecuencia de la anterior declaración y a título de restablecimiento se abstengan de ejecutar o descontar las sumas antes referidas, o procedan a reintegrar o devolver $10.736.996,02 por concepto de capital, y $ $11.399.279,29 por

concepto de intereses moratorios, o el valor que se acredite como descontado por la convocada en caso de efectuarse dicho descuento.

- Que sobre la suma relacionada anteriormente se reconozca y pague la indexación.

Principal problema jurídico

Consiste en determinar si es factible la revocatoria de las Resoluciones 2000 de 2020 y 2022590000005476-6 de 2022 expedidas por la Superintendencia Nacional de Salud, respecto de las cuales se generó un interés directo para la ADRES, toda vez que, presuntamente fueron proferidos con violatoria al debido proceso, falsa motivación, falta de competencia, expedición irregular y desconocimiento del derecho de audiencia y defensa.

En consecuencia, identificar si en el trámite de reintegros la Superintendencia Nacional de Salud y el entonces FOSYGA -hoy la ADRES- garantizaron el debido proceso conforme lo establece el Decreto Ley 1281 de 2002 y la Resolución 3361 de 2013 y en consecuencia determinar, si tales actos administrativos gozan de firmeza y legalidad.

Análisis de caducidad y/o prescripción

8. Análisis de la Caducidad

De acuerdo con la solicitud de conciliación se evidencia que la EPS indicó que el medio de control a ejercer es el de nulidad y restablecimiento del derecho y de manera subsidiaria el medio de control de reparación directa con fundamento en la acumulación de pretensiones en los términos establecidos en el artículo 165 del CPACA. Así las cosas, se procede a analizar la caducidad de los medios de control invocados, de la siguiente manera:

• Nulidad y restablecimiento del Derecho:

El medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho se encuentra consagrado en el artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo y lo concerniente al término de caducidad para la presentación de este medio de control el literal d) del numeral segundo del artículo 164 ibidem, establece:

"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, en el caso concreto se encuentra que la solicitud de conciliación fue radicada ante la Procuraduría Judicial Administrativa el 17 de noviembre de 2022 y que la Resolución 2022590000005476-6 del 24 de agosto de 2022, mediante la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto, fue notificada el día 25 de agosto de 2022, quedando en firme el 26 de agosto de 2022. En consecuencia, se encuentra que el medio de control se presentó dentro de los términos legales, al no haber transcurrido más de los cuatro (4) meses dispuestos en la norma para el ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho.

• Reparación directa

La norma aplicable para determinar los requisitos en vía judicial de acuerdo con el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, establece que:

"ARTÍCULO 140. REPARACIÓN DIRECTA. En los términos del artículo 90 de la Constitución Política, la persona interesada podrá demandar directamente la reparación del daño antijurídico producido por la acción u omisión de los agentes del Estado. De conformidad con el inciso anterior, el Estado responderá, entre otras, cuando la causa del daño sea un hecho, una omisión, una operación administrativa o la ocupación temporal o permanente de inmueble por causa de trabajos públicos o por cualquiera otra causa imputable a una entidad pública o a un particular que haya obrado siguiendo una expresa instrucción de la misma"

Dentro de los requisitos de procedibilidad el numeral 1 del artículo 161 establece:

"Cuando los asuntos sean conciliables, el trámite de la conciliación extrajudicial constituirá requisito de procedibilidad de toda demanda en que se formulen pretensiones relativas a nulidad con restablecimiento del derecho reparación directa y

controversias contractuales.”

Por tanto, se debe analizar si la parte convocante se encuentra en término para ejercer el medio de control de Reparación Directa, de acuerdo con lo establecido en el numeral 2 literal i del artículo 164, que dispone dos (2) años contados a partir del día siguiente al de la ocurrencia de la acción u omisión causante del daño, o de cuando el demandante tuvo o debió tener conocimiento del mismo si fue en fecha posterior y siempre que pruebe la imposibilidad de haberlo conocido en la fecha de su ocurrencia.

Por tanto, para el caso en concreto se logró establecer que, el hecho generador del presunto daño ocurrió el 26 de agosto de 2022 (ejecutoria del AA) y teniendo que la solicitud de conciliación fue radicada ante la Procuraduría el 17 de noviembre de 2022, se puede concluir que, no operó el fenómeno jurídico de la caducidad en cuanto a la reparación directa.

