Información del proceso extrajudicial asociado a la ficha

Número de la ficha:	136208
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:	1528194
Jurisdicción:	ADMINISTRATIVA
Tipo de acción o medio de control:	Reparacion Directa
Procuraduría de conocimiento actual:	PROCURADURIA (REPARTO)
Valor económico inicial:	$6.552.963.615,00
Valor económico indexado:	$6.552.963.615,00
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:

SOLICITA LA EPS QUE LA ADRES RECONOZCA LA OBLIGACIÓN DE PAGO SOBRE LOS 5.921 ÍTEMS O SERVICIOS NO PBS OBJETO DE LA PRESENTE SOLICITUD DE CONCILIACIÓN Y RELACIONADOS EN LA BASE EXCEL QUE SE ANEXA, EN RAZÓN A QUE NO ESTÁN CUBIERTOS POR LA UNIDAD DE PAGO POR CAPITACIÓN - UPC DEL PLAN DE BENEFICIOS EN SALUD - PBS POR UN VALOR TOTAL $ 6.552.963.615.

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	6.552.963.615,00

Descripción adicional del proceso por parte del abogado

Hechos - Complemento a los descritos en el registro relacionado:

1.1. Las prestaciones en salud no incluidas en el PBS y por ende no 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.

1.2. En consecuencia, la EPS, presentó 5.921 ítems contenidos en 5.921 recobros, por los servicios prestados por la EPS durante el periodo comprendido entre el 11 de agosto de 2008 al 01 de mayo de 2019.

1.3. En este sentido, el Estado reconoce a las EPS el valor de los servicios NO PBS ordenados y prestados a los afiliados, en pro del adecuado flujo de recursos del sistema y en atención al límite en las obligaciones delegadas a las EPS.

1.4. Conforme lo establecido por la Corte Constitucional, las EPS no pueden negar la prestación de servicios NO PBS cuando no se han presentado los casos ante el Comité Técnico Científico porque con ello se estaría vulnerando el derecho a la salud.

1.5. La Corte Constitucional a través del Auto No. 389 del 22 de julio de 2021 definió conflicto de competencias, y en consecuencia estableció, que la jurisdicción competente para conocer de los conflictos en materia de recobros era la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

Pruebas allegadas al caso por las partes:

Parte convocante

3.1 Base de datos Excel con la relación y detalle de los servicios recobrados para un total de 5.921 ítems contenidos en 5.921 recobros. (Anexo 01)

Parte convocada:

3.2 Apoyo técnico emitido por DGTIC – Anexo 02.
3.3 Apoyo técnico emitido por DOP – Anexo 03, que incluye
3.4 Carpeta comprimida CR Nueva EPS con los resultados de auditoría
3.5 Carpeta comprimida CT Nueva EPS con los contratos de transacción suscritos

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

2.1. Que la ADRES reconozca la obligación de pago de 5.921 ítems o servicios NO PBS contenidos en 5.921 recobros, en razón a que no se encuentran cubiertos por la Unidad de Pago por Capitación - UPC del Plan de Beneficios en Salud.

2.2 Como consecuencia de la anterior pretensión, que la ADRES reembolse los valores pagados por la Nueva EPS y no reconocidos por valor de $6.552.963.615 COP.

Principal problema jurídico

Determinar si es procedente el reconocimiento y pago de los 5.921 ítems contenidos en 5.921 recobros relacionados en la solicitud de conciliación, por cumplir con los requisitos establecidos en la normativa y Manual de Auditoría vigente. En igual sentido, establecer si en el presente caso existe una indebida escogencia del medio de control a la luz de lo estipulado en el Auto 389 del 22 de julio de 2021 de la H. Corte Constitucional.

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.

No obstante, y como quiera que la Corte Constitucional en el Auto 389 del 22 de julio de 2021 y el Consejo de Estado del 10 de junio de 2022 emitido dentro del expediente 25000232600020050154601 han manifestado que el medio idóneo es el de nulidad y restablecimiento del derecho, se procederá subsidiariamente con el estudio de la caducidad de este.

