Información del proceso extrajudicial asociado a la ficha

Número de la ficha:	140311
Elaborada por:	LUISA CAMILA ENRIQUEZ LUNA (ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD)
Numero de la solicitud de conciliación extrajudicial:	1532222
Jurisdicción:	ADMINISTRATIVA
Tipo de acción o medio de control:	Reparacion Directa
Procuraduría de conocimiento actual:	PROCURADURIA 83 JUDICIAL I ADMINISTRATIVA DE BOGOTA
Valor económico inicial:	$2.910.837.578,00
Valor económico indexado:	$2.910.837.578,00
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:

- 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 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.

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	2.910.837.578,00

Descripción adicional del proceso por parte del abogado

Pruebas allegadas al caso por las partes:

3.1. Parte convocante:

Base de datos Excel con la relación a 8.939 ítems contenidos en 8.934 recobros y detalle de los servicios recobrados.

3.2. Parte convocada:

Apoyo técnico validado por la Dirección de Gestión de Tecnologías de la Información y Comunicaciones de la ADRES.

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 y realice el pago de 8.939 ítems o servicios NO PBS recobrados 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 anterior pretensión, que la ADRES reembolse los valores pagados por la Nueva EPS y no reconocidos por valor de $ 2.910.837.578.

Principal problema jurídico

Determinar si es procedente el reconocimiento y pago de los 8.939 ítems o servicios no PBS contenidos en 8.934 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

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 y del pronunciamiento del Consejo de Estado del 10 de junio de 2022 emitido dentro del expediente 25000232600020050154601 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 la solicitud de conciliación se presentó ante la Procuraduría el 22 de mayo de 2023, es factible concluir que respecto a 3.015 recobros cuya fecha de devolución se efectuó entre el 18 de septiembre de 2020 al

26 de abril de 2021, sobrevino el fenómeno jurídico de la caducidad. (Anexo 1)

Ahora bien, respecto a 5.919 recobros cuya fecha de devolución se efectuó entre el 2 de julio de 2021 al 30 de junio de 2022, es posible concluir que sobre no sobrevino el fenómeno jurídico de la caducidad.

8.2. Caducidad del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho

Ahora bien, es importante resaltar que en el presente asunto existe una indebida escogencia del medio de control, circunstancia que será estudiada en los acápites siguientes, en la medida en que existen diferentes decisiones administrativas que resolvieron las solicitudes de recobros presentadas en su oportunidad por la convocante, las cuales son susceptibles de validación ante lo contencioso administrativo bajo el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho.

Atendiendo a lo anterior, el término de caducidad del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho se encuentra previsto en el numeral 2 del artículo 164 de la Ley 1437 de 2011, el cual establece:

"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"

Teniendo en cuenta lo anterior, dado que los resultados de auditoria se comunicaron entre el 18 de septiembre de 2020 al 30 de junio de 2022 y atendiendo a que la solicitud de conciliación se radico el 22 de mayo de 2023, es posible concluir que operó la caducidad frente al medio de control dispuesto por la Corte Constitucional.

Análisis del caso

En este acápite se procede a estudiar las pretensiones incoadas por la EPS, dirigidas a obtener el reconocimiento y pago de 8.939 ítems contenidos en 8.934 recobros por concepto de tecnologías no cubiertas por el PBS.

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

El día 23 de mayo de 2023 la Oficina Asesora Jurídica a través de la herramienta Portal de Autogestión de servicios misionales en la página web mesa de servicios, solicitó el insumo técnico a la Dirección de Gestión de Tecnologías de la Información y Comunicaciones de la ADRES el cual fue gestionado por la funcionaria Yuly Otalora allegado el día 30 de mayo de 2023. De acuerdo con lo anterior, se logró evidenciar que la EPS menciona 8.939 ítems los cuales están contenidos en 8.934 recobros conforme al apoyo técnico emitido por la DGTIC, por lo tanto, el análisis de la presente ficha se realizará tomando el recuento de los 8.939 recobros que incluyen todos los ítems pretendidos. Con ocasión al apoyo técnico suministrado, los recobros refieren el siguiente detalle:

- Que ante el ente auditor del Fosyga (hoy ADRES), la EPS efectuó la radicación de 8.934 recobros mediante formato 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
8.934 $ 4.964.999.026,66 $ 2.016.851.150,01 $ 2.948.147.876,65

TIPO DE GLOSA No. RADICADOS
GLOSAS COMBINADAS 2.249
OTRAS GLOSAS UNICAS 6.635
TOTAL GENERAL 8.934

- Que se presentaron los siguientes resultados correspondiente a los 8.934 recobros:

CANTIDAD ESTADO
APROBADO 3.975
NO APROBADO 5.259
TOTAL 8.934

? Conforme al cuadro reseñado anteriormente, se puede establecer que la EPS en una primera presentación radicó 8.934 recobros mediante los mecanismos ordinarios, así entonces 3.975 recobros fueron APROBADOS y 5.259 obtuvieron estado

de NO APROBADO.

? Conforme a lo anterior, la EPS convocante no presentó las respectivas subsanaciones y/o objeciones a la glosa.