Análisis del caso

7. Análisis del caso concreto

7.1. Del procedimiento administrativo especial de reintegro

El procedimiento administrativo especial de reintegro de recursos apropiados o reconocidos sin justa causa tiene su origen en el artículo 3 del Decreto Ley 1281 de 2002, modificado por el artículo 7 de la Ley 1949 de 2019, el cual enuncia lo siguiente:

ARTÍCULO 3o. REINTEGRO DE RECURSOS APROPIADOS O RECONOCIDOS SIN JUSTA CAUSA. Cuando la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud (ADRES) o quien haga sus veces o cualquier entidad o autoridad pública que en el ejercicio de sus competencias o actividades como participante o actor en el flujo de recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud detecte que se presentó apropiación sin justa causa de los mismos, solicitará la aclaración del hallazgo a la persona involucrada, para lo cual remitirá la información pertinente, analizará la respuesta dada por la misma y, en caso de establecer que se configuró la apropiación o reconocimiento sin justa causa de recursos, ordenará su reintegro, actualizado al Índice de Precios al Consumidor, IPC, dentro de los plazos establecidos por el Ministerio de Salud y Protección Social.

Una vez quede en firme el acto administrativo que ordena el reintegro, de conformidad con el procedimiento definido, la ADRES o quien haga sus veces o cualquier entidad o autoridad pública que, en el ejercicio de sus competencias o actividades como participante o actor en el flujo de recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud, compensará su valor contra los reconocimientos que resulten a favor del deudor por los diferentes procesos que ejecuta ante la entidad. En todo caso, los valores a reintegrar serán actualizados con el Índice de Precios al Consumidor (IPC).

Cuando la apropiación o reconocimiento a que alude este artículo sea evidenciada por el actor que recibe los recursos, este deberá reintegrarlos actualizados con el Índice de Precios al Consumidor (IPC), en el momento en que detecte el hecho.

En los casos en que la ADRES o quien haga sus veces o la autoridad o entidad pública que en el ejercicio de sus competencias o actividades como participante o actor en el flujo de recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud identifique en el proceso de reintegro actos u omisiones presuntamente constitutivas de infracciones de las normas del Sistema, informará de manera inmediata y con las pruebas correspondientes a la Superintendencia Nacional de Salud, para que adelante las investigaciones administrativas a que haya lugar.

PARÁGRAFO 1o. Los procesos que hubiesen sido allegados a la Superintendencia Nacional de Salud hasta la entrada en vigencia de la presente ley culminarán su trámite y se les aplicarán las reglas previstas en el régimen jurídico anterior. En todo caso, los recursos del aseguramiento en Salud apropiados o reconocidos sin justa causa involucrados en procedimientos en cursos serán reintegrados actualizándolos con el Índice de Precios al Consumidor (IPC).

Los procesos de reintegro que a la entrada en vigencia de la presente ley no hayan sido recibidos en la Superintendencia Nacional de Salud, se regirán y culminarán su trámite bajo las disposiciones previstas en el presente artículo.

Así las cosas, a pesar de que existe una norma que derogó las referencias al procedimiento, en el presente caso se hará referencia al Decreto Ley 1281 de 2002 dado que era la norma vigente para el momento de los hechos objeto de controversia.

De acuerdo con el artículo 3 del Decreto Ley 1281 de 2002 antes transcrito, 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, mediante etapas que garantizan el derecho de defensa y contradicción, la existencia de una apropiación o reconocimiento de los recursos sin justa causa 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, 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.

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, donde plasmaba las razones que sustentaban el resultado del análisis, y en los casos donde se determinaba 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 mediante la aplicación del Índice de Precios al Consumidor – IPC, según fuese el caso.

