

ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA / DAÑO DERIVADO DE LA FUNCIÓN ADMINISTRATIVA / DAÑO DERIVADO DE ACTOS ADMINISTRATIVOS / RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO POR DAÑO ESPECIAL / PRINCIPIO DE IGUALDAD FRENTE A LAS CARGAS PÚBLICAS / RECOBRO AL FOSYGA

En el caso en estudio se observa que la situación descrita por el actor no constituyó una carga de la que se pudiera predicar la existencia de un daño especial, habida consideración de que no se cumple con los requisitos de anormalidad y especialidad impuestos. Precisamente, como está acreditado en el expediente, la reglamentación contenida en los múltiples actos administrativos que han regido el procedimiento de recobro ante el Fosyga, no constituyen una medida que afecte, de manera anormal ni especial, a la sociedad demandante. En primera medida pues el requisito de especialidad no se configura para el caso bajo estudio, en particular porque todas las personas que pretendieran realizar el recobro de sus pagos estaban sometidas al mismo procedimiento. En segundo lugar, se echa de menos cualquier esfuerzo del actor por acreditar el carácter anormal del pretendido perjuicio. Ahora bien, aunque no se esté realizando un juicio sobre el contenido de las Resoluciones que establecieron el procedimiento de recobro, es fácil advertir que su contenido normativo persigue un fin legítimo amparado por la Constitución, como es la defensa del patrimonio público, lo cual se logra, para el caso concreto, mediante la adopción de procedimientos administrativos que permitan verificar que los cobros con cargo al Fosyga correspondan a verdaderas deudas de la administración. [...] Precisamente, en observancia del referido principio [principio de celeridad] y de los principios de eficiencia y de oportunidad de que trata el artículo 1 del Decreto-Ley 1281 de 2002, es que el procedimiento administrativo reglamentado implica que se deban presentar las respectivas facturas y que, con posterioridad a su radicación, la administración realice la respectiva verificación en un plazo razonable, en el cual se debe, tal y como lo señaló la entidad demandada, realizar una revisión jurídica, médica, administrativa y financiera de los soportes, lo que hace que, del justificado plazo, no se pueda desprender la conformación de un daño especial, como lo sostuvo la sociedad demandante en su recurso. En el asunto bajo juicio no se configura un daño anormal, considerable, superior al que normalmente deben tolerar el resto de las personas, pues es evidente que dicha intervención se erige, si acaso, como una aligerada consecuencia necesaria, derivaba de la lógica misma del procedimiento que debe sobrellevar el titular del derecho.

FUENTE FORMAL: DECRETO LEY 1281 DE 2002 – ARTÍCULO 1

ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA / ACTO ADMINISTRATIVO / DAÑO CAUSADO POR ACTO ADMINISTRATIVO GENERAL

[E]l ordenamiento jurídico colombiano distinguió la procedencia de las acciones a partir del origen del daño, reservando la acción de nulidad y restablecimiento del derecho para aquellos eventos en los que los perjuicios alegados sean consecuencia de un acto administrativo, al tiempo que la acción de reparación directa se erigió para los daños que encuentren su fuente en un hecho, omisión u operación administrativa. Sin embargo, esta regla aludida encuentra dos excepciones claras en la jurisprudencia: la primera, referente a los daños que se hubieren causado por un acto administrativo legal y, la segunda, relacionada con los daños cuya fuente sea la ejecución de un acto administrativo que haya sido objeto de revocatoria directa o de anulación por parte de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. [...] La Sala ha reconocido la viabilidad de la acción de reparación directa para perseguir los perjuicios causados por la expedición de un acto administrativo cuya legalidad no se discute en el curso del proceso, pues se

reconoce que el ejercicio de función administrativa, ajustado al ordenamiento jurídico, puede generar un rompimiento del equilibrio de las cargas públicas, donde la procedencia de la acción de reparación directa obedece a la ausencia de cuestionamiento respecto de la legalidad del acto administrativo que generó los perjuicios alegados por la parte actora.

NOTA DE RELATORÍA: Sobre la procedencia de la acción de reparación directa por daños ocasionados por un acto administrativo legalmente expedido, cita: Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 27 de abril de 2006, rad. 16079, C. P. Ramiro Saavedra Becerra; y Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 3 de abril de 2013, rad. 26437, C. P. Mauricio Fajardo Gómez.

RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO POR DAÑO ESPECIAL / PRINCIPIO DE IGUALDAD FRENTE A LAS CARGAS PÚBLICAS / VIOLACIÓN DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD FRENTE A LAS CARGAS PÚBLICAS

[P]ara que proceda una declaratoria de responsabilidad por daño especial, se debe demostrar la existencia de los elementos de especialidad y anormalidad, propios de este particular régimen, y que con ello se ha generado una ruptura del principio de igualdad ante las cargas públicas.

NOTA DE RELATORÍA: Sobre los requisitos de procedencia del daño especial, cita: Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 8 de agosto de 2002, rad. 10952, C. P. Ricardo Hoyos Duque.