7.1.1. 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 2018-2020:

NORMATIVA OBJETO PRESTACIÓN
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, de servicios cornplementarios y se dictan otras disposiciones. PERIODO 2018-2019
RESOLUCIÓN 41656 DE 2019 por la cual se establecen alternativas técnicas para adelantar el proceso de verificación, control y pago de los servicios y tecnologías en salud no financiadas con la Unidad de Pago por Capitación (UPC) por parte de la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud (ADRES). PERIODO 2019-2020
RESOLUCIÓN NÚMERO 2152 DE 2020 por la cual se establece el proceso de verificación, control y pago de algunos de los servicios y tecnologías no financiados con cargo al presupuesto máximo, de que tratan los artículos 9º y 10 de la Resolución número 205 de 2020 expedida por el Ministerio de Salud y Protección Social PERIODO 2020

7.1.2. Glosas impuestas como resultado de la auditoría:

Del anexo técnico se encontró como glosas mayoritarias:

TIPO DE GLOSA ID GLOSAS DESCRIPCION GLOSA NUMERO_GLOSAS
GLOSA COMBINADAS AUD10001 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. 659
GLOSA COMBINADAS AUD301001 El servicio o tecnología objeto de recobro es una exclusión del SGSSS 1354
GLOSA COMBINADAS AUD70003 El valor del medicamento o dispositivo médico recobrado es superior al valor establecido en la Circular No. ( ) o por el VMR, por lo tanto, se glosa la diferencia 952
OTRAS GLOSAS UNICAS AUD301001 El servicio o tecnología objeto de recobro es una exclusión del SGSSS 1258
OTRAS GLOSAS UNICAS AUD70003 El valor del medicamento o dispositivo médico recobrado es superior al valor establecido en la Circular No. (CIRCULAR 07 DE 2018) o por el VMR, por lo tanto, se glosa la diferencia 2728

Conforme con lo anterior, se desarrolla la glosa mayoritaria así:

• El valor del medicamento o dispositivo médico recobrado es superior al valor establecido en la Circular No. (CIRCULAR 07 DE 2018) o por el VMR, por lo tanto, se glosa la diferencia.

El sustento normativo de la glosa mencionada se encuentra establecido en el artículo 35 de la Resolución 3951 de 2016, disposición que manifiesta que:

“Artículo 35. Requisitos esenciales para la etapa de auditoría integral. Para demostrar la existencia de la respectiva obligación y que por lo tanto, procede el reconocimiento y pago de la solicitud del recobro/cobro por el FOSYGA o quien haga sus veces, la entidad recobrante deberá acreditar el cumplimiento de los siguientes requisitos esenciales:

(…)

El valor recobrado se encuentra debidamente liquidado, soportado y conforme a la regulación vigente”. (Negrilla y subrayado fuera de texto)

El precio regulado del medicamento es el valor establecido por la Comisión Nacional de Precios de Medicamentos y Dispositivos Médicos, para algunos medicamentos con base en una metodología que establece los medicamentos que ingresan al régimen de control directo de precios.

Mediante la Resolución 3259 de 2018, en relación con los contenidos de los criterios y los lineamientos, para la aplicación de la metodología para el cálculo del valor máximo de recobro, el Ministerio de Salud y Protección Social modificó la Resolución 3056 de 2018. Ahora bien el cálculo del Valor Máximo del Recobro toma como base el valor recobrado por los servicios y tecnologías no cubiertos en el Plan de Beneficios en Salud presentados ante la ADRES en estado aprobado, sin considerar el valor de la cuota moderadora o copago conforme lo determina la normatividad vigente, tampoco el monto del comparador administrativo contenido en el listado de comparadores administrativos, ni el valor calculado para las

tecnologías en salud financiadas con recursos de la UPC.

Así mismo, el Manual de Auditoría Vigente para la fecha de prestación del servicio, en lo que respecta al tema estableció:

Expuesto lo anterior, para el caso sub examine sí como resultado de la operación matemática, el medicamento recobrado presentaba errores o es superior al establecido en la Circular 07 de 2018 “Por la cual se incorporan unos medicamentos al régimen de control directo con fundamento en la metodología de la Circular 03 de 2013 de la Comisión Nacional de Precios de Medicamentos y Dispositivos Médicos, se fija su Precio Máximo de Venta y se dictan otras disposiciones.” Era procedente la imposición de la glosa al no verse y al no estar conforme a las tarifas de precios establecidas por el Ministerio de Salud, se glosó o no reconoció la diferencia de la operación matemática entre el valor recobrado y el valor autorizado por la normatividad vigente.

7.2. 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 establecidos en la normativa. Con 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.

7.3. Indebida escogencia del medio de control- Reparación directa.

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.

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.

Análisis del precedente judicial

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 causados 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 Sentencia 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

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 la Información y Comunicaciones, considera que en el presente caso NO ES VIABLE presentar fórmula conciliatoria en razón a que sobre los 8.934 recobros i) 3.975 recobros tienen un resultado de aprobado y iii) 5.259 recobros en estado no aprobado, los cuales fueron objeto de las glosas impuestas, trámite que se realizó de conformidad con lo dispuesto en la normativa vigente para la fecha de la prestación de servicios y el Manual de auditoria vigente. Por tanto, se trata de resultados que están debidamente soportados.

Aunado lo anterior, 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. Finalmente se evidenció que que operó el fenómeno jurídico de la caducidad frente al medio de control adecuado para la totalidad de recobros presentados.