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 la fecha de devolución se efectuó entre el 17 de mayo al 25 de agosto de 2022 y la solicitud de conciliación se presentó el 18 de mayo de 2023 es posible concluir que no operó el fenómeno jurídico de la caducidad.

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

Teniendo en cuenta que el medio de control idóneo para lo que solicita la EPS convocante, es el nulidad y restablecimiento del derecho, al tenor de lo previsto en el literal d) del numeral 2 del artículo 164 ibidem, que 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”.

Comoquiera que la fecha notificación del resultado de auditoría frente a los 5.921 recobros objeto de la solicitud de conciliación, se efectuó entre el 17 de mayo al 25 de agosto de 2022 y la solicitud de conciliación se presentó el 18 de mayo de 2023 es posible concluir que es posible concluir que operó la caducidad frente al medio de control dispuesto por la H. Corte para la totalidad de recobros.

Análisis del caso

7. Análisis del caso concreto – Nueva EPS

7.1. Del insumo técnico proferido por la Dirección de Gestión de Tecnologías de la Información y Comunicaciones
La solicitud de apoyo técnico se solicitó a mesa de servicios el día 19 de mayo de 2023, mediante el Ticket 1084. Dicho apoyo fue remitido el 29 de mayo de 2023.

Una vez revisados los anexos de la solicitud de conciliación, se encontró que la EPS solicitó el pago de 5.921 ítems contenidos en 5.921 recobros por valor de $6.552.963.615. Ahora bien, conforme el apoyo técnico remitido por la Dirección de Gestión de Tecnologías de Información y Comunicaciones, se encontraron 5.921 recobros efectivamente radicados, de los cuales se desprende la siguiente información:

7.1.1 Que ante el ente auditor del Fosyga (hoy ADRES), la EPS efectuó la radicación de 5.921 recobros mediante formato MYT01 y MYT02.

7.1.2 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
5.921 $6.552.963.615,42 $ 0 $6.552.963.615,42 GLOSAS COMBINADAS 716
OTRAS GLOSAS UNICAS 5.205
TOTAL GENERAL 5.921

7.1.3 Que se presentaron los siguientes resultados correspondiente a los 5.921 recobros:

CANTIDAD ESTADO
ANULADO 3.774
APROBADO 2
NO APROBADO 2.145
TOTAL 5.921

Conforme al cuadro reseñado anteriormente, se puede establecer que la EPS en la primera y única presentación radicó 5.921recobros mediante los mecanismos ordinarios MYT01 y MYT02, teniendo los siguientes resultados: 3.774 recobros en estado ANULADO, 2 recobros en estado APROBADO y 2.145 recobros en estado NO APROBADO.

7.2 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 año 2008 al 2019:

NORMATIVA OBJETO PRESTACIÓN
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
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

RESOLUCIÓN 5926 DE 2014 Por medio del cual se regula el contenido del Plan Obligatorio de Salud
PERIODO 2014-2015
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 2017-2018 RESOLUCIÓN 946 DE
2019 Por la cual se dictan disposiciones en relación con el Registro Nacional de
Pacientes con Enfermedades Huérfanas y la notificación de enfermedades huérfanas al Sistema de Vigilancia en Salud Pública PERIODO 2019

7.3 Glosas impuestas como resultado de la auditoría:

Para el presente caso, se evidenció que el ente auditor impuso entre otras, la siguiente glosa: "No se aportó acta de CTC o la misma se encuentra ilegible". Por tanto, se analizará jurídicamente su imposición.

