Información del proceso extrajudicial asociado a la ficha

Número de la ficha:	151572
Elaborada por:	KEVIN MONTAÑO VILLA (ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD)
Numero de la solicitud de conciliación extrajudicial:	1533466
Jurisdicción:	ADMINISTRATIVA
Tipo de acción o medio de control:	Reparacion Directa
Procuraduría de conocimiento actual:	PROCURADURIA (REPARTO)
Valor económico inicial:	$1.430.557.264,00
Valor económico indexado:	$1.430.557.264,00
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:

1.1 QUE 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.

1.2 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.

1.3 LA CORTE CONSTITUCIONAL, A TRAVÉS DEL AUTO N.º 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.

Causas y Subcausas:

Entidad	Causa	Subcausa

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	1.430.557.264,00

Descripción adicional del proceso por parte del abogado

Hechos - Complemento a los descritos en el registro relacionado:

1.1 Que 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.

1.2 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.

1.3 La Corte Constitucional, a través del Auto N.º 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:

3.1 Bases de datos Excel con la relación y detalle de los servicios recobrados – Anexo 01.

Parte convocada:

3.2 Apoyo técnico emitido por la Dirección de Gestión de Tecnologías de la Información y Comunicaciones – 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

2.1 Que la ADRES reconozca la obligación de pago sobre 4.850 ítems o servicios NO PBS contenidos en 4.665 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 Se ordene a la ADRES realizar el reembolso de los valores pagados por NUEVA EPS por concepto de $1.430.557.264.

Principal problema jurídico

Determinar si es procedente el reconocimiento y pago de 4.850 ítems o servicios NO PBS contenidos en 4.665 recobros, relacionados en la solicitud de conciliación, por cumplir con los requisitos exigidos en la normativa y el Manual de Auditoría vigente.

Además, se debe 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 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 4.665 recobros cuya fecha de devolución se efectuó entre el 16 de julio de 2015 y el 07 de marzo de 2022 y la solicitud de conciliación se presentó el 07 de julio de 2023 es posible concluir que 565 recobros se encuentran afectados por el fenómeno de la caducidad. (Anexo 3)

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 ibídem, 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 4.665 recobros cuya fecha de devolución se efectuó entre el 16 de julio de 2015 y el 07 de marzo de 2022 y la solicitud de conciliación se presentó el 07 de julio de 2023 es posible concluir que se encuentran afectados por el fenómeno de la caducidad, en cuanto al medio de control dispuesto por la H. Corte Constitucional.

Análisis del caso

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.

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.

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

La OAJ solicitó apoyo técnico el 11 de julio de 2023, a través del aplicativo Mesa de Servicios. Dicho apoyo se recibió el 17 de julio de 2023.

Ahora bien, conforme al apoyo técnico remitido por la Dirección de Gestión de Tecnologías de Información y Comunicaciones, se encontraron 4.665 recobros radicados, de los cuales se desprende la siguiente información:

7.2.1 Que ante el ente auditor del Fosyga (hoy ADRES), la EPS efectuó la radicación de 4.665 recobros mediante formato MYT01 y MYT02.

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

TIPO DE GLOSA	No. RADICADOS
OTRAS GLOSAS UNICAS	288
GLOSAS COMBINADAS	4377
TOTAL GENERAL	4.665

Tabla 1. Consolidado de los recobros

No. RADICADO	VALOR RADICADO PRIMERA PRESENTACIÓN	VALOR APROBADO	VALOR GLOSADO
4.665	$ 3.603.693.578,56	$ 1.087.917.171,71	$ 2.515.776.406,85

7.2.3 Que se presentaron los siguientes resultados correspondiente a los 4.665 recobros:

ESTADO	CANTIDAD
NO APROBADO	4.259
APROBADO	387
ANULADO	19
TOTAL	4.665

Tabla 2. Estado de los recobros

Fuente: Elaboración equipo Prejudicial a partir del apoyo técnico de la DGTIC

Conforme al cuadro reseñado anteriormente, se puede establecer que la EPS en una primera presentación radicó 4.665 recobros mediante los mecanismos ordinarios, teniendo los siguientes resultados: 398 recobros en estado APROBADO, 4.259 recobros en estado NO APROBADO y 8 en estado ANULADO.