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.
7.2 Del insumo remitido por la Dirección de Otras Prestaciones

El 27 de diciembre del 2022, la Dirección de Otras Prestaciones remitió el concepto técnico mediante radicado N.º 20221600081383, el cual indica lo siguiente:

En atención a la solicitud del asunto, a través de la cual solicita la expedición de un concepto frente al proceso de reintegro que adelantó la Superintendencia Nacional de Salud en contra de SALUD TOTAL ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD DEL RÉGI-MEN CONTRIBUTIVO Y DEL RÉGIMEN SUBSIDIADO SA mediante las resoluciones N.º 0020001 del 17 de abril de 2020 y 2022590000005476-6 2 del 24 de agosto de 2022; me permito informar lo siguiente: El parágrafo 1 del artículo 3 del Decreto Ley 12813 de 2002, modificado por el artículo 7 de la Ley 19494 de 2019, indicó que «Los procesos que hubiesen sido allegados a la Superintendencia Nacional de Salud hasta la entrada en vigencia de la presente ley culminarán su trámite y se les aplicarán las reglas previstas en el régimen jurídico anterior. (…)». En ese orden de ideas, se tiene que, para el caso en concreto, las Resoluciones N.º 002000 de 2020 y 2022590000005476-6 de 2022, fueron expedidas por la Superintendencia Nacional de Salud en el marco de la competencia que le asignó la normativa anteriormente descrita.

Por otra parte, el artículo 88 de la Ley 14375 de 2011, precisó frente a la legalidad de los actos administrativos, lo siguiente:

ARTÍCULO 88. PRESUNCIÓN DE LEGALIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO. Los actos administrativos se presumen legales mientras no hayan sido anulados por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. (…).

En virtud de lo anterior, la Dirección de Otras Prestaciones presume la legalidad de los actos administrativos que expidió la Superintendencia Nacional de Salud con ocasión al proceso de reintegro que adelantó en contra de SALUD TOTAL ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD DEL RÉGI-MEN CONTRIBUTIVO Y DEL RÉGIMEN SUBSIDIADO SA, por cuanto no tiene conocimiento de que estos han sido objeto de anulación por parte de la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. En ese orden de ideas, esta Dirección no analizó los aspectos técnicos y jurídicos del proceso de reintegro, por cuanto dicha función no es de resorte de esta Administradora. Así las cosas, la ADRES no tiene la competencia para desatar los argumentos que expresó SALUD TOTAL ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD DEL RÉGI-MEN CONTRIBUTIVO Y DEL RÉGIMEN SUBSIDIADO SA en la solicitud de conciliación, puesto que el proceso de reintegro lo culminó la Superintendencia Nacional de Salud y no esta Administradora. Sin embargo, la Dirección de Otras Prestaciones analizó el aspecto financiero que integra el proceso de reintegro en cuanto al monto involucrado, descuentos y pagos realizados y evidenció que el valor por concepto de capital no fue objeto de modificación, es decir, el valor ordenado a reintegrar es coherente con los aspectos que integra el proceso administrativo.

Por lo anterior, adjunto a la presente comunicación remito las Resoluciones N.º 002000 de 2020 y 2022590000005476-6 de 2022, solicitudes de aclaración, informe de reintegro, firmeza de las Resoluciones y las bases de datos que se emitieron sobre el particular. De esta forma, se brinda respuesta a la solicitud, quedando atentos a cualquier información adicional que se requiera sobre el particular.
7.3 De los argumentos expuestos por la EPS

- Falsa motivación y fundamento del daño antijuridico

Teniendo en cuenta que la EPS argumentó la firmeza, al respecto resulta pertinente indicar que los recursos objeto de reintegro obedecen a recobros los cuales no son cubiertos por el plan de beneficios en salud con cargo a la UPC para la fecha de su prestación y por lo tanto no pertenecen a recursos del aseguramiento en Salud como erróneamente interpretó la convocante. Lo anterior quiere decir que su reconocimiento y pago se tramita a través del procedimiento del recobro y no se encuentra financiado por la Unidad de Pago por Capitación. De conformidad con lo establecido en el numeral a) del artículo 2.6.1.6.1. del Decreto 780 de 2016 que señala lo siguiente:

"a) Recursos del aseguramiento en salud: Corresponden a aquellos que el Sistema General de Seguridad Social en Salud reconoce y paga por concepto de Unidades de Pago por Capitación (UPC), para garantizar la financiación del plan de beneficios a la población afiliada a los regímenes contributivo y subsidiado, así como el valor per cápita que se reconoce para el desarrollo de las actividades de promoción y prevención, el porcentaje del Ingreso Base de Cotización para garantizar el reconocimiento y pago de incapacidades por enfermedad general a los afiliados cotizantes con derecho y el valor de las licencias de maternidad y paternidad, en el régimen contributivo;"