PRETENSIONES SUBJETIVAS EN LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO / ACCIÓN PÚBLICA / ACCIÓN PRIVADA

[L]a actual atomización de las pretensiones subjetivas en sede contencioso-administrativo representa un enorme reto para el tratamiento armónico y en condiciones de igualdad que debe guiar la actuación del juez, en especial de cara a la garantía constitucional de acceso efectivo a la administración de justicia. Nuestro propio ordenamiento era, quizás, un escenario más propicio para la garantía de las citadas condiciones cuando existía un tratamiento dual de las acciones denominadas doctrinariamente como acción pública y privada, la primera ocupada de un juicio objetivo de legalidad y la segunda que agrupaba contenciosos subjetivos, conocida luego como la acción de plena jurisdicción, que incluyó una lógica típicamente resarcitoria. Cuando se comprende que ha sido una realidad histórica, más que una constatación dogmática, la que originó la clasificación colombiana del fenómeno administrativo en una subdivisión de hechos, actos, omisiones, operaciones y contratos como individualizadas manifestaciones de la actuación administrativa, se entiende mejor el particular empeño de identificar y diferenciar el comportamiento administrativo que ha producido un daño, como si de ello se derivara una lógica sustantiva verdaderamente distintiva del análisis del daño resarcible. Con todo, estimamos que la clasificación binaria resultaba (y resulta aún hoy, tal y como el caso concreto lo evidencia) una concepción apropiada, porque ella permite dar adecuada noticia de dos funciones claramente diferenciables de la actividad judicial contenciosa administrativa: un juicio objetivo de legalidad (y constitucionalidad) y uno contencioso subjetivo.

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN TERCERA
SUBSECCIÓN B

Consejero ponente: ALBERTO MONTAÑA PLATA

Bogotá D.C., tres (3) de abril de dos mil veinte (2020)

Radicación número: 25000-23-26-000-2010-00281-01(45650)

Actor: EPS SANITAS S. A.

Demandado: NACIÓN - MINISTERIO DE LA PROTECCIÓN SOCIAL – FONDO DE SOLIDARIDAD Y GARANTÍAS (FOSYGA)

Referencia: ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA

Temas: REPARACIÓN DIRECTA – Daño especial – Escogencia de la acción

Síntesis del caso: el actor solicitó que las entidades demandadas fueran declaradas responsables por el daño especial supuestamente sufrido, producido por el tiempo que había transcurrido entre el pago de la EPS Sanitas a sus proveedores (por el costo de los medicamentos, procedimientos y servicios médicos ordenados por dictámenes de los CTC o por fallos de tutela), y el tiempo en el que recibía el efectivo reembolso por parte del Fosyga.

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante en contra de la Sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 29 de junio de 2012, que resolvió declarar, de oficio, la indebida escogencia de la acción.

Contenido: 1. Antecedentes - 2. Consideraciones – 3. Decisión

1. ANTECEDENTES

Contenido: 1.1. La demanda y su trámite de primera instancia – 1.2. Recurso de apelación y trámite de segunda instancia

1.1. La demanda y su trámite de primera instancia

1. El 10 de mayo de 2010, la sociedad EPS Sanitas S.A. (Sanitas), a través de apoderado judicial, presentó **demandas**, en ejercicio de la **acción de reparación directa**, en contra de la Nación - Ministerio de la Protección Social – Fondo de Solidaridad y Garantía (Fosyga), para que fueran declaradas administrativamente responsables “por causa y con ocasión

del daño especial que se genera por el desequilibrio económico injustificado en virtud de la financiación provista al SGSSS durante el lapso de tiempo transcurrido entre el momento en que EPS Sanitas paga a sus proveedores el costo de los medicamentos, procedimientos y/o servicios médicos ordenados por dictámenes del CTC o por fallos de tutela, que no están incluidos en el POS, y el momento en que se cumple el plazo de dos (2) meses con que cuenta el Fosyga para hacer el reembolso en atención del proceso de recobro que fue aprobado".

2. Como consecuencia de la declaratoria de responsabilidad, solicitó que se condenara al pago de los siguientes perjuicios materiales:

Demandante	Calidad	Perjuicios materiales
EPS Sanitas S.A.	Víctima directa	\$ 2.173'367.916

3. En la **demanda** la parte actora narró, en síntesis, los siguientes **hechos** relevantes que fundamentaron sus pretensiones:

4. 1) La Ley 100 de 1993 y el Decreto 806 de 1998 consagraron las obligaciones de las Entidades Promotoras de Salud (EPS) en el Sistema General de Seguridad Social en Salud (SGSSS), entre las que se encontraban las prestaciones asistenciales (servicios, procedimientos y medicamentos) y las económicas (pago de incapacidades y licencias de maternidad) incluidas en el Plan Obligatorio de Salud (POS). La contraprestación económica por los servicios de salud que prestan las EPS se ha denominado Unidad de Pago por Capitación (UPC).

5. 2) "La *dinámica constitucional de protección de los derechos fundamentales de los afiliados a las EPS*" ha llevado a establecer unos mecanismos que extendieron las prestaciones asistenciales a servicios, procedimientos y medicamentos que no se encontraban incluidos en el POS. Los mecanismos han sido: 1) los dictámenes de los Comités Técnico-Científicos (CTC) y 2) los fallos de acciones de tutela "que han obligado a las EPS a suministrar medicamentos, a efectuar procedimientos o a prestar servicios que se encuentran fuera de su ámbito de responsabilidad".

6. 3) Para cumplir con las órdenes impartidas, el Ministerio de Salud, en un primer momento, y el Ministerio de la Protección Social, después, reglamentaron las solicitudes de recobro ante el Fosyga. La norma vigente al momento de presentar la demanda era *"la Resolución 548 de 2010, que derogó la Resolución 3099 de 2008, la cual fue modificada parcialmente por las Resoluciones 3754 de 2008, 3977 de 2008 y 5334 de 2008, que seguía, en lo fundamental, los lineamientos que fueron establecidos por las Resoluciones 5061 de 1997, 2312 de 1998, 2948 y 2949 de 2003, 3797 de 2004 y 2933 de 2006"*.

