Ficha de conciliación Extrajudicial

Información del proceso extrajudicial asociado a la ficha

Número de la ficha:	131546
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:	1525181
Jurisdicción:	ADMINISTRATIVA
Tipo de acción o medio de control:	Reparacion Directa
Procuraduría de conocimiento actual:	PROCURADURIA (REPARTO)
Valor económico inicial:	$4.215.205.850,00
Valor económico indexado:	$4.215.205.850,00
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	901037916	ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD	CONVOCADO
OTRA PARTE	Número de identificación tributaria	900156264	NUEVA EPS	CONVOCANTE

Hechos:

INDICA LA EPS QUE LA ADRES NO RECONOCIÓ LA OBLIGACIÓN DE PAGO SOBRE LOS 13842 ÍTEMS O SERVICIOS NO PBS , EN RAZÓN A QUE NO ESTÁN CUBIERTOS POR LA UNIDAD DE PAGO POR CAPITACIÓN - UPC DEL PLAN DE BENEFICIOS EN SALUD - PBS, POR VALOR DE $ 4.215.205.850. AHORA BIEN TENIENDO EN CUENTA QUE LA CORTE CONSTITUCIONAL, A TRAVÉS DEL AUTO NO. 389 DEL 22 DE JULIO DE 2021 SENTÓ UNA NUEVA POSICIÓN RESPECTO A CUÁL ES LA JURISDICCIÓN COMPETENTE PARA CONOCER DE LOS

CONFLICTOS EN MATERIA DE RECOBROS POR SERVICIOS NO PBS, ASIGNANDO LA COMPETENCIA A LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA, NUEVA EPS S.A. SE ENCUENTRA OBLIGADA A ADELANTAR EL PRESENTE TRÁMITE PARA ACREDITAR EL REQUISITO DE PROCEDIBILIDAD Y ASÍ, EVENTUALMENTE RADICAR DEMANDA DE REPARACIÓN DIRECTA

Causas y Subcausas:

Entidad	Causa	Subcausa
ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD	INCUMPLIMIENTO EN EL RECONOCIMIENTO DE MEDICAMENTOS Y SERVICIOS INCLUIDOS O NO EN EL POS	

Valor económico del proceso o caso

Pretensiones:

Descripción	Unidad monetaria	Valor
	PESOS	4.215.205.850,00

Descripción adicional del proceso por parte del abogado

Hechos - Complemento a los descritos en el registro relacionado:

- La EPS asumió el costo de los medicamentos, servicios y tratamientos médicos ordenados a sus afiliados al régimen contributivo de salud y suministró servicios NO POS ordenados por fallos de tutela de carácter integral y decisiones del Comité Técnico Científico.

- Las prestaciones en salud no incluidas en el PBS que por ende no se encuentran cubiertas por la UPC, son asumidas por el Estado como garante del servicio de salud, en desarrollo del principio de Equilibrio Financiero y en atención al límite de las obligaciones delegadas a las EPS.

- Haciendo uso del mecanismo de saneamiento definitivo denominado “Punto final”, creado por la Ley 1955 de 2019 y reglamentado por el Decreto 521 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, NUEVA EPS ha venido radicando ante la ADRES los servicios demandados, amparándose en el término especial de prescripción de diez (10) años dispuesto por el numeral 12.1.2 del artículo 12 del mencionado Decreto.

- La Corte Constitucional, a través del Auto No. 389 del 22 de julio de 2021 sentó una nueva posición respecto a cuál es la jurisdicción competente para conocer de los conflictos en materia de recobros por servicios NO PBS, asignando la competencia a la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

Pruebas allegadas al caso por las partes:

Parte convocante:

- Bases de datos Excel con la relación y detalle de los servicios recobrados, incluyendo el estado actual de los servicios en el trámite de saneamiento definitivo denominado punto final – Anexo 01.
- Copia Auto 389 de 2021 de la Corte Constitucional.

Parte convocada:

- Apoyo técnico emitido por DGTIC – Anexo 02.

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

1426324		No concilia	NO se propone fórmula conciliatoria ya que los 1871 recobros se encuentran afectados por el fenómeno jurídico de la caducidad y adicionalmente fueron objeto de imposición de glosas con fundamento en la normativa vigente aplicable para la fecha de prestación del servicio.

Análisis del proceso o caso

Objeto de la solicitud de conciliación

- Que la ADRES reconozca la obligación de pago sobre los 13.842 ítems o servicios NO PBS contenidos en 10.474 recobros, en razón a que no están cubiertos por la Unidad de Pago por Capitación -UPC del Plan de Beneficios en Salud - PBS.