TIPO DE GLOSA ID GLOSAS DESCRIPCION GLOSA NUMERO_GLOSAS
GLOSA COMBINADAS APF10001 El servicio o tecnología en salud prescrita por el profesional de la salud, por la entidad recobrante, u ordenada por fallo de tutela no corresponde con la facturada. 426
GLOSA COMBINADAS APF10008 Los datos registrados en el Formato 1 no son consistentes con los registrados en la factura o documento equivalente aportada 212
GLOSA COMBINADAS APF301002 El servicio o tecnología objeto de recobro es una exclusión del SGSSS, aporta fallo de tutela integral pero no allega formatos o certificación prevista 175
GLOSA COMBINADAS APF40021 No se aportó acta de CTC o la misma se encuentra ilegible 26
GLOSA COMBINADAS APF50001 La entidad recobrante no aporta el documento establecido en la norma como evidencia de la entrega del servicio o la tecnología en salud. 190
OTRAS GLOSAS UNICAS APF10003 El servicio o tecnología en salud registrada en el Formato 1 no corresponde con los soportes allegados por la entidad recobrante 89
OTRAS GLOSAS UNICAS APF10006 El usuario registrado en el Formato 1 no corresponde con los soportes allegados por la entidad recobrante 189
OTRAS GLOSAS UNICAS APF201001 No aporta fallo o alguno de los documentos definidos en el parágrafo 2º del artículo 5 de la Resolución 618 de 2020 y/o la orden judicial del mismo no se evidencia en el histórico de recobros. 82
OTRAS GLOSAS UNICAS APF201002 El fallo de tutela aportado está incompleto 167
OTRAS GLOSAS UNICAS APF301001 El servicio o tecnología objeto de recobro es una exclusión del SGSSS y no aporta fallo de tutela taxativo o integral 155
OTRAS GLOSAS UNICAS APF40018 El uso o la indicación del medicamento prescrito y autorizado no está registrada ante el INVIMA y si es un medicamento no se encuentra registrado en el listado UNIRS 102
OTRAS GLOSAS UNICAS APF71008 El recobro/cobro ya fue transado previamente en los contratos de transacción con la Entidad Recobrante. 111

De acuerdo con lo anterior, la Resolución 5395 de 2013 respecto del tema indicó:

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

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

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

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

Así mismo, de acuerdo con lo previsto en la Nota Externa 2014331001426683 emitida por la Dirección de Administración de Fondos de la Protección Social, que señala:(…) "De esta manera, teniendo en cuenta que el fallo de un juez de tutela es de obligatorio cumplimiento y debe ser acatado en los términos y condiciones señaladas por la autoridad judicial, so pena de las sanciones establecidas en la ley, y que, de acuerdo a lo señalado por el Alto Tribunal, excepcionalmente el juez de tutela puede ordenar la provisión de tecnologías NO POS sin que medie orden o fórmula médica, el requisito contenido en

el numeral 3 del artículo 15 de la Resolución 5395 de 2013, no será exigible cuando, en las condiciones precisadas por la Honorable Corte, exista un fallo que ordene la tecnología NO POS a recobrar de manera expresa"

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

Ahora bien, en relación con la glosa "No se aportó acta de CTC o la misma se encuentra ilegible", el manual de auditoria respecto del tema indicó:

7.4. 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.

Ahora bien, 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) se financiaban a través de la figura del recobro que 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.

Lo anterior implica que 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.

7.5 Del insumo técnico proferido por la Dirección de Otras Prestaciones

De acuerdo con los hechos indicados en la solicitud de conciliación, el día 29 de mayo de 2023 la Oficina Asesora Jurídica solicitó el concepto técnico a la Dirección de Otras Prestaciones de la ADRES con el fin de que se pronunciara respecto de:

1. Los recobros relacionados en el apoyo técnico o copia de copia de validación- que se aluden como parte del APF ¿En qué paquetes de punto final se auditaron y cuándo se comunicaron los resultados?
2. En caso de que ya se hubieren comunicado, solicitamos que se nos remita el soporte de la comunicación.
3. Se nos indique si la EPS firmó acuerdo de transacción para estos recobros. En caso de ser positiva la respuesta, solicitamos remitir una copia del contrato suscrito -
4. Finalmente, indicar en qué segmento con demanda o sin demanda se presentaron los recobros.

De acuerdo con lo requerido, el insumo fue suministrado el día 31 de mayo 2023 por medio de correo electrónico, de la siguiente manera:

En respuesta al requerimiento se informan las comunicaciones de resultados de auditoría para los paquetes APF_0222, APF_0322-0422 y APF_0422-0522 los cuales presentan los siguientes resultados

Se anexa carpeta comprimida CR Nueva EPS y los contratos de transacción suscritos en la carpeta comprimida CT Nueva EPS, frente a los cuales se suscribió contrato de transacción:

Nota: Decreto 521 incluye cuentas en estado Aprobado y No Aprobado - Decreto 507 solo incluye cuentas en estado Aprobado.