7. 4) El procedimiento de recobro se ha hecho consistir en que la EPS deba hacer los pagos necesarios para cumplir con las disposiciones constitucionales y proveer los medicamentos, procedimientos y servicios médicos no incluidos en el POS, con ocasión de las órdenes de los fallos de tutela y de los dictámenes de los CTC, para luego recibir los desembolsos del Fosyga mediante solicitudes de recobro. El Fosyga debe pagar a la EPS la respectiva cuenta que haya sido previamente aprobada (solicitudes que pueden ser rechazadas, devueltas, aprobadas en forma condicionada o aprobadas definitivamente para el pago) dentro de los 2 meses siguientes a su radicación. *"El término legal de reembolso resulta mayor para eventos de reprocesos por glosas, justificadas o injustificadas, y de recobros aprobados en forma condicionada"*.

8. 5) El lapso de 2 meses que transcurre entre el momento en que Sanitas paga a sus proveedores y el reembolso del Fosyga, *"significa que durante este término se presenta un desequilibrio económico injustificado, puesto que EPS Sanitas se ve obligada a proveer financiación al SGSSS, con lo cual le causa un daño antijurídico que no está obligada a soportar"*.

9. Como fundamentos de derecho invocó el artículo 90 de la Constitución Política y el artículo 86 del Código Contencioso Administrativo. Señaló que el perjuicio reclamado no tenía origen en la expedición puntual de los actos administrativos, ni perseguía la nulidad de las resoluciones citadas, sino en la *"financiación forzada a que la EPS se ha visto compelida"*

respecto de los pagos originados en servicios prestados por dictámenes del CTC o por fallos de tutela, que no corresponden a prestaciones incluidas en el POS".

10. Señaló, además, que el daño que reclamaba no se derivaba de la licitud o ilicitud de una conducta activa u omisiva del Estado, sino de la eventual violación al principio de igualdad ante las cargas públicas, cuando se ha generado un enriquecimiento general, o beneficio a toda la comunidad, a costa del menoscabo patrimonial de una sola persona o unas pocas personas, por ello *"la calificación antijurídica del daño que sufre EPS Sanitas encuentra su fundamento precisamente en la vulneración al principio de igualdad ante las cargas públicas"*.

11. El 10 de junio de 2010 el Tribunal Administrativo de Cundinamarca **admitió la demanda**¹.

12. El Ministerio de la Protección Social (MPS) **contestó la demanda** y se opuso a la totalidad de las pretensiones². Como fundamento de la defensa manifestó que las resoluciones que, en esencia, habían sido cuestionadas por el actor, *"fueron expedidas con sujeción a la ley, se encuentran amparadas por la presunción de legalidad, razón por la cual son de obligatorio cumplimiento y no existe fundamento distinto a esta regulación, que permita a la EPS demandante pretender el reembolso de los medicamentos o procedimiento no incluidos en el POS, pues en vigencia de cada una de ellas siempre se ha previsto un trámite o procedimiento para estudiar la procedencia y pago de las solicitudes de recobro ante el Fosyga"*.

13. Asimismo, indicó que las condiciones establecidas en las resoluciones *"no obedecen a otra finalidad distinta que la de ajustar un mínimo de requisitos con los cuales se pueda determinar características que le den viabilidad al recobro"*, para evitar que se afecten los recursos del sistema haciendo pagos no debidos.

¹ Folios 18 y 34 y 35 del cuaderno principal.

² Folios 37-56 del cuaderno principal.

14. Sostuvo que el Decreto Ley 1281 de 2002, *"por el cual se expiden las normas que regulan los flujos de caja y la utilización oportuna y eficiente de los recursos del sector salud y su utilización en la prestación"*, estableció las normas que garantizaban que los recursos del Fosyga fueran tramitados en debida forma, *"previo el cumplimiento de unas condiciones específicas tendientes a evitar fraudes y pagos indebidos"*, norma que, precisamente, instituyó (en su artículo 15) un deber en cabeza del Fosyga de establecer *"todos los mecanismos a su alcance [...] con el fin de evitar fraudes y pagos indebidos"*.

15. Para el MPS las EPS, como actores del sistema de salud y prestadores de un servicio público esencial, debían cumplir y ceñirse a la normativa que fije el Estado. Así, el Ministerio se había limitado a fijar unas condiciones a las que se debían ajustar los recobros para poder determinar si procedía o no el pago.

16. Con apoyo en la jurisprudencia de la Corte Constitucional, recordó que, conforme con el principio de legalidad del gasto público, *"el recaudo y aplicación de los dineros estatales deben manejarse de conformidad con reglas y procedimientos predeterminados y contables"*, por lo que no puede pretenderse que el MPS se sustraiga del proceso presupuestal, *"con mayor razón si se tiene en cuenta que cualquier clase de reclamación que deba satisfacerse o financiarse con cargo a los recursos del Fosyga debe someterse al procedimiento legal que permita auditarla, verificarla y determinar la procedencia de su pago con el fin de garantizar la correcta y específica destinación de los recursos de la seguridad social"*.

17. Con base en las anteriores consideraciones, la entidad demandada señaló que todas las reclamaciones que pretendieran satisfacerse y financiarse con cargo a los recursos del Fosyga debían surtir el proceso de *"recepción, análisis de pago o devolución minuciosa tanto jurídica, médica, administrativa y financiera de los soportes y las condiciones en las cuales se realiza el recobro que llevan a concluir la pertinencia de reconocer o rechazar los valores cobrados"*.

18. Para el MPS se debía *"aclarar que la presentación de un recobro ante el administrador fiduciario de los recursos del Fosyga no da derechos, es una mera expectativa"*, ya que los referidos cobros se debían presentar mediante el diligenciamiento de un formulario que debía estar soportado, a su vez, en los documentos exigidos para tal fin.

19. Para la entidad, la supuesta vulneración del principio de igualdad ante las cargas públicas no se presentaba en el caso bajo estudio, habida cuenta de que una eventual discriminación debía predicarse entre iguales (como sería el caso de las distintas EPS), mientras que a todas las EPS les era aplicada la misma norma.