- Como consecuencia de la pretensión anterior, se ordene a la ADRES a realizar el reembolso de los valores pagados por NUEVA EPS S.A. por un valor total de $ 3.456.780.794.

Principal problema jurídico

- Que la ADRES reconozca la obligación de pago sobre los 13.842 ítems o servicios NO PBS contenidos en 10.474 recobros, en razón a que no están cubiertos por la Unidad de Pago por Capitación -UPC del Plan de Beneficios en Salud - PBS.

- Como consecuencia de la pretensión anterior, se ordene a la ADRES a realizar el reembolso de los valores pagados por NUEVA EPS S.A. por un valor total de $ 3.456.780.794.

Análisis de caducidad y/o prescripción

8. Análisis de la caducidad

Teniendo en cuenta que en la solicitud de conciliación se invocó el medio del control de reparación directa se procederá a realizar el estudio de la caducidad en virtud de lo estipulado en literal i) del numeral 2 del artículo 164 de la Ley 1437 de 2011. Adicionalmente, en razón a que existe una indebida escogencia del medio de control a la luz del pronunciamiento de la Corte Constitucional en el Auto 389 del 22 de julio de 2021 se procederá con el estudio de la figura de la caducidad del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho.

8.1 Caducidad del medio de control invocado de Reparación Directa

El término de caducidad para el medio de control de reparación directa y sobre el cual el convocante pretende agotar el requisito de procedibilidad, se encuentra consagrado en el literal i) del numeral 2 del artículo 164 ibidem, el cual señala:

“Artículo 164. Oportunidad para presentar la demanda. La demanda deberá ser presentada: i) Cuando se pretenda la reparación directa, la demanda deberá presentarse dentro del término de 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”.

Así, entonces, teniendo en cuenta que sobre los 4219 recobros cuya fecha de devolución se efectuó entre el 09 de noviembre de 2020 y el 08 de enero de 2021 y la solicitud de conciliación se presentó el 21 de marzo de 2023 es posible concluir que se encuentran afectados por el fenómeno de la caducidad.

Ahora bien, sobre los 6385 recobros restantes cuya fecha de devolución se efectuó entre el 26 de abril de 2021 y el 07 de marzo de 2022 y la solicitud de conciliación se presentó el 21 de marzo de 2023 es posible concluir que se NO encuentran afectados por el fenómeno de la caducidad.

8.2. Caducidad del medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho

El término de caducidad para el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, por medio del cual debía surtirse el trámite, se encuentra consagrado en el literal d) del numeral 2 del artículo 164 ibidem, el cual señala:

"2. 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".

Así, entonces, teniendo en cuenta que, sobre los 10474 recobros presentados, cuya fecha de devolución se efectuó entre el 09 de noviembre de 2020 y el 07 de marzo de 2022 y la solicitud de conciliación se presentó el 21 de marzo de 2023 es posible concluir que se encuentran afectados por el fenómeno de la caducidad.

Análisis del caso

7. Análisis del caso concreto

En este acápite se procede a estudiar las pretensiones incoadas por la EPS, dirigidas a obtener el reconocimiento y pago de 13.842 ítems contenidos en 10.474 recobros por concepto de tecnologías no cubiertas por el PBS.

7.1. Del procedimiento de reconocimiento y pago de recobros a las EPS por parte de la ADRES.

De acuerdo con la Ley 100 de 1993, las Entidades Promotoras de Salud (EPS) son las encargadas de organizar y garantizar la prestación de los servicios de salud, lo cual puede realizarse de forma directa o mediante la contratación con Instituciones Prestadoras de Salud (IPS). Lo anterior quiere decir que las EPS pueden celebrar contratos privados con las IPS para poder garantizar a sus afiliados la prestación de los servicios de salud. Ahora bien, como retribución por la organización y garantía de la prestación de los servicios de salud, la Ley 100 de 1993 establece que por cada usuario se reconoce a la EPS una Unidad de Pago por Capitación (UPC), giro que se encuentra a cargo de la ADRES de acuerdo con las funciones otorgadas por el artículo 66 de la Ley 1753 de 2015.

En cuanto a los servicios y tecnologías en salud no financiados con la UPC y no excluidos de la financiación con recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud (SGSSS) de los que trata el artículo 240 de la Ley 1955 de 2019, se cuenta con la figura del presupuesto máximo. El cual corresponde a un monto anual que es definido por el Ministerio de Salud y Protección Social. Este presupuesto se transfiere mensualmente a las EPS por parte de la ADRES, luego de surtir un proceso de liquidación para determinar el monto asignado para el período en cuestión. Por lo tanto, se trata de un recurso que se asigna previa prestación del servicio a los usuarios y con lo cual se buscar garantizar el suministro de los servicios y tecnologías en salud que no son financiados por la UPC.