Aclarado lo anterior resulta pertinente indicar que para la procedencia del reintegro de recursos del aseguramiento en salud el Decreto 780 de 2016, en el artículo 2.6.1.6.1, señaló el término de dos (2) años para que opere la firmeza de los recursos la cual vuelve a contarse a contarse a partir del día siguiente al de la comunicación de la solicitud de aclaración. Posteriormente el Decreto 780 de 2016, fue adicionado por el Decreto número 969 de 2017 y respecto al concepto de la reclamación o solicitud de aclaración con la cual se interrumpe la firmeza de los recursos del SGSSS preciso lo siguiente:

"ARTÍCULO 2.6.1.6.1. DEFINICIONES. Para efectos del presente capítulo, adóptense las siguientes definiciones: (...) d) Reclamación: Corresponde a la remisión de la solicitud de aclaración a los sujetos del procedimiento de reintegro de recursos apropiados o reconocidos sin justa causa, por parte del Fondo de Solidaridad y Garantía (Fosyga) o quien haga sus veces, 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." (subrayado y negrilla fuera del texto original).

Así las cosas, no resulta aplicable lo indicado por la EPS en el cargo aducido de la firmeza de los recursos al SGSSS que es aplicable siempre y cuando la obligación de restitución concierna a servicios cubiertos en el PBS.

De otra parte, como quiera que la convocante además argumentó este cargo aduciendo que no era procedente el cobro de intereses moratorios establecidos por la DIAN, se debe precisar que, el artículo 3º del Decreto Ley 1281de 2002, establecía:

"Artículo 3°. Reintegro de recursos apropiados o reconocidos sin justa causa. Cuando el administrador fiduciario del Fosyga o cualquier entidad o autoridad pública detecte que se presentó apropiación sin justa causa de recursos del sector salud, ...solicitará en forma inmediata las aclaraciones respectivas o su reintegro... 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".

Por su parte la Resolución 3361 de 2013 en su artículo 7° numeral 3 establece:

"Artículo 7. Elaboración de informe y comunicación del resultado. Durante el término de que trata el artículo 6 de la presente resolución, quien esté adelantando el procedimiento para determinar la apropiación o el reconocimiento sin justa causa de los recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud, elaborará un informe en el que se plasmen las razones que sustentan el resultado del análisis, y finalizado el mismo, lo comunicará a la entidad requerida en medio físico y magnético y al administrador fiduciario de los recursos del FOSYGA, en caso de que éste no sea quien conozca el procedimiento

Cuando se determine que existió apropiación o reconocimiento sin justa causa de recursos, la comunicación contendrá como mínimo:

(...)1.La determinación de si las sumas adeudadas deben ser devueltas junto con los intereses de mora calculados con base en la tasa de interés moratorio establecida para los impuestos administrados por la DIAN, o con la actualización mediante la aplicación del índice de Precios al Consumidor IPC."

De acuerdo con lo anterior, el procedimiento de reintegro de recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud apropiados o reconocidos sin justa causa, se efectuó con las reglas previstas en el régimen jurídico anterior, por lo que el cálculo de los intereses se realiza con base en la tasa de interés moratorio establecida para los impuestos administrados por la DIAN, en razón a que los recursos objeto de reintegro obedece a recobros y no a recursos del aseguramiento en Salud.

- Falta de competencia

Al respecto, resulta pertinente señalar que el Decreto Ley 1281 de 2002 previo a la modificación dispuesta por la Ley 1949 de 2019, establecía que entre las funciones de la Superintendencia Nacional de Salud se encontraba el expedir la orden de reintegro de manera inmediata al momento en que el anterior Fosyga (hoy ADRES) determinara la apropiación o el reconocimiento de los recursos sin justa causa.