20. Recordó la entidad que las EPS no solo contaban con recursos de las UPC, sino con el recaudo de las cuotas moderadoras, de los planes complementarios, comisiones por la prestación de servicios de salud a las administradoras de riesgos profesionales, un porcentaje de rendimientos financieros, entre otros.

21. Finalmente, concluyó que el término de 2 meses no generaba ningún desequilibrio económico injustificado que la EPS debiera soportar, ya que se trataba de un tiempo justificado por la administración para gestionar y adelantar un estudio integral de las cuentas de cobro, en la medida que eran recursos públicos, cuyo manejo debía obedecer a criterios de responsabilidad y transparencia.

22. La entidad demandada presentó la **excepción** de caducidad de la acción para los eventos individualizados de cobros que se encontraran *"fuera de los dos años anteriores a la petición de conciliación ante la Procuraduría (10 de mayo de 2010)"*.

23. El 29 de junio de 2012 el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Subsección C de descongestión, profirió **Sentencia de primera instancia**³, en la cual declaró, de oficio, la indebida escogencia de la acción.

³ Folios 110 -113 del cuaderno del Consejo de Estado.

24. Para el juzgador de primera instancia, dada la naturaleza de las pretensiones del actor, habida cuenta de que el proceso de recobro se encontraba reglamentado en las Resoluciones expedidas por el Ministerio de Protección Social, *"cuando el daño proviene de un acto administrativo [...] es indispensable desvirtuar previamente la presunción de legalidad que los ampara mediante la declaratoria de la nulidad con el posterior restablecimiento"*.

25. De esta manera, la escogencia de la acción no podía quedar al arbitrio de quien la ejercía, sino que debía estar en consonancia con los hechos y las pretensiones que informaran la demanda. Consideración que llevó al Tribunal a concluir que la acción procedente era la de nulidad y restablecimiento del derecho, *"para lo cual el demandante tenía cuatro meses, los cuales se enc[ontraban] vencidos"*.

1.2. Recurso de apelación y trámite de segunda instancia

26. La parte demandante presentó **recurso de apelación**⁴ en el que insistió que a lo largo del proceso había afirmado que las *"Resoluciones no eran ilegales y que la demandante considera[ba] ajustado a la naturaleza de los recursos del sector salud que la administración necesita[ra] un tiempo prudencial para tramitar, verificar, auditar y ordenar el pago de los recobros NO-POS [...] sin embargo, lo que no resulta[ba] ajustado a los preceptos constitucionales colombianos era que el SGSSS re[cibiera] una financiación de las EPS durante el término de revisión, sin que esa financiación [fuera] debidamente resarcida"*.

27. Para el recurrente, contrario a lo afirmado por el Tribunal, la acción de reparación directa sí era procedente porque se dirigía a resarcir daños ocasionados con una actuación administrativa lícita, por el rompimiento de la igualdad ante las cargas públicas, por lo que no se pretendía desvirtuar la legalidad de la actuación del MPS en la expedición de las normas que regularon el proceso de recobro.

⁴Folios 116 -131 del cuaderno del Consejo de Estado.

28. Señaló que el daño reclamado solo podía ser resarcido vía judicial *“porque los desarrollos jurisprudenciales y regulatorios que plantearon la regulación jurídica entre la EPS y el SGSSS no establecen ningún tipo de reconocimiento por el costo del dinero en el mercado financiero que el SGSSS deba reconocer por la financiación temporal al sistema”*.

29. Habida consideración de que no se había reconocido una justa contraprestación por financiar temporalmente el costo de medicamentos, insumos, procedimientos y servicios que no están incluidos en el POS resultado de fallos de tutela o de dictámenes de los CTC, los perjuicios se traducían *“en el costo financiero y la pérdida de valor adquisitivo del dinero durante el tiempo que el Fosyga se toma para restituirle lo pagado”*.

30. Para el recurrente, el perjuicio sufrido por las EPS era un hecho notorio, que se derivaba, entre otros, de la declaratoria de estado de emergencia social adoptado, entre otras normas, por el Decreto 4975 de 2009, las cuales, *“si bien han sido declarados parcialmente inexecutable por la Corte Constitucional, comportan un principio de diagnóstico y confesión respecto de la verdadera situación financiera del sistema de aseguramiento en salud”*.

31. Por Auto de 7 de febrero de 2013, se **admitió la apelación**⁵. En los **alegatos de conclusión de segunda instancia**, el MPS insistió en sus argumentos de defensa y, en especial, en que todas las EPS fueron cobijadas bajo la misma norma, lo que hacía que ninguna de ellas recibiera una carga pública mayor, ni que sufriera un daño grave o anormal. Concluyó que no era responsable de ningún daño antijurídico, ya que, por demás, había brindado todas las garantías para que los procesos de recobro fueran expeditos, de conformidad con la documentación aportada por cada EPS⁶.

32. La parte demandante presentó sus respectivos alegatos, en los que insistió que los actos legales también tenían la capacidad de causar daños

⁵ Folio 140 del cuaderno del Consejo de Estado.

⁶ Folios 143-149 del cuaderno del Consejo de Estado.

y que el juzgador de primera instancia había hecho caso omiso de las múltiples ocasiones en las que la demandante había afirmado que no buscaba atacar la legalidad de las Resoluciones, ya que consideraba que la regulación estaba “ajustada a la ley y era necesaria”.