Ahora bien, la figura de los presupuestos máximos entró en operación el 1 de marzo de 2020. Por lo que antes de esta fecha los servicios y tecnologías en salud no financiados con la UPC y no excluidos de la financiación con recursos del SGSSS se financiaban a través de la figura del recobro. El recobro consiste en un procedimiento administrativo en el que la EPS, como titular del derecho, presenta la cuenta médica a la ADRES o quien haga sus veces, cumpliendo con unos criterios de presentación y etapas previamente definidas. Al finalizar el procedimiento, se emite una decisión que puede ser favorable o desfavorable para la EPS. Frente a la cual, puede ejercer su derecho de contradicción y defensa mediante las figuras de la objeción o subsanación a la glosa.

Para emitir una decisión de fondo, se lleva a cabo una auditoría integral en la que se validan los siguientes requisitos esenciales:

1. Que el usuario exista y le asista derecho.
2. Que el servicio o tecnología en salud no se encuentre cubierta con la UPC.
3. Que el servicio o tecnología en salud haya sido prescrita por un profesional de la salud u ordenada mediante un fallo de tutela.
4. Que el servicio o la tecnología en salud haya sido efectivamente suministrada al usuario.
5. Que el reconocimiento y pago del servicio o la tecnología en salud corresponda a la ADRES y se presente por una única vez.
6. Que la solicitud del reconocimiento y pago del servicio o la tecnología en salud se realice ante la ADRES en el término establecido.
7. Que los datos registrados en los documentos que soportan el recobro/cobro son consistentes y se desarrollan de manera coherente respecto al usuario, la tecnología y las fechas, tanto en los soportes como en los medios magnéticos.
8. Que el valor recobrado se encuentra debidamente liquidado, soportado y conforme a la regulación vigente.

En este punto, se recalca que el procedimiento establecido para el reconocimiento y pago de los recobros presentados por

las EPS y EOC, se da en procura de atender el principio de eficiencia consagrado en el artículo 2 de la Ley 100 de 1993, consistente en la mejor utilización social y económica de los recursos administrativos, técnicos y financieros disponibles, pues de no verificar la procedencia del reconocimiento existiría un alto riesgo de pagos indebidos o incorrectos lo que llevaría a una mala utilización de los recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud.

En conclusión, las EPS deben seguir un procedimiento administrativo para el reconocimiento y pago de las solicitudes de recobro. Hecho lo anterior, la ADRES o quien haga sus veces lleva a cabo una auditoría integral sobre los recobros en la que verifica cada uno de los aspectos mínimos previamente enunciados. Luego de lo cual, se emite una decisión de fondo que puede ser favorable o desfavorable a la EPS, frente a la cual puede ejercer su derecho de contradicción y defensa mediante el mecanismo de objeción o subsanación a la glosa.

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

Los recobros MIPRES son registrados por la EPS en el respectivo aplicativo, por lo que, para poder identificarlos en la entidad, se hace necesario que la EPS aporte el número completo del radicado. Indicado lo anterior, para el caso se realizó la búsqueda considerando el dato de la casilla "N° DE RECOBRO". Así las cosas, la OAJ solicitó apoyo técnico el 23 de marzo de 2023 a través de los correos electrónicos mesadeservicios@adres.gov.co con copia a yuly.otalora@adres.gov.co. Dicho apoyo se recibió el 28 de marzo de 2023.

Una vez revisados los anexos de la solicitud de conciliación, se encontró que la EPS solicitó el pago de 13.842 ítems o servicios NO PBS contenidos en 10.474 recobros por valor de $ 4.215.205.849,93 Ahora bien, conforme el apoyo técnico remitido por la Dirección de Gestión de Tecnologías de Información y Comunicaciones, se encontraron 10.474 recobros efectivamente radicados, de los cuales se desprende la siguiente información:

- Que ante el ente auditor del Fosyga (hoy ADRES), la EPS efectuó la radicación de 10.474 recobros mediante formatos MYT01 y MYT02.