De acuerdo con lo anterior se evidencia que los 5.921 recobros objeto de la solicitud de conciliación, fueron presentados al mecanismo de acuerdo de punto final. Al respecto, se precisa que la EPS suscribió los contratos de transacción No. 268, 292 y 312.

A modo de ejemplo, se tomó el Contrato de transacción No. 268, en donde evidencia lo siguiente:

Objeto:

Cláusula novena:

Suscripción del Contrato:

De lo anterior se colige, que la EPS se comprometió con la suscripción del contrato, a aceptar el resultado de la auditoría y a no promover cualquier tipo de demanda frente a los ítems o recobros presentados. Situación que evidentemente está incumpliendo la convocante, en razón a que asoció recobros en la presente solicitud de conciliación.

7.6. De la cosa juzgada

El Consejo de Estado mediante providencia del 25 de octubre de 2019, expedida dentro del proceso con radicado 76001-23-33-000-2014-00481-01(64054), respecto del contrato de transacción y la cosa juzgada, indicó:

“Como acto jurídico, la transacción tiene como objeto solucionar un conflicto o precaver uno eventual; por lo tanto, el primer presupuesto para que aquella se configure es la existencia de una disputa que no haya sido resuelta en sede judicial, bien porque no se ha acudido a una instancia de tal naturaleza o bien porque, habiéndolo hecho, dentro de la misma no se ha proferido aún una decisión en firme. Sobre el particular, el artículo 2469 del Código Civil dispone lo siguiente:

"Artículo 2469. Definición de la transacción. La transacción es un contrato en que las partes terminan extrajudicialmente un litigio pendiente o precaven un litigio eventual.
"No es transacción el acto que sólo consiste en la renuncia de un derecho que no se disputa".
La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia ha definido esta figura como (se transcribe literal):
"una convención en que las partes, sacrificando parcialmente sus pretensiones, ponen término en forma extrajudicial a un litigio pendiente o precaven un litigio eventual, que produce como principal consecuencia, 'la extinción de la disputa que enfrenta a los contratantes con la misma fuerza que la Ley reconoce a las sentencias judiciales, dado que el artículo 2483 del Código Civil establece que tal acuerdo tiene el efecto propio de cosa juzgada'"[3] (…)

Ahora bien, uno de los principales efectos que genera el acuerdo transaccional es el de cosa juzgada, por el pacto de voluntades; en consecuencia, cuando se transa sobre la totalidad de los asuntos discutidos, las partes no pueden reavivar el

conflicto acudiendo a la jurisdicción o, en caso de que haya un proceso judicial en curso, habrá lugar a la terminación anormal del mismo.

En aquellos eventos en que se transige estando en curso un proceso judicial, es apenas obvio que el efecto procesal sea su terminación, pues, al dirimirse el conflicto, por sustracción de materia este carecerá de objeto sobre el cual pueda producirse un pronunciamiento por parte de la jurisdicción. (negrilla fuera de texto)
Así mismo, en sentencia del 26 de junio de 2014, expedida dentro del proceso con radicado 11001-03-26-000-2008-00108-00(36220), manifestó lo siguiente:
"La cosa juzgada se presenta cuando el litigio sometido a la decisión del juez ya ha sido objeto de otra sentencia judicial; produce efectos tanto procesales como sustanciales, por cuanto impide un nuevo pronunciamiento en el segundo proceso, en virtud del carácter definitivo e inmutable de la decisión, la cual, por otra parte, ya ha precisado con certeza la relación jurídica objeto de litigio. En otras palabras, "la cosa juzgada es una institución jurídico procesal mediante la cual se otorga a las decisiones plasmadas en una sentencia y en algunas otras providencias, el carácter de inmutables, vinculantes y definitivas. Los citados efectos se conciben por disposición expresa del ordenamiento jurídico para lograr la terminación definitiva de controversias y alcanzar un estado de seguridad jurídica". Esta Corporación ha sostenido que el concepto de cosa juzgada "(...) hace referencia al carácter imperativo e inmutable de las decisiones que han adquirido firmeza, lo cual implica de suyo la imposibilidad de volver sobre asuntos ya juzgados, para introducir en ellos variaciones o modificaciones mediante la adopción de una nueva providencia". En consecuencia, es posible "(...) predicar la existencia del fenómeno de la cosa juzgada, cuando llega al conocimiento de la jurisdicción un nuevo proceso con identidad jurídica de partes, causa y objeto."