33. Finalizó la sociedad demandante indicando que *“el daño antijurídico soportado por ESP Sanitas S.A. tiene su causa eficiente en la conducta omisiva desplegada por el MPS, consistente en no haber establecido la obligatoriedad de reconocer el costo de la financiación temporalmente provista por las EPS, con ocasión de la expedición, aplicación y ejecución de las Resoluciones que fijaron el procedimiento y el plazo de los recobros de las EPS ante el Fosyga”*.

2. CONSIDERACIONES

Contenido: 2.1. Presupuestos procesales - 2.2. Presupuestos probatorios - 2.3. Análisis sustantivo - 2.4. Sobre la condena en costas

2.1. Presupuestos procesales

34. El presente asunto es de conocimiento de la **jurisdicción de lo contencioso administrativo** por encontrarse demandados la Nación-Ministerio de la Protección Social-Fosyga, de conformidad con lo establecido en el artículo 82 del Código Contencioso Administrativo, norma vigente en el momento de la presentación de la demanda.

35. El Consejo de Estado es **competente** para conocer de los recursos de apelación interpuestos contra las sentencias dictadas por los Tribunales Administrativos en primera instancia, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 129 del Código Contencioso Administrativo.

36. En lo que respecta a la **procedencia de la acción de reparación directa**, resulta pertinente analizar la causa del daño alegado, con el fin de establecer si la acción de reparación directa era la pertinente en el caso concreto. Así, se observa que el demandante solicitó la declaratoria de responsabilidad y la consecuente reparación del daño que, a su juicio,

tenía origen en el “*desequilibrio económico injustificado*” que generaba el tiempo transcurrido entre el pago de la EPS Sanitas a sus proveedores y el momento en que el Fosyga le hacía el correspondiente reembolso en atención del proceso de recobro.

37. Para el juzgador de primera instancia, la acción impetrada no era procedente, en atención a que las pretensiones del actor tenían origen en el proceso de recobro que se encontraba reglamentado en las Resoluciones expedidas por el Ministerio de Protección Social, de manera que, si el daño provenía de un acto administrativo, debió haber intentado la acción de nulidad y restablecimiento del derecho con el fin de que, primero, se desvirtuara la presunción de legalidad que amparaba los mencionados actos administrativos, previo al análisis del eventual daño que los mismos le hubieran podido producir al actor.

38. La Sala se apartará de la conclusión a la que llegó el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, habida consideración de que el propio actor, en varias ocasiones, solicitó la declaratoria de responsabilidad y la consecuente reparación de un daño que, a su juicio, tuvo origen en un acto administrativo cuya legalidad no discute en el proceso, tanto así como que lo consideró ajustado a derecho.

39. En este sentido, se recuerda que el ordenamiento jurídico colombiano distinguió la procedencia de las acciones a partir del origen del daño, reservando la acción de nulidad y restablecimiento del derecho para aquellos eventos en los que los perjuicios alegados sean consecuencia de un acto administrativo, al tiempo que la acción de reparación directa se erigió para los daños que encuentren su fuente en un hecho, omisión u operación administrativa⁷. Sin embargo, esta regla aludida encuentra dos excepciones claras en la jurisprudencia: la primera, referente a los daños que se hubieren causado por un acto administrativo legal y, la segunda, relacionada con los daños cuya fuente sea la ejecución de un acto administrativo que haya sido objeto de revocatoria directa o de anulación por parte de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

⁷ Decreto 1 de 1984, artículo 86.

40. En relación con lo anterior, esta Corporación, al resolver un caso relacionado con la limitación del derecho de propiedad mediante un acto administrativo de contenido general, consideró (se transcribe):

“[...] la jurisprudencia colombiana empezó a admitir la hipótesis de que un acto legalmente expedido pudiera causar daños y que tales daños pudieran ser objeto de reparación por rompimiento del principio de igualdad ante las cargas públicas. [...] En el caso sub examine, la acción fue interpuesta en razón del rompimiento del principio de igualdad ante las cargas públicas, pues, según lo afirmado en la demanda, a la demandante le fue impuesta una carga adicional a las que comúnmente tienen todos los administrados, [...] En consecuencia, teniendo en cuenta los razonamientos ya expuestos, la Sala llega a la conclusión de que la acción interpuesta [reparación directa] por la señora MARIA DEL ROSARIO ARIAS es la procedente en estos casos, más aún si se tiene en cuenta que no se está controvirtiendo la legalidad de ninguna decisión de la Administración, sino la causación de unos perjuicios derivados de un acto administrativo legal, como lo sostiene la misma demanda, que en su criterio, está integrado por un certificado de urbanismo y un acuerdo municipal”⁸

41. La Sala ha reconocido la viabilidad de la acción de reparación directa para perseguir los perjuicios causados por la expedición de un acto administrativo cuya legalidad no se discute en el curso del proceso, pues se reconoce que el ejercicio de función administrativa, ajustado al ordenamiento jurídico, puede generar un rompimiento del equilibrio de las cargas públicas, donde la procedencia de la acción de reparación directa obedece a la ausencia de cuestionamiento respecto de la legalidad del acto administrativo que generó los perjuicios alegados por la parte actora.

42. Así, con todo y los límites que esta configuración impone a la tesis general según la cual: lo que determina la escogencia de la acción es la causa del daño; cuando el mismo tenga origen en un acto administrativo cuya legalidad no esté en juicio, se establece una excepción a lo que sería la regla general de la procedencia de la nulidad y el restablecimiento del

⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de 27 de abril de 2006, exp. 16079; reiterada en: Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, Sentencia de 3 de abril de 2013, exp. 26437.

derecho. Este entendimiento pone en evidencia que, en últimas, lo que en realidad termina por determinar la procedencia de una u otra acción (en este caso concreto), es si el demandante ha decidido cuestionar, o no, la legalidad del acto administrativo.