"ARTÍCULO 3. 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. (…)" (Subrayado y negrilla fuera de texto)

Igualmente, la Corte Constitucional en la Sentencia C-607 de 2012 determinó que el procedimiento establecido en el artículo 3 del Decreto Ley 1281 de 2002 puede entenderse en dos etapas, así:

"El artículo 3 del Decreto Ley 1281 de 2002 regula el reintegro de recursos apropiados o reconocidos sin justa causa. Dicha disposición puede ser entendida en dos etapas, la primera, que se desarrolla por los participantes en el flujo de caja, específicamente la norma dispone que (i) 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, (ii) detecte que se presentó apropiación sin justa causa de recursos del sector salud, en los eventos que señale el reglamento,(iii) solicitará en forma inmediata las aclaraciones respectivas o su reintegro, (iv) el cual procederá a más tardar dentro de los veinte días hábiles siguientes a la comunicación del hecho, (v) 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.

En una segunda etapa, procede la intervención de la Superintendencia Nacional de Salud quien ordenará el reintegro inmediato de los recursos y adelantará las acciones que considere pertinentes." (Subrayado fuera de texto)

De conformidad con lo anterior, para la fecha en que ocurrieron los hechos, la SNS desarrolló la primera etapa en mención conforme a lo dispuesto por la Resolución N.º 3361 de 2013 (norma vigente para el momento) realizando las siguientes actuaciones:

1. El establecimiento, por parte del administrador fiduciario del Fosyga a cualquier entidad o autoridad pública que, en ejercicio de sus competencias, obligaciones contractuales a actividades participe en el flujo de caja de los recursos del sector salud, de Ia posible apropiación o reconocimiento sin justa causa de tales recursos.
2. La solicitud a la persona natural o jurídica que presuntamente se apropió o a quien se le haya reconocido sin justa causa recursos del sector salud, para que emita las respectivas aclaraciones, en un plazo especifico.
3. La respuesta a el silencio de Ia persona natural o jurídica requerida.
4. La elaboración y envío, a Ia persona natural o jurídica requerida, del informe en el que se plasmen las razones que sustentan el resultado del análisis realizado.
5. La remisión de Ia documentación que soporta el hallazgo a Ia Superintendencia Nacional de Salud, Si vencidos los plazos otorgados Ia persona natural a jurídica requerida no presenta las aclaraciones solicitadas o las mismas no resultan satisfactorias total o parcialmente o no existe aceptación expresa de alguna de las posibilidades de reintegro, a fin de que aquella adelante las actuaciones a que haya lugar en el marco de sus competencias, orientadas al reintegro de los recursos del Fondo de Solidaridad y Garantía (Fosyga).

Así mismo, debe precisarse que el procedimiento administrativo especial de reintegro no tiene naturaleza sancionatoria. A través de este se busca la recuperación de recursos del SGSSS que fueron apropiados o reconocidos sin justa causa.

Por lo tanto, su naturaleza jurídica tiene soporte en la figura del pago de lo no debido. Sobre la cual, el Código Civil en su artículo 2313 señala lo siguiente: Si el que por error ha hecho un pago, prueba que no lo debía, tiene derecho para repetir lo pagado. Dado lo anterior, a través del procedimiento administrativo de reintegro no se analizan aspectos subjetivos

relacionados con el actuar del agente requerido. En este, se busca determinar si el reconocimiento viene precedido de una causa legal que lo justifique, so pena de que sea procedente su reintegro.

- De la expedición irregular de los actos administrativos

Al respecto resulta pertinente indicar que analizados los actos administrativos objeto de reproche se evidencia que fueron debidamente motivados, toda vez que existe coincidencia entre los motivos y lo resuelto en las resoluciones objeto de discusión. Adicionalmente, los fundamentos fueron suficientemente consistentes en explicar el objeto, causa, motivo y finalidad consagrado en las resoluciones.

Por otro lado, teniendo en cuenta que la convocante indicó que la ADRES /SNS no le dio la oportunidad de presentar recurso contra el informe final, al respecto, es importante indicar que este informe no constituye una decisión administrativa definitiva susceptible de ser impugnada a través de los recursos de ley en sede administrativa, sino que se trata de un insumo técnico que fundamenta la expedición de la orden de reintegro. En otras palabras, se trata de un acto administrativo preparatorio que sirve de insumo para adoptar una decisión final plasmada en el acto administrativo que ordena el reintegro de los recursos apropiados o reconocidos sin justa causa del SGSSS.