En concordancia con lo anterior, el parágrafo 2, del artículo 175 del CPCA, modificado por la Ley 2080 de 2021, establece:

PARÁGRAFO 2o. De las excepciones presentadas se correrá traslado en la forma prevista en el artículo 201A por el término de tres (3) días. En este término, la parte demandante podrá pronunciarse sobre las excepciones previas y, si fuere el caso, subsanar los defectos anotados en ellas. En relación con las demás excepciones podrá también solicitar pruebas.

Las excepciones previas se formularán y decidirán según lo regulado en los artículos 100, 101 Y 102 del Código General del Proceso. Cuando se requiera la práctica de pruebas a que se refiere el inciso segundo del artículo 101 del citado código, el juez o magistrado ponente las decretará en el auto que cita a la audiencia inicial, y en el curso de esta las practicará. Allí mismo, resolverá las excepciones previas que requirieron pruebas y estén pendientes de decisión.

Antes de la audiencia inicial, en la misma oportunidad para decidir las excepciones previas, se declarará la terminación del proceso cuando se advierta el incumplimiento de requisitos de procedibilidad.

Las excepciones de cosa juzgada, caducidad, transacción, conciliación, falta manifiesta de legitimación en la causa y prescripción extintiva, se declararán fundadas mediante sentencia anticipada, en los términos previstos en el numeral tercero del artículo 182A.

Así las cosas, teniendo en cuenta que las excepciones previas tienen la finalidad de cuestionar la legalidad o procedencia de la demanda, se puede concluir que, si la convocante llegara a acudir ante la jurisdicción solicitando los 5.921 recobros inmersos en los contratos de transacción No. 268, 292 y 312, en el curso del proceso se procedería a interponer la precitada excepción.

7.7. Indebida escogencia de la acción

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.

De otra parte, resulta necesario traer a colación reciente pronunciamiento de la Corte Constitucional en el Auto 389 del 22 de julio de 2021, en el que se 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. Al respecto la Corte precisó lo siguiente:

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).

En conclusión, la Corte 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.

Aunado a lo anterior, el Consejo de Estado – Sección tercera – unificó jurisprudencia mediante sentencia 5000-23-26-000-2012-00291-01(55085), y en consecuencia dispuso que el medio de control para perseguir el pago por suministro de medicamentos, servicios y tecnologías no incluidas en el POS es el de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, en razón a que la comunicación que expide el FOYSGA hoy ADRES es sin duda un acto administrativo:

“unifica su jurisprudencia en el sentido de señalar que la decisión definitiva del administrador del Fosyga –sobre las solicitudes de recobro por concepto de suministro de medicamentos, servicios médicos y prestaciones de salud no incluidos en el POS, autorizados por el Comité Técnico Científico o por fallos de tutela– es un acto administrativo. En consecuencia, la acción procedente para solicitar la responsabilidad de los daños derivados de las decisiones del administrador fiduciario del Fosyga, frente a las solicitudes de recobro por servicios de salud no incluidos en el POS es la nulidad y restablecimiento del derecho. La acción de reparación directa no puede interponerse sin límite ni restar –por su uso indiscriminado– eficacia a las demás acciones contenciosas.

Esta sentencia busca garantizar la unidad de interpretación respecto de la acción procedente para solicitar la responsabilidad derivada de las decisiones del administrador fiduciario del Fosyga. Por ello, será referente para resolver todas las controversias en curso a las que les aplique el régimen legal que fue estudiado en el fallo

Análisis del precedente judicial

9. Jurisprudencia

9.1 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).