43. Una reflexión de mayor extensión y de significativa importancia se desprende del caso concreto que se estudia, que pone de manifiesto cómo la actual atomización de las pretensiones subjetivas en sede contencioso-administrativo representa un enorme reto para el tratamiento armónico y en condiciones de igualdad que debe guiar la actuación del juez, en especial de cara a la garantía constitucional de acceso efectivo a la administración de justicia. Nuestro propio ordenamiento era, quizás, un escenario más propicio para la garantía de las citadas condiciones cuando existía un tratamiento dual de las acciones denominadas doctrinariamente como acción pública y privada, la primera ocupada de un juicio objetivo de legalidad y la segunda que agrupaba contenciosos subjetivos, conocida luego como la acción de plena jurisdicción, que incluyó una lógica típicamente resarcitoria.

44. Cuando se comprende que ha sido una realidad histórica, más que una constatación dogmática, la que originó la clasificación colombiana del fenómeno administrativo en una subdivisión de hechos, actos, omisiones, operaciones y contratos como individualizadas manifestaciones de la actuación administrativa, se entiende mejor el particular empeño de identificar y diferenciar el comportamiento administrativo que ha producido un daño, como si de ello se derivara una lógica sustantiva verdaderamente distintiva del análisis del daño resarcible.

45. Con todo, estimamos que la clasificación binaria resultaba (y resulta aún hoy, tal y como el caso concreto lo evidencia) una concepción apropiada, porque ella permite dar adecuada noticia de dos funciones claramente diferenciables de la actividad judicial contenciosa administrativa: un juicio objetivo de legalidad (y constitucionalidad) y uno contencioso subjetivo.

46. Aún ahora, en vigencia de la Ley 1437 de 2011, de la mano de las pretensiones contenciosas que se vehiculan a través de un derecho único de acción, el CPACA no permite que se propicie un pronunciamiento del juez para enjuiciar la actividad de la administración a partir de un medio de control subjetivo cualquiera, sino que, por el contrario, se disciplinaron las distintas pretensiones que se pueden encausar a través de cada una de ellas (esto, sin perjuicio de las facultades del juez para darle el trámite que corresponda cuando se haya encausado de manera inadecuada), lo que hará que la pretensión de armonía e igualdad de trato siga siendo una tarea de difícil realización por parte del juez contencioso administrativo

47. Ahora, si bien es verdad que el propio demandante llegó a señalar que *"el daño antijurídico que ha sufrido EPS Sanitas tiene causa eficiente en la conducta omisiva desplegada por el MPS, con ocasión de las expedición, aplicación y ejecución de las Resoluciones [...] que establecen el procedimiento y plazo de los recobros del as EPS ante el Fosyaga"*, al mismo tiempo había indicado, en múltiples ocasiones (especialmente en la demanda y en su recurso de apelación), que no procuraba la nulidad, habida cuenta de que no discutía la legalidad de los mencionados actos administrativos que reglamentaron el proceso de recobro, ya que lo que pretendía era una declaratoria de responsabilidad en medio de *"un ejercicio legítimo de la administración"*, por daño especial.

48. De esta manera, para el caso concreto, habida consideración de que el demandante identificó la causa eficiente del daño en un acto administrativo cuya legalidad no discutió, la acción de reparación directa era procedente.

49. En relación con **la oportunidad para el ejercicio de la acción**, se advierte que el numeral 8 del artículo 136 del Código Contencioso Administrativo, vigente para la fecha, consagraba: *"[l]a de reparación directa caducará al vencimiento del plazo de dos (2) años, contados a partir del día siguiente del acaecimiento del hecho, omisión u operación administrativa o de ocurrida la ocupación [...]"*.

50. En el caso concreto se tiene acreditado que el actor relacionó múltiples cobros (en una tabla de Excel ⁹), donde listó el número de algunas facturas, su fecha de supuesta radicación, fecha de posible pago, y los intereses que generarían. El documento anexo da cuenta de facturas cuya fecha de pago excedía el término de caducidad de la acción de reparación directa, toda vez que, en las muchas celdas relacionadas en el documento (49.418 en total), se refirieron facturas desde el año 2004, con fechas de radicación desde el 4 de noviembre de 2004 (celda 49.416), cuyo pago de la EPS ocurrió el 2 de febrero de 2005, lo que hace que los algunos de los pretendidos intereses que se generarían entre la presentación de la factura y la referida fecha de pago estuvieran caducados, como en efecto lo señaló la entidad demandada en sus excepciones.

51. De esta manera, la Sala solo se pronunciará sobre los intereses que, supuestamente, se hubieran generado con dos años de anterioridad a la fecha de la presentación de la demanda (10 de mayo de 2010), esto es, desde el 10 de mayo de 2008, en el entendido de que el hecho dañoso que fue identificado por el actor traía causa, precisamente, de los intereses no reconocidos que se generaban con cada cuenta de cobro.

52. En lo que respecta a la **legitimación activa en la causa**, se encuentra que la sociedad demandante acreditó su existencia y representación legal¹⁰ y su interés en el proceso¹¹.

53. En lo que tiene que ver con la **legitimación pasiva en la causa**, la Sala observa que el daño especial supuestamente sufrido por el actor tiene origen en una actividad efectivamente desplegada por las entidades que fueron demandadas, por lo que se encuentran legitimadas en la causa.

⁹ Folio 163 del cuaderno de pruebas anexo CD tabla de Excel.

¹⁰ Folios 4-9 del cuaderno de pruebas.

¹¹ Folio 163 del cuaderno de pruebas anexo CD tabla de Excel.