En ese orden de ideas, resulta pertinente indicar que el artículo 75 de la Ley 1437 de 2011 expresamente señaló: "[n]o habrá recurso contra los actos de carácter general, ni contra los de trámite, preparatorios, o de ejecución excepto en los casos previstos en norma expresa". Por lo tanto, es claro que el informe de reintegro no debía ser notificado ni tampoco procedía recurso alguno contra este, puesto que la decisión definitiva se adopta en la resolución que ordena el reintegro.

Ahora bien, frente a la afirmación relacionada con la expedición de la Resolución 9084 de 2019, como de ejecución, se evidencia que la misma no hace parte del procedimiento de reintegro objeto de las pretensiones, de allí que no resulta pertinente efectuar pronunciamiento alguno al respecto, en tanto, carece de fundamento.

Finalmente, teniendo en cuenta que la EPS convocante, argumentó la existencia del silencio administrativo positivo debido a la tardanza por parte de la SNS en la expedición de la Resolución que resuelve el recurso de reposición, resulta pertinente indicar que solo excepcionalmente y cuando la ley así lo disponga, se produce el silencio administrativo positivo. Tal como dispone el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo como efectos del silencio administrativo:

"ARTÍCULO 84. SILENCIO POSITIVO. Solamente en los casos expresamente previstos en disposiciones legales especiales, el silencio de la administración equivale a decisión positiva.

Los términos para que se entienda producida la decisión positiva presunta comienzan a contarse a partir del día en que se presentó la petición o recurso."

Así mismo, es pertinente indicar que entre las normas legales que establecen de manera expresa el silencio administrativo positivo se encuentran, entre otras, el artículo 25 de la Ley 57 de 1985, que hace relación al acceso a documentos públicos; el artículo 25 de la Ley 80 de 1993 que tiene que ver con las solicitudes formuladas en el curso de la ejecución de un contrato estatal; y el artículo 123 del Decreto 2150 de 1995 relacionado con las peticiones que formulen los usuarios en la ejecución del contrato de servicios públicos.

Ahora bien, se debe precisar que la normativa especial no reguló la configuración de un silencio administrativo positivo. Razón por la cual, no resulta aplicable la afirmación incoada por la actora.

- Desconocimiento del derecho de audiencia y de defensa

Al respecto, se debe indicar que las resoluciones contienen de forma detallada las razones de hecho y de derecho que sustentan lo ordenado. Así mismo, se encuentra un análisis detallado de los argumentos expuestos por la EPS en el recurso de reposición interpuesto, como se indicó en cada parte motiva que sustentan la orden de reintegro. Tanto, que contiene un acápite específico en el cual se ilustran las validaciones posteriores a los recursos de reposición interpuesto, y un capítulo independiente, en el que se controvierte uno a uno los argumentos expuestos por parte de la EPS y se explica el porqué de la decisión adoptada.

Así mismo, vale la pena precisar que el procedimiento administrativo especial se rindió en el marco de los parámetros y metodología que reglamenta la Resolución 3361 de 2013 por ser la vigente al momento de los hechos. Norma en la que se contemplan las siguientes etapas dentro del procedimiento de reintegro: I) Solicitud de aclaración, II) respuesta a la comunicación, III) análisis a la respuesta, IV) elaboración del informe y comunicación del resultado y V) recurso de reposición interpuesto por la administrada dentro del término dispuesto en la Ley 1437 de 2011.

Aclarado lo anterior, para el caso concreto la EPS contó con dos instancias en las que pudo ejercer su derecho de contradicción y defensa, además, pudo allegar en todo momento las pruebas que considera pertinentes para acreditar su posición. En efecto para el caso en cuestión, se encuentra que la EPS efectivamente ejerció su derecho replica en la interposición del recurso de reposición contra la Resolución N°. 2000 de 2020.

- De la imposibilidad de proponer fórmula conciliatoria

Al respecto, es importante poner de presente que la Superintendencia Nacional de Salud emitió las resoluciones objeto de discusión, en virtud de las funciones consagradas en la Resolución 3361 de 2013, en este orden de ideas a pesar de que dicha orden de reintegro generó un interés directo para la ADRES, lo cierto es que, al tratarse de un acto administrativo de reintegro expedido por otra Entidad, la Administradora no tiene competencia para revocar dichas resoluciones.

Es por ello que, en el presente caso no se viable presentar formular conciliatoria, pues además de encontrar de que las convocadas garantizaron el debido proceso de la parte actora, la ADRES no expidió directamente los actos administrativos.