9.2 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, 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.

9.3 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.

9.4 Consejo de Estado - 25000232600020050154601

Adicionalmente, se debe tener en cuenta el reciente pronunciamiento del Consejo de Estado del 10 de junio de 2022 emitido 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)

Teniendo en cuenta las anteriores consideraciones, se tiene que el procedimiento del recobro es un procedimiento administrativo que finaliza en un acto administrativo (comunicación de resultado de auditoría). En consecuencia, dado que lo que se ataca en el presente asunto es un acto administrativo y no un hecho, operación, ocupación u omisión de la administración, el medio de control aplicable es el de nulidad y restablecimiento del derecho.

9.5 Sentencia del Consejo de Estado – Sala de lo contencioso administrativo, sección tercera 25000-23-26-000-2012-00291-01(55085)

Por ello, la Sala unifica su jurisprudencia en el sentido de señalar que la decisión definitiva del administrador del Fosyga –sobre las solicitudes de recobro por concepto de suministro de medicamentos, servicios médicos y prestaciones de salud no incluidos en el POS, autorizados por el Comité Técnico Científico o por fallos de tutela– es un acto administrativo.

En consecuencia, la acción procedente para solicitar la responsabilidad de los daños derivados de las decisiones del administrador fiduciario del Fosyga, frente a las solicitudes de recobro por servicios de salud no incluidos en el POS es la nulidad y restablecimiento del derecho. La acción de reparación directa no puede interponerse sin límite ni restar –por su uso indiscriminado– eficacia a las demás acciones contenciosas.

Esta sentencia busca garantizar la unidad de interpretación respecto de la acción procedente para solicitar la responsabilidad derivada de las decisiones del administrador fiduciario del Fosyga. Por ello, será referente para resolver todas las controversias en curso a las que les aplique el régimen legal que fue estudiado en el fallo.

De conformidad con los argumentos relacionados anteriormente, el despacho unificó la jurisprudencia relacionada con el medio de control aplicable a las solicitudes de recobro por concepto de suministro de medicamentos, servicios médicos y prestaciones de salud no incluidos en el POS, y en tal sentido confirmó la sentencia proferida el 23 de abril de 2015.

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 Otras prestaciones, considera que en el presente caso NO ES VIABLE presentar fórmula conciliatoria sobre los 5.921 recobros efectivamente radicados, teniendo en cuenta que fueron presentados al acuerdo de punto final y obtuvieron los siguientes resultados:

Trámite que se realizó acorde con lo dispuesto en la Resolución 5395 de 2013, 5926 de 2014, 5161 de 2015, 5592 de 2015, 6408 de 2016, 1885 de 2018, 946 de 2019 y el Manual de Auditoría vigente. Por tanto, se trata de resultados que están debidamente soportados.

Asimismo, es de precisar que la EPS suscribió los contratos de transacción No. 268, 292 y 312 en virtud de los cuales aceptó el resultado de la auditoría y se comprometió a no adelantar o radicar futuros procesos judiciales frente a los ítems o recobros presentados de conformidad con la cláusula novena de los contratos, en consecuencia, la presente conciliación no está llamada a prosperar, teniendo en cuenta que caso de una eventual demanda procedería la excepción previa de cosa juzgada.

Sin perjuicio de lo anterior, resulta pertinente indicar que, una indebida escogencia del medio de control, toda vez que la decisión de glosar, devolver o rechazar, constituye un acto administrativo susceptible de validación ante la jurisdicción contencioso-administrativa, motivo por el cual la parte actora deberá cuestionar la legalidad de estas decisiones a través del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho y no por medio de una reparación directa. Lo anterior, en virtud del pronunciamiento de la Corte Constitucional en el Auto 389 del 22 de julio de 2021 y el Consejo de Estado que unificó jurisprudencia dentro del expediente 5000-23-26-000-2012-00291-01(55085). Así las cosas, se evidenció que sobre la totalidad de recobros se habría configurado el fenómeno jurídico de la caducidad respecto del medio de control dispuesto por la H. Corte Constitucional.