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

No. RADICADOS VALOR RADICADO PRIMERA PRESENTACIÓN VALOR APROBADO VALOR GLOSADO TIPO DE GLOSA No. RADICADOS
10474 $ 9.948.860.136 $ 3.626.012.269 $ 6.322.667.867 GLOSAS COMBINADAS 1993
OTRAS GLOSAS UNICAS 8481
TOTAL GENERAL 10.474

- Que se presentaron los siguientes resultados correspondiente a los 10.474 recobros:

CANTIDAD ESTADO
APROBADO 2878
NO APROBADO 7558
ANULADO 38
TOTAL 10.474

? Conforme al cuadro reseñado anteriormente, se puede establecer que la EPS en la primera y única presentación radicó 10.474 recobros mediante los mecanismos ordinarios, obteniendo los siguientes resultados: 2878 recobros en estado APROBADO, 7558 recobros en estado NO APROBADO y 38 recobros en estado ANULADO.

a) Normativa vigente aplicada al caso de la referencia:

La normativa que se relaciona a continuación se cita en concordancia con la fecha de prestación del servicio que corresponde al periodo comprendido entre el 2008-2018:

NORMATIVA OBJETO PRESTACIÓN
ACUERDO 336 DE 2006 Por el cual se actualiza parcialmente el Manual de Medicamentos del Plan Obligatorio de Salud, se incluyen otras prestaciones en los Planes de Beneficios de los Regímenes Contributivo y Subsidiado, se modifica el valor de la UPC para el?2006?y se dictan otras disposiciones PERDIODO 2008-2009
ACUERDO 008 DE 2009 Por el cual se corrigen aclaran y actualizan integralmente los Planes Obligatorios de Salud PERIODO DE 2009-2011
RESOLUCIÓN 5395 DE 2013 Por la cual se establece el procedimiento de recobro ante el Fondo de Solidaridad y Garantía -FOSYGA y se dictan otras disposiciones PERIODO DE 2013-2014
Ley 1608 de 2013 Por medio de la cual se adoptan medidas para mejorar la

liquidez y el uso de algunos recursos del Sector Salud PERIODO DE 2014
Ley 1751 de 2015 Por medio de la cual se regula el derecho fundamental a la salud y se dictan otras disposiciones PERIODO DE 2015
Resolución 0122 de 2015 Por la cual se modifica la Resolución 2635 de 2014 que define las condiciones para la operación de la movilidad entre regímenes PERIODO DE 2015
RESOLUCIÓN 5161 DE 2015 Por la cual se modifican los artículos 8 y 17 de la Resolución 3166 de 2015 Resolución 4244 de 2015 Por la cual se establecen los términos, formatos y requisitos para el reconocimiento y pago de los recobros y las reclamaciones en virtud de lo dispuesto en el literal c) del artículo 73 de la Ley 1753 de 2015. PERIODO DE 2015-2016

RESOLUCIÓN 5592 DE 2015 Por la cual se actualiza integralmente el Plan de Beneficios en Salud con cargo a la Unidad de Pago por Capitación-UPC del Sistema General de Seguridad Social en Salud —SGSSS y se dictan otras disposiciones

PERIODO DE 2015-2016
RESOLUCIÓN 6408 DE 2016 Por la cual se modifica el Plan de Beneficios en Salud con cargo a la Unidad de Pago por Capitación (UPC). PERIODO 2016-2017
RESOLUCIÓN 1885 DE 2018 Por la cual se establece el procedimiento de acceso, reporte de prescripción, suministro, verificación, control, pago y análisis de la información de tecnologías en salud no financiadas con recursos de la UPC o de servicios complementarios y se dictan otras disposiciones PERIODO 2018

a) Glosas impuestas como resultado de la auditoría:

Del anexo técnico se encontró como glosa mayoritaria:

El servicio o tecnología objeto de recobro es una exclusión del SGSSS
El artículo 15 de la Ley 1751 de 2015, respecto de las prestaciones de salud, establece:
"(…) Artículo 15. Prestaciones de salud. El Sistema garantizará el derecho fundamental a la salud a través de la prestación de servicios y tecnologías, estructurados sobre una concepción integral de la salud, que incluya su promoción, la prevención, la paliación, la atención de la enfermedad y rehabilitación de sus secuelas. En todo caso, los recursos públicos asignados a la salud no podrán destinarse a financiar servicios y tecnologías en los que se advierta alguno de los siguientes criterios:
a) Que tengan como finalidad principal un propósito cosmético o suntuario no relacionado con la recuperación o mantenimiento de la capacidad funcional o vital de las personas;
b) Que no exista evidencia científica sobre su seguridad y eficacia clínica;
c) Que no exista evidencia científica sobre su efectividad clínica;
d) Que su uso no haya sido autorizado por la autoridad competente;
e) Que se encuentren en fase de experimentación;
f) Que tengan que ser prestados en el exterior.
Los servicios o tecnologías que cumplan con esos criterios serán explícitamente excluidos por el Ministerio de Salud y Protección Social o la autoridad competente que determine la ley ordinaria, previo un procedimiento técnico-científico, de carácter público, colectivo, participativo y transparente."
En concordancia con lo anterior, mediante Resolución 5267 de 2017 expedida por el Ministerio de Salud y Protección Social, se adoptó el listado de las tecnologías excluidas de la financiación con recursos asignados a la salud.