7.4.1 Otros argumentos a tener en cuenta

- La acumulación de pretensiones por el medio de control de reparación directa no está llamada a prosperar

El medio de control de reparación directa no procede cuando existen actos administrativos, teniendo en cuenta que la declaración de voluntad de la administración está amparada por la presunción de legalidad de conformidad con lo establecido en el artículo 88 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo – CPACA el cual establece:

"Los actos administrativos se presumen legales mientras no hayan sido anulados por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo"(…)"

De conformidad con lo anterior, no está llamada a prosperar la pretensión incoada por la parte actora relacionada con la declaratoria de la responsabilidad, como quiera que, el presunto daño se ocasionó con la expedición de un acto administrativo que está amparado de legalidad, en el entendido que, mientras no sean suspendidos ni anulados por la jurisdicción de lo contencioso administrativo, conservan su vigencia y por tanto, deben ser cumplidos por sus destinatarios.

Sin perjuicio de lo ya aclarado, sea del caso precisar que, la responsabilidad alegada por la parte actora surge cuando se ha cometido un daño antijurídico que termina con la obligación jurídica de indemnizar, tanto desde el punto de vista fáctico como jurídico. Lo anterior, en virtud de la existencia de un título jurídico de imputación que permita atribuir la responsabilidad a cargo del Estado, como lo son; la falla del servicio, el riesgo excepcional, el daño especial, etc, situación que en el caso en concretó no operó.

Al respecto la Corte Constitucional se pronunció en sentencia C644 de 2011 respecto de la indemnización solicitada bajo el medio de control de reparación directa ocasionada por un acto administrativo de la siguiente manera:

"La acción de reparación directa, consagrada en el artículo 86 del C.C.A., modificado por el artículo 31 de la ley 446 de 1998, es procedente para demandar la reparación del daño que deriva de un hecho, una omisión, una operación administrativa o la ocupación temporal o permanente de inmueble por causa de trabajos públicos - o por cualquiera otra causa -, siempre que esta última no consista en un acto administrativo, porque cuando éste es fuente de un daño, la ley prevé expresamente como acción pertinente la de nulidad y restablecimiento del derecho.

"Se trata de una típica acción tendiente a indemnizar a las personas con ocasión de la responsabilidad extracontractual en que pudo incurrir el Estado, en razón de las actividades anteriormente indicadas, que excluyen de entrada el acto administrativo".

- De la aplicación de los pagos efectuados por la EPS

Sin perjuicio de los demás argumentos esgrimidos con anterioridad, teniendo en cuenta que la descripción de los hechos la EPS afirmó que no fue reconocido del reintegro efectuado, resulta pertinente indicar que, analizados los actos administrativos, se encontró que el pagó fue reportado por la UT y aplicado en debida forma, como se evidencia en la siguiente captura de pantalla tomada de la Resolución No. 2000 de 2020:

En consecuencia, la orden de reintegro correspondió a $ 10.763.996,02 y no a $16.251.996,02 como indicaba el informe,

Así las cosas, se desvirtúa la inaplicación de pago que afirmó la EPS.

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, en virtud de los argumentos expuestos y el informe técnico proferido por la Dirección de Otras Prestaciones de la Entidad, considera que en el presente caso NO ES VIABLE presentar fórmula conciliatoria en razón a que el procedimiento de reintegro de recursos apropiados o reconocidos sin justa causa contra Salud Total EPS, se adelantó en observancia de las garantías establecidas a su favor y de las etapas y términos establecidos en Decreto Ley 1281 de 2002 y la Resolución 3361 de 2013, en prevalencia en todo caso de los derechos al debido proceso, defensa y contradicción de los que es titular la EPS convocante. Teniendo en cuenta además que, para el caso concreto, no es aplicable el término de firmeza de los recursos al SGSSS el cual opera cuando la obligación de restitución concierne a servicios cubiertos en el PBS, lo cual discierne con el caso concreto, pues los recursos objeto de reintegro obedecen a los recobros presentados por la convocante.

Finalmente, se reitera que, al tratarse de un acto administrativo de reintegro expedido por otra Entidad, la Administradora no tiene competencia para revocar dichas resoluciones.