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 2008-2018:

Tabla 3. Normativa

RESOLUCIÓN 3099 DE 2008
Por la cual se reglamentan los Comités Técnico-Científicos y se establece el procedimiento de recobro ante el Fondo de Solidaridad y Garantía, FOSYGA, por concepto de suministro de medicamentos, servicios médicos y prestaciones de salud no incluidos en el Plan Obligatorio de Salud, POS autorizados por Comité Técnico Científico y por fallos de tutela.

PERIODO 2008
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?

RESOLUCIÓN 5521 DE 2013 Por la cual se define, aclara y actualiza íntegramente el Plan Obligatorio de Salud (POS) PERIODO 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 1687 DE 2017 Por la cual se sustituye el Anexo 2 “listado de procedimientos en Salud del Plan de Beneficios en Salud con cargo a la UPC” de la Resolucion6408 de 2016 y se dictan otras disposiciones. PERIODO 2017-2018
RESOLUCIÓN 5269 DE 2017 Por la cual se autoriza integralmente el Plan de Beneficios en Salud con Cargo a la unidad de Pago por Capitación (UPC) PERIODO 2017-2018
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 complementarios y se dictan otras disposiciones. PERIODO 2018-2019
Fuente: Ministerio de Salud y de la Protección Social

7.3 Glosas impuestas como resultado de la auditoría:

Del anexo técnico se encontró como glosa mayoritaria:

“El Acta de CTC no se aporta o no contiene la información requerida por la normativa vigente”.

Esta glosa presenta las siguientes observaciones:

• El Acta de CTC No. (24266-5037361) no contiene la justificación médica de la decisión adoptada o no corresponde con el (los) diagnóstico(s) del paciente, de acuerdo con la tecnología autorizada.

• El Acta de CTC No. (176773770358) no contiene la justificación médica de la decisión adoptada o no corresponde con el (los) diagnóstico(s) del paciente, de acuerdo con la tecnología autorizada.

Por tanto, el marco normativo que sustenta la imposición de esta glosa es el siguiente:

RESOLUCIÓN 5395 DE 2013 “...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.

Artículo 14. documentos e información específica exigida para la presentación de solicitudes de recobro originadas en actas de comité técnico-científico (ctc): cuando se trate de recobros originados en actas de comité técnico-científico (ctc) donde se autorice el suministro de tecnologías en salud no POS, además de los requisitos de que tratan los artículos?12?y?13?de la presente resolución, las entidades recobrantes, deberán allegar los siguientes documentos e información:

1. copia del acta del comité técnico-científico (ctc) en el formato que para el efecto establezca la dirección de administración de fondos de la protección social o quien haga sus veces, el cual deberá contener la siguiente información

1.3 diagnóstico con la codificación internacional de enfermedades –cie 10 y análisis del caso objeto de estudio.
1.4 resumen de las prescripciones u órdenes médicas, cantidad autorizada y justificación o justificaciones efectuadas por el médico tratante, identificando el nombre del médico tratante, el número del registro médico y su especialidad si la tuviere. se debe indicar de forma expresa si el suministro de la tecnología en salud no POS se efectuó en una urgencia manifiesta.

1.5.1 Nombre del medicamento en su denominación común internacional o principio(s) activo(s) individual(es) o combinado(s), código de clasificación Anatómico Terapéutico Químico (ATC), concentración, forma farmacéutica, número de días/tratamiento, número de dosis/día y cantidad autorizada. (negrillas y subrayo fuera de texto).

Como se evidencia anteriormente, la normativa es clara en especificar los requisitos sine qua non que debe cumplir la EPS a la hora de recobrar las tecnologías en salud prestadas. Así mismo, el Manual de Auditoría Vigente para la fecha de prestación del servicio, en lo que respecta al tema estableció:

REQUISITO ESENCIAL 4 (Condición 1): El Acta de CTC se aporta o contiene la información requerida por la normative vigente
El auditor impondrá la glosa identificada con CÓDIGO (34) y DESCRIPCIÓN “El Acta de CTC no se aporta o no contiene la información requerida por la normativa vigente” cuando se dictamine que no se cumplieron en su totalidad los criterios definidos a continuación, el resultado de la aplicación de la glosa descrita será el de NO APROBADO.