2.2. Presupuestos probatorios

54. En consideración a los **medios de prueba** regularmente aportados al proceso, se acreditaron, en síntesis, los siguientes hechos relevantes¹²:

55. Certificado de existencia y representación legal de la sociedad demandante¹³.

56. Copia de las Resoluciones que reglamentaron el procedimiento de recobro¹⁴.

57. Cuadro de Excel que relacionó las facturas y los intereses que se habrían generado¹⁵.

¹² Obra en el expediente: "ejemplar impreso de la Ley 100 de 1993", (fls.25-61 del cuaderno de pruebas); "ejemplar impreso de la parte pertinente del Decreto 806 de 1998", (fls. 62-69 del cuaderno de pruebas); "ejemplar impreso del Decreto 4975 de 2009", (fls. 70-73 del cuaderno de pruebas); "ejemplar impreso del Decreto 74 de 2010", (fls. 74-80 del cuaderno de pruebas); "ejemplar impreso del Decreto 127 de 2010", (fls. 82 y 83 del cuaderno de pruebas); "ejemplar impreso del Decreto 130 de 2010", (fls. 84-93 del cuaderno de pruebas); "ejemplar impreso del Decreto 133 de 2010", (fls. 94-98 del cuaderno de pruebas); "ejemplar impreso de la Resolución 5061 de 1997 expedida por la Ministra de Salud", (fls. 99 y 100 del cuaderno de pruebas); "ejemplar impreso de la Resolución 2312 de 1998 expedida por la Ministra de Salud, (fls. 101 y 103 del cuaderno de pruebas); "ejemplar impreso de la Resolución 2948 de 2003 expedida por el Ministro de la Protección Social, (fls. 104 y 105 del cuaderno de pruebas); "ejemplar impreso de la Resolución 2949 de 2003 expedida por el Ministro de la Protección Social, (fls. 106-109 del cuaderno de pruebas); "ejemplar impreso de la Resolución 3797 de 2004 expedida por el Ministro de la Protección Social, (fls. 110 y 115 del cuaderno de pruebas); "ejemplar impreso de la Resolución 87 de 2004 expedida por el Ministro de la Protección Social", (fls. 116 y 117 del cuaderno de pruebas); "ejemplar impreso de la Resolución 2933 de 2006 expedida por el Viceministro técnico encargado de las funciones del despacho del Ministro de la Protección Social", (fls. 118 - 135 del cuaderno de pruebas); "ejemplar impreso de la Resolución 3099 de 2008 expedida por el Ministro de la Protección Social", (fls. 136 y 151 del cuaderno de pruebas); "ejemplar impreso de la Resolución 3754 de 2008 expedida por el Ministro de la Protección Social", (fls. 152-155 del cuaderno de pruebas); "ejemplar impreso de la Resolución 3977 de 2008 expedida por el Ministro de la Protección Social", (fls. 156-158 del cuaderno de pruebas); "ejemplar impreso de la Resolución 5332 de 2008 expedida por el Ministro de la Protección Social", (fls. 159-161 del cuaderno de pruebas); "ejemplar impreso de la Resolución 548 de 2010 expedida por el Ministro de la Protección Social", (fls. 162-175 del cuaderno de pruebas); "ejemplar impreso de la Resolución 44 de 2008 expedida por la Superintendencia Financiera", (fls. 161 y 162 del cuaderno de pruebas); "cuadro con información detallada sobre el daño causado a EPS Sanitas S.A., liquidados mensualmente para cada paquete", (fl. 178 del cuaderno de pruebas); "solicitud de conciliación extrajudicial radicada en la procuraduría 144 judicial II administrativa, el 5 de abril de 2010" (fls. 164-171 del cuaderno principal); "acta de imposibilidad de acuerdo conciliatorio expedida por el Procurador 144 judicial II administrativo, el 10 de mayo de 2010", (fls. 172-175); "certificado del interés bancario corriente para el periodo de tiempo reclamado, obtenida de la página web de la Superintendencia Financiera de Colombia (www.superfinanciera.gov.co)", (fls.176-180).

¹³ Folios 4-9 del cuaderno de pruebas.

¹⁴ Folios 10-162 del cuaderno de pruebas.

2.3. Análisis sustantivo

58. En consideración a los hechos probados y a los motivos de la apelación, la Sala deberá establecer si la sociedad demandante sufrió un daño antijurídico derivado del tiempo que transcurrió entre el pago que hizo a sus proveedores y el momento en el que recibió el respectivo reembolso por parte del Fosyga.

59. Precisamente, para el actor el daño antijurídico reclamado se había originado en el tiempo transcurrido entre el momento en que la EPS pagaba a sus proveedores el costo de los medicamentos, procedimientos y servicios médicos no incluidos en el POS cuando habían sido ordenados por fallos de tutela o dictámenes del CTC y el momento en el que se realizaba el respectivo reembolso, 2 meses después, habida consideración del proceso de cobro preestablecido. De esta manera, como lo señaló la propia demandante, la demanda no cuestionó el plazo de 2 meses fijado por las distintas resoluciones, *"sino el hecho de que durante dicho plazo no se reconozca el costo financiero sobre las sumas efectivamente pagadas por la EPS por concepto de recobros"*, lo que configuraría un supuesto daño especial, por la ruptura de la igualdad ante las cargas públicas.

60. En relación con el título de imputación que fue invocado por el recurrente, se recuerda que para que proceda una declaratoria de responsabilidad por daño especial, se debe demostrar la existencia de los elementos de especialidad y anormalidad, propios de este particular régimen, y que con ello se ha generado una ruptura del principio de igualdad ante las cargas públicas. Sobre los estos requisitos de procedencia del daño especial, esta Corporación ha considerado (se transcribe):

"ha sido elaborado a partir de la concepción de igualdad de las cargas públicas que pesan sobre los administrados; esto implica considerar i) que las cargas ordinarias o normales que se aplican

¹⁵Folio 163 del cuaderno de pruebas anexo CD tabla de Excel.

sobre todos los ciudadanos o sectores específicos de ellos deben ser asumidas como un sacrificio o carga ordinaria frente al Estado, pero ii) los sacrificios particulares a que se vea abocado un ciudadano a consecuencia de un acción lícita del Estado corresponde a una situación anormal que amerita ser compensada [...]"