Aunado, de acuerdo con lo establecido en el manual de auditoría integral de recobros por tecnologías en salud no incluidas en el plan de beneficios, el fundamento para imponer esta glosa radica en la verificación de los siguientes requisitos:

Ahora bien, a fin de verificar la imposición de la anterior glosa dentro de los recobros presentados por la EPS, a modo de ejemplo, se procedió a analizar el recobro con radicado 139643655 encontrando que, el medicamento recobrado era GLUCOSAMINA/CONDROITINA POLVO, como se evidencia en la siguiente captura de pantalla:

Entonces, verificado el anexo 3, de la citada Resolución, se evidencia que el medicamento se encontraba excluido del POS, como se acredita en la siguiente captura de pantalla:

Siendo así, procedente la imposición de la glosa.

7.3. Indebida escogencia del medio de control

El reconocimiento y pago de los recobros presentados debe perseguirse a través de un procedimiento administrativo, en el que la Administración se puede pronunciar favorable o desfavorablemente. En ese orden de ideas, la decisión adoptada constituye un acto administrativo y, por consiguiente, le es aplicable el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho.

Ahora bien, dado que el convocante manifiesta que hará uso del medio de control de reparación directa, se pone de presente que este únicamente procede cuando se produce un daño antijurídico derivado de un hecho, omisión, operación administrativa, 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 esta. Mientras que la nulidad y restablecimiento del derecho es aplicable para toda persona que se crea lesionada en un derecho subjetivo amparado en una norma jurídica, para lo cual puede solicitar la declaratoria de nulidad del acto administrativo particular, expreso o presunta; así como el restablecimiento de su derecho. En consecuencia, se evidencia que procedería la excepción de indebida escogencia de la acción, al haber formulado la EPS el medio de control de reparación directa, puesto que se le está dando el trámite de un proceso diferente al que corresponde.

Al respecto, se debe tener en cuenta el pronunciamiento de la Corte Constitucional en el Auto 389 del 22 de julio de 2021. En este, la Corte resolvió el conflicto de competencia suscitado entre el Juzgado 6º Laboral del Circuito de Bogotá y el Juzgado 61 Administrativo del Circuito de Bogotá, relativo a una demanda presentada por Sanitas S.A. en contra de esta Administradora con el propósito de obtener: i) el reconocimiento de los servicios y tecnologías en salud no financiados con la UPC que suministró la EPS a sus afiliados en cumplimiento de decisiones de los comités técnicos científicos y de fallos de tutela que fueron glosados y ii) el reconocimiento de los perjuicios ocasionados por el desgaste administrativo en el que incurrió la EPS.

En el auto en mención, la Corte Constitucional determinó que el conocimiento de los asuntos relacionados con los recobros de servicios y tecnologías en salud no financiados con la UPC correspondía a los jueces administrativos, debido a que se cuestiona un acto administrativo emitido por parte de la ADRES. Así mismo, señaló que este tipo de controversias no corresponde a las previstas en el numeral 4º del artículo 2 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, debido a que no se relacionan con la prestación de los servicios de la seguridad social.

En igual sentido se pronunció el Consejo de Estado mediante providencia del 10 de junio de 2022 emitida dentro del expediente 25000232600020050154601. En este, el órgano de cierre de la jurisdicción contencioso-administrativa resolvió el recurso de apelación interpuesto por Suramericana de Seguros en contra de la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sala de Descongestión. En el fallo en mención, el Consejo de Estado indicó que:

“Por consiguiente, se entiende que las decisiones de «glosar o rechazar» las solicitudes de recobro por servicios, medicamentos o tratamientos no incluidos en el Plan Obligatorio de Salud no POS fueron adoptadas por el Ministerio de Protección Social a través de la fiduciaria y, en tal virtud, constituyeron actos unilaterales susceptibles de ser impugnadas ante la jurisdicción de lo contencioso administrativa a través de la acción procesal específicamente preestablecida para el efecto”. (…)