CRITERIO DE AUDITORÌA – PREGUNTA ORIENTADORA SOPORTE/FUENTE DE VALIDACIÓN DETALLE DE LA GLOSA
Tecnología en salud recobrada y/o el mismo no se evidencia en el histórico
¿El Acta de CTC es legible? 3402 El Acta de CTC No () no es legible aplica para cualquier campo evaluable del documento
¿El Acta de CTC identifica el usuario? 3403 El Acta de CTC No () no incluye nombre o identificación del usuario
¿El Acta de CTC tiene fecha de elaboración? 3404 El Acta de CTC No () no contiene la fecha de elaboración
¿El Acta de CTC tiene registrado el diagnostico según listado CIE 10? 3405 El Acta de CTC No () no identifica el diagnostico o no registra la codificación internacional de enfermedades CIE10
¿En el Acta de CTC hay una justificación médica y ésta se relaciona con el diagnostico CIE-10 que corresponde con la tecnología autorizada? 3406 El Acta de CTC No () no contiene la justificación médica de la decisión adoptada o no corresponde con el (los) diagnostico (s) del paciente de acuerdo con la tecnología autorizada
¿El Acta de CTC describe de forma completa el medicamento NO POS autorizado? 3407 El acta de CTC No () no describe el nombre del medicamento autorizado de forma completa
¿El Acta de CTC describe de forma completa el procedimiento autorizado? 3408 El Acta de CTC No () no describe el procedimiento autorizado de forma completa
Fuente: Manual Operativo y de Auditoría a los Servicios y Tecnologías en Salud no Financiadas con Recursos de La UPC de la ADRES.
7.5. Ausencia de material probatorio.

Es importante destacar que el artículo 167 del Código General del Proceso aborda este punto indicando lo siguiente:

Artículo 167. Carga de la prueba: Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen.

No obstante, según las particularidades del caso, el juez podrá, de oficio o a petición de parte, distribuir, la carga al decretar las pruebas, durante su práctica o en cualquier momento del proceso antes de fallar, exigiendo probar determinado hecho a la parte que se encuentre en una situación más favorable para aportar las evidencias o esclarecer los hechos controvertidos. La parte se considerará en mejor posición para probar en virtud de su cercanía con el material probatorio, por tener en su poder el objeto de prueba, por circunstancias técnicas especiales, por haber intervenido directamente en los hechos que dieron lugar al litigio, o por estado de indefensión o de incapacidad en la cual se encuentre la contraparte, entre otras circunstancias similares.

Cuando el juez adopte esta decisión, que será susceptible de recurso, otorgará a la parte correspondiente el término necesario para aportar o solicitar la respectiva prueba, la cual se someterá a las reglas de contradicción previstas en este código. Los hechos notorios y las afirmaciones o negaciones indefinidas no requieren prueba (Negrilla y Subrayado fuera del texto).
?
La EPS convocante indicó que los recobros fueron sometidos a demanda en la jurisdicción civil, pero no aporta prueba de ello o trazabilidad del proceso que permitan inferir lo alegado por la convocante, por tal motivo la ADRES no puede pronunciarse al respecto.

7.6 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.

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

9.1 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 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.

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 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 relacionado 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 Gestión de Tecnologías de Información y Comunicaciones, considera que en el presente caso NO ES VIABLE presentar fórmula conciliatoria sobre los 4.665 recobros, teniendo en cuenta que operó el fenómeno jurídico de la caducidad en el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho.

Aunado lo anterior, la EPS convocante requirió el pago sobre 4.665 recobros, los cuales 387 presentan estado de aprobado, 4.259 cuentan con estado de no aprobado y 19 recobros se encuentran anulados, cuya glosa impuesta obedeció al incumplimiento de los requisitos establecidos en la normativa vigente para la fecha de prestación de servicio.

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.