61. En sentido similar se pronunció esta, en relación con el citado régimen de responsabilidad (se transcribe):

*"En síntesis, son imputables al Estado los daños sufridos por las víctimas cuando éstos excedan los sacrificios que se imponen a todas las personas y en su causación interviene una actividad estatal"*¹⁶.

62. Queda entonces claro que la acreditación de la anormalidad y de la especialidad de la carga impuesta es lo que permite la configuración de un daño especial potencialmente reparable.

63. En el caso en estudio se observa que la situación descrita por el actor no constituyó una carga de la que se pudiera predicar la existencia de un daño especial, habida consideración de que no se cumple con los requisitos de anormalidad y especialidad impuestos. Precisamente, como está acreditado en el expediente, la reglamentación contenida en los múltiples actos administrativos que han regido el procedimiento de recobro ante el Fosyga, no constituyen una medida que afecte, de manera anormal ni especial, a la sociedad demandante. En primera medida pues el requisito de especialidad no se configura para el caso bajo estudio, en particular porque todas las personas que pretendieran realizar el recobro de sus pagos estaban sometidas al mismo procedimiento. En segundo lugar, se echa de menos cualquier esfuerzo del actor por acreditar el carácter anormal del pretendido perjuicio.

64. Ahora bien, aunque no se esté realizando un juicio sobre el contenido de las Resoluciones que establecieron el procedimiento de recobro, es fácil advertir que su contenido normativo persigue un fin legítimo

¹⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 8 de agosto de 2002, Exp. 10952.

amparado por la Constitución, como es la defensa del patrimonio público, lo cual se logra, para el caso concreto, mediante la adopción de procedimientos administrativos que permitan verificar que los cobros con cargo al Fosyga correspondan a verdaderas deudas de la administración.

65. La propia Corte Constitucional ha reseñado que *"los recursos destinados a la seguridad social y a financiar la salud como recurso público a cargo del Estado, son limitados y deben manejarse razonablemente para beneficiar a la colectividad [además] la repetición se debe tramitar con base en el principio de celeridad, ya que la información debe estar computarizada, luego, si hay cruce de cuentas, éste no constituye razón para la demora, sino que, por el contrario, la acreencia debe cancelarse lo más rápido"*¹⁷.

66. Precisamente, en observancia del referido principio y de los principios de eficiencia y de oportunidad de que trata el artículo 1 del Decreto-Ley 1281 de 2002, es que el procedimiento administrativo reglamentado implica que se deban presentar las respectivas facturas y que, con posterioridad a su radicación, la administración realice la respectiva verificación en un plazo razonable, en el cual se debe, tal y como lo señaló la entidad demandada, realizar una revisión jurídica, médica, administrativa y financiera de los soportes, lo que hace que, del justificado plazo, no se pueda desprender la conformación de un daño especial, como lo sostuvo la sociedad demandante en su recurso. En el asunto bajo juicio no se configura un daño anormal, considerable, superior al que normalmente deben tolerar el resto de las personas, pues es evidente que dicha intervención se erige, si acaso, como una aligerada consecuencia necesaria, derivaba de la lógica misma del procedimiento que debe sobrellevar el titular del derecho.

67. Ahora bien, una vez descartada la configuración del pretendido daño especial en el caso concreto, se debe destacar que, en todo caso, el actor nunca probó cuál sería el perjuicio que supuestamente sufrió, ya que, si bien se señaló en la demanda que se pretendían los intereses *"para*

¹⁷ Corte Constitucional, Sentencia SU-480 de 1997.

el período comprendido entre el 1 de abril de 2008 y el 30 de junio de 2008, sin perjuicio de que se prueben otros daños en el transcurso del proceso [...] según se detalla en el anexo 6.25 de esta demanda", cuando se observa lo contenido en el anexo 6.25, se evidencia copia de un CD que contiene una tabla de Excel donde se relacionaron diversas facturas, que no se aportaron al proceso, su supuesta fecha de presentación y la fecha posible de pago, así como los intereses corrientes que habrían generado, intereses que, sumados desde el 4 de marzo de 2008 hasta el 15 de octubre de 2009, arrojan la suma que el actor señaló como los perjuicios materiales sufridos (estimados en \$2.173'367.916); no obstante, no solo no coinciden las fechas a las que hizo alusión el actor en su demanda para el periodo que señaló, sino que no se aportó prueba alguna de las facturas y sus pagos.

68. Las anteriores consideraciones son suficientes para rechazar la procedencia de un eventual daño especial que pudiera configurar una ruptura del principio de igualdad ante las cargas públicas en el caso en estudio, lo que llevará a la Sala a negar las pretensiones de la demanda.

2.4. Sobre la condena en costas

69. La Sala se abstendrá de condenar en costas pues no se configuran los supuestos del artículo 171 del Código Contencioso Administrativo requeridos.

3. DECISIÓN

70. En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: MODIFICAR la Sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 29 de junio de 2012 y, en su lugar,

SEGUNDO: NEGAR las pretensiones de la demanda.

TERCERO: sin condena en costas.

Por Secretaría, una vez de ejecutoriado este proveído, **DEVUÉLVASE** el expediente al Tribunal de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

MARTÍN BERMUDEZ MUÑOZ

RAMIRO PAZOS GUERRERO

ALBERTO MONTAÑA PLATA