3. Conclusión “No prospera el recurso de apelación por cuanto se encuentra demostrado que la acción de reparación directa no es la idónea para reclamar los perjuicios aquí demandados, por cuanto, el daño proviene de actos administrativos expedidos por el Ministerio de Protección Social y el consorcio Fisalud en los cuales se le negó a la parte demandante el reconocimiento del 50% de los medicamentos recobrados, luego, la parte actora debía demandar tales actos administrativos. De esta forma, la Sala revocará la sentencia del 23 de noviembre de 2012 del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección C de Descongestión mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda, para en su lugar declarar de oficio la excepción de ineptitud sustantiva de la demanda por indebida escogencia de la acción y, por consiguiente, se inhibirá de pronunciarse sobre el fondo de la Litis, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 164 del Código Contencioso Administrativo.” (negrilla fuera de texto)

Recientemente el Tribunal Administrativo de Cundinamarca Sección Segunda – Subsección “A”, se pronunció en el mismo

sentido en providencia del 13 de enero de 2023 emitida dentro del expediente con número de radicado 250002315000-2022-01151-00 en el que dirimió el conflicto negativo de competencias, al considerar que el medio de control idóneo para solicitar el reconocimiento y pago de los recobros, es el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, al respecto manifestó:

"En el sub lite la apoderada de la demandante estima que el medio de control impetrado corresponde al de reparación directa, pero al observar en su conjunto el escrito de la demanda, se infiere que lo deprecado por la demandante se encamina a controvertir la decisión adoptada en la actuación administrativa en la que se negó la reclamación de reconocimiento y pago del capital correspondiente a la prestación de servicios, procedimientos y entrega de medicamentos NO POS, no financiados por la Unidad de Pago por Capitación –UPC. El anterior aspecto no corresponde al propósito del medio de control de reparación directa, sino que se trata de reclamaciones propias del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, ya que, si el supuesto daño deriva de los pronunciamientos surtidos en la actuación administrativa frente al no pago de los recobros reclamados, es imprescindible la realización de un análisis de legalidad de dichos pronunciamientos y que, como resultado de declararlos nulos, solicitar a título de restablecimiento del derecho el pago de los recobros reclamados.

5. Conclusión. Por lo tanto, se concluye que la competencia para conocer del presente asunto radica en el Juzgado Cuarenta y Cinco Administrativo del Circuito de Bogotá D.C. – Sección Primera, toda vez que la demanda involucra una controversia atinente al estudio de legalidad del contenido de unos actos administrativos que no corresponde a las demás secciones del Circuito Judicial de Bogotá.

De lo anterior se concluye que, el medio de control aplicable al caso en concreto es el de nulidad y restablecimiento del derecho y no el invocado por la convocante.

Adicionalmente, aún si se hubiere interpuesto el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, la IPS no probó que hubiere presentado en la instancia administrativa los recobros objeto del presente estudio. Al respecto resulta pertinente resaltar que la, no obra constancia de radicación de facturas presentadas.

Al respecto, se debe tener en cuenta que la actuación administrativa es un presupuesto procesal de carácter obligatorio para demandar a través del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho. Sobre el particular, el Consejo de Estado en sentencia 00845 de 2018 ha indicado lo siguiente:

La normativa citada consagró la denominada actuación administrativa como un presupuesto procesal de carácter obligatorio para quien pretenda demandar la legalidad de un acto administrativo de contenido particular y concreto ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

En virtud de ella, el ciudadano debe, antes de instaurar el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, solicitar su reconocimiento ante la administración si esta no se ha pronunciado oficiosamente y, de haberlo hecho, debatir la validez del acto ante esta; lo que puede hacer a través de la interposición de los recursos que la ley establece como obligatorios. De esta manera, se logra que esta revise los argumentos fácticos y jurídicos de la decisión y si es del caso, la revoque, modifique o aclare. (Lo subrayado y negrilla fuera del texto)

Por consiguiente, su no agotamiento deviene en un impedimento para su correspondiente estudio.

Análisis del precedente judicial

- Auto 389 del 22 de julio de 2021

La Corte Constitucional en el Auto 389 del 22 de julio de 2021, en el cual resolvió el conflicto de competencia suscitado entre el Juzgado 6º Laboral del Circuito de Bogotá y el Juzgado 61 Administrativo del Circuito de Bogotá, relativo a una demanda presentada por Sanitas S.A. en contra de esta Administradora con el propósito de obtener: i) el reconocimiento de los servicios y tecnologías en salud no financiados con la UPC que suministró la EPS a sus afiliados en cumplimiento de decisiones de los comités técnicos científicos y de fallos de tutela que fueron glosados y ii) el reconocimiento de los

perjuicios ocasionados por el desgaste administrativo en el que incurrió la EPS.

En el auto en mención, la Corte Constitucional determinó que el conocimiento de los asuntos relacionados con los recobros de servicios y tecnologías en salud no financiados con la UPC correspondía a los jueces administrativos, debido a que se cuestiona un acto administrativo emitido por parte de la ADRES. Así mismo, señaló que este tipo de controversias no corresponde a las previstas en el numeral 4º del artículo 2 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, debido a que no se relacionan con la prestación de los servicios de la seguridad social. Sobre el particular, la Corte precisó lo siguiente:

La Sala encuentra, en primer lugar, que el proceso judicial de recobro no corresponde, en estricto sentido, a una controversia relativa a la prestación de servicios de la seguridad social. Dicho procedimiento se adelanta cuando ya la entidad prestó el servicio (el tratamiento o el suministro del insumo excluido del PBS), en virtud de la orden proferida por un comité técnico científico –en su momento– o por un juez de tutela; es decir, no tiene por objeto decidir sobre la prestación del servicio sino sobre su financiación. En este sentido, el recobro busca resolver un desequilibrio económico entre el Estado y una EPS, de manera que esta última lo que pretende es recuperar los recursos que debió destinar para cubrir asistencias a las que no se considera obligada por estimar que no hacen parte de la cobertura del Plan de Beneficios en Salud. En ese orden, el recobro no pretende garantizar en forma directa que el servicio o la tecnología en salud efectivamente sean prestados.

No se debe olvidar que los recobros tienen la virtualidad de permitir que los recursos del sistema fluyan adecuadamente y que, de esta forma, tienen repercusiones en el Sistema General de Seguridad Social en Salud. Sin embargo, esta relación es meramente indirecta y condicional (circunstancial), pues materialmente el procedimiento de recobro constituye una controversia económica, no de salud en estricto sentido, que formula la EPS ante el Estado por haber asumido obligaciones que considera ajenas a lo que estaba legal y reglamentariamente obligada a cumplir.

En segundo lugar, las controversias relacionadas con el pago de recobros judiciales al Estado por prestaciones no incluidas en el PBS y por las devoluciones o glosas a las facturas entre entidades del Sistema General de Seguridad Social en Salud vinculan, en principio, a las Entidades Promotoras de Salud (EPS) y a la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud, ADRES. En este tipo de controversias, en consecuencia, no intervienen afiliados, beneficiarios, usuarios ni empleadores.

Adicionalmente, la Corte Constitucional mencionó que el procedimiento de recobro constituye un procedimiento administrativo, así:

Actualmente, los artículos 35 a 71 de la Resolución 1885 de 2018, permiten confirmar que el recobro es un procedimiento administrativo que se surte en las etapas de presentación, pre radicación, radicación, verificación, pre auditoría, auditoría integral y pago. En el marco de dicho procedimiento o trámite, la ADRES puede adoptar una de las siguientes decisiones: (i) aprobar totalmente los ítems del recobro, (ii) aprobar con reliquidación o (iii) aprobar parcialmente (art. 53, Resolución 1885 de 2018).

- Sentencia Consejo de Estado – Sala de lo contencioso administrativo, sección tercera expediente 25000-23-26-000-2005-01546-01

El Consejo de Estado mediante providencia del 10 de junio de 2022, resolvió el recurso de apelación interpuesto por Suramericana de Seguros en contra de la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sala de Descongestión, en el cual indicó que:

“3) Por consiguiente, se entiende que las decisiones de «glosar o rechazar» las solicitudes de recobro por servicios, medicamentos o tratamientos no incluidos en el Plan Obligatorio de Salud no POS fueron adoptadas por el Ministerio de Protección Social a través de la fiduciaria y, en tal virtud, constituyeron actos unilaterales susceptibles de ser impugnadas ante la jurisdicción de lo contencioso administrativa a través de la acción procesal específicamente preestablecida para el efecto”. (…)

4) La jurisprudencia de la Corporación ha sido pacífica en señalar que “(…) la fuente del daño determina la acción procedente para analizar los supuestos que fundan la controversia y esta, a su vez, determina la técnica apropiada para la formulación de las pretensiones de la demanda y la oportunidad en el tiempo para hacerlas valer por la vía jurisdiccional”; así las cosas, las normas que regulan las condiciones para el ejercicio de cada medio de control no están al arbitrio de la escogencia del interesado, pues, se trata de normas de orden público y de imperativo cumplimiento.

5) Finalmente, se hace hincapié en que los daños reclamados en esta causa provienen de actos administrativos que el demandante cuestiona, básicamente, porque el pago debía ser del 100% y no del 50% de los medicamentos recobrados y

se aplicó analógicamente una normativa para otro tipo de recobros, lo cual, sin duda, pone en evidencia que el demandante no hace otra cosa que censurar la legalidad de las decisiones administrativas proferidas por el Ministerio del Protección Social a través del encargo fiduciario, razón por la cual no es procedente la acción de reparación directa incoada en esta oportunidad.

Conclusión "No prospera el recurso de apelación por cuanto se encuentra demostrado que la acción de reparación directa no es la idónea para reclamar los perjuicios aquí demandados, por cuanto, el daño proviene de actos administrativos expedidos por el Ministerio de Protección Social y el consorcio Fisalud en los cuales se le negó a la parte demandante el reconocimiento del 50% de los medicamentos recobrados, luego, la parte actora debía demandar tales actos administrativos. De esta forma, la Sala revocará la sentencia del 23 de noviembre de 2012 del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección C de Descongestión mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda, para en su lugar declarar de oficio la excepción de ineptitud sustantiva de la demanda por indebida escogencia de la acción y, por consiguiente, se inhibirá de pronunciarse sobre el fondo de la Litis, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 164 del Código Contencioso Administrativo. (negrilla fuera de texto)

De acuerdo con las consideraciones relacionadas en precedencia, el despacho declaró de oficio la excepción de ineptitud sustantiva de la demanda por indebida escogencia de la acción y, en consecuencia, inhibió de pronunciamiento sobre el fondo de las pretensiones de la parte demandante.

- Sentencia Consejo de Estado – Sala de lo contencioso administrativo, sección tercera 25000-23-26-000-2008-00444-01 – Acción de reparación directa

El Consejo de Estado mediante providencia del 10 de marzo de 2021, resolvió el recurso de apelación interpuesto por Sanitas EPS en contra de la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en el cual indicó que:

4. La acción de nulidad y restablecimiento del derecho es la idónea para impugnar la legalidad de un acto administrativo cuando se estime lesionado un derecho contenido en una norma jurídica, su consecuente restablecimiento del derecho y también para solicitar que se reparen los perjuicios causado con el acto (art. 85 CCA). La acción de reparación directa y de nulidad y restablecimiento del derecho comparten una naturaleza indemnizatoria, pero difieren en cuanto a la fuente que genera el daño, que supone una distinta formulación de las pretensiones y un término diverso de caducidad. Si el daño tiene origen en un acto administrativo, por regla general, la acción procedente es la de nulidad y restablecimiento del derecho, mientras que, si la fuente del daño es un hecho, omisión u operación administrativa, la responsabilidad de la administración de debe perseguir a través de la acción de reparación directa.

Si bien la administración ha admitido excepcionalmente la procedencia de la acción de reparación directa por daños causados por actos administrativos, cuya legalidad no se cuestiona, no basta con invocar como título de imputación el "daño especial" por una supuesta ruptura de las cargas púbicas para que la acción se entienda de reparación directa, si lo que pretende es cuestionar la legalidad del acto administrativo y, con ello, evadir los efectos de la caducidad del término para formular la acción de nulidad y restablecimiento del derecho.

De acuerdo con las consideraciones relacionadas en precedencia, el despacho modificó la sentencia proferida el 15 de junio de 2012, para en su lugar declarar la caducidad del término para formular la demanda.

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 informe técnico suministrado por la Dirección de Gestión de Tecnologías de Información y Comunicaciones, considera que en el presente caso NO ES VIABLE presentar fórmula conciliatoria sobre los 13.842 ítems o servicios NO PBS contenidos en 10.474 recobros, teniendo en cuenta que sobre 4219 recobros encontrados operó el fenómeno jurídico de la caducidad respecto del medio de control invocado.

Sin perjuicio de lo anterior, resulta pertinente indicar que, en el caso concreto se evidenció que existe una indebida escogencia del medio de control, a la luz del pronunciamiento de la Corte Constitucional en el Auto 389 del 22 de julio de 2021 y el pronunciamiento del Consejo de Estado del 10 de junio de 2022 emitido dentro del expediente 25000232600020050154601., además teniendo en cuenta que operó el fenómeno jurídico de la caducidad frente al medio

de control adecuado respecto de la totalidad de recobros presentados.