

REPÚBLICA DE COLOMBIA



CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN TERCERA – SALA PLENA

Bogotá DC, veinte (20) de abril de dos mil veintitrés (2023)

Magistrado Ponente:	GUILLERMO SÁNCHEZ LUQUE
Expediente:	25000-23-26-000-2012-00291-01 (55.085)
Demandante:	ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD SANITAS SA
Demandado:	NACIÓN – MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL Y OTRO
Medio de control	REPARACIÓN DIRECTA
Asunto:	ACLARACIÓN DE VOTO

Comparto plenamente la decisión de la referencia que confirmó la sentencia de primera instancia la cual, a su vez, declaró la ineptitud sustantiva de la demanda por la indebida escogencia de la acción sobre la base de precisar que las glosas y los rechazos de los cobros de los servicios no incluidos en el POS constituyen verdaderos actos administrativos; sin embargo, considero relevante dejar consignadas expresamente las razones que expuse ante la Sala Plena de la Sección Tercera en la discusión de la ponencia inicial que fue derrotada, pues, permiten convalidar la tesis de la sentencia finalmente aprobada, esto es, que las decisiones que profería el entonces FOSYGA (y hoy en día la ADRES) son formal, material y sustancialmente actos administrativos, motivo por el cual su validez debe ser cuestionada a través del medio de control jurisdiccional de nulidad y restablecimiento del derecho.

1) En primer lugar, es necesario e importante tener presente el concepto de acto administrativo para diferenciarlo de otro tipo de actuaciones de la administración pública que carecen de control judicial ante la jurisdicción contencioso administrativa, en ese sentido el acto administrativo es un acto jurídico estatal producido en ejercicio de función administrativa que tiene por contenido una decisión consistente en crear, modificar o extinguir una determinada situación jurídica bien por parte de cualquiera de las Ramas del Poder Público, de los denominados órganos autónomos de poder e inclusive por los particulares por expresa autorización de la ley.

Lo anterior significa que como *acto jurídico estatal* el acto administrativo corresponde a una expresión de voluntad generalmente unilateral de la administración pública con efectos o

consecuencias en el mundo jurídico en tanto que su contenido y alcance es crear, modificar o extinguir *situaciones jurídicas* ya sean estas generales o particulares, entendiendo por tales la posición que tiene una persona o un conjunto de personas frente a una determinada norma o forma de derecho (v.g.r. contribuyente, propietario, estudiante, servidor público, investigado, sancionado, etc.) que pueden ser producidas por autoridades pertenecientes a cualquiera de las Ramas del Poder Público (ejecutiva, legislativa y judicial) o también por los denominados órganos autónomos de poder (ej. Banco de la República, Organización Nacional Electoral, Procuraduría General de la Nación, Contraloría General de la República) y aún por los particulares (v.g.r. los curadores urbanos, cámaras de comercio en la administración y manejo tanto del registro mercantil como del registro único de proponentes para fines de contratación estatal, etc.) en ejercicio legítimo de una precisa función estatal como lo es la denominada *función administrativa* que, es aquella potestad propia y exclusiva del Estado que se ejerce en el nivel sublegal del ordenamiento jurídico (sujeción a la Constitución y la ley), caracterizado su ejercicio por regla general por la presencia de un poder de instrucción de autoridades jerárquicamente superiores a otras que le son inferiores o subordinadas con excepción de las llamadas autoridades supremas (ej. Presidente de la República, gobernadores y alcaldes) por cuanto por orden natural de organización de las cosas respecto de ellas no existe un superior.

En ese sentido la doctrina¹ ofrece la siguiente definición:

“Acto administrativo en Colombia es toda declaración unilateral proferida en ejercicio de la función administrativa o que, a falta de esa función, el Constituyente o el legislador ha asignado su control a la jurisdicción contencioso administrativa, que produce efectos jurídicos directos o definitivos, generales o particulares”

2) Tanto la Sala Plena de la Corte Constitucional como la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia han sostenido, enfáticamente, que el origen del daño en este tipo de supuestos proviene de un acto administrativo proferido por el consorcio fiduciario que administra el Fosyga, tanto así que existe un procedimiento específicamente establecido para garantizar el recobro de esas sumas; en efecto, la Corte Constitucional concluyó²:

“En este punto es necesario precisar que el procedimiento de recobro constituye una garantía a favor de las EPS, con la finalidad de que estas puedan reclamar el reembolso de los servicios y tecnologías prestados en virtud de una orden judicial en el marco de una acción de

¹ Ver páginas 64 y 65 del texto “Manual del Acto Administrativo”, autor: Luis Enrique Berrocal Guerrero, séptima edición (2016), Bogotá, Colombia, Librería Ediciones del Profesional Ltda.

² Corte Constitucional, auto no. 389 de 22 de julio de 2021, MP Antonio José Lizarazo Ocampo.

tutela, o de una orden proferida por los comités técnicos científicos
(...)

*En ese orden, vale la pena anotar que en sentencia del 3 de abril de 2020³, la Sección Tercera del Consejo de Estado destacó que **el procedimiento de recobro persigue un fin legítimo amparado en la Constitución, esto es, la defensa del patrimonio público, el cual se logra ‘mediante la adopción de procedimientos administrativos que permitan verificar que los cobros con cargo al Fosyga [hoy a la Adres], correspondan a verdaderas deudas de la administración’.** Así las cosas, el procedimiento de recobro, señaló el alto tribunal, se caracteriza por ser un procedimiento administrativo reglamentado que involucra la presentación de las respectivas facturas.*

(...) La normativa descrita permite concluir que el recobro no es una simple presentación de facturas, sino que constituye un verdadero trámite administrativo que busca garantizar el propósito de la ADRES consistente en administrar las fuentes y el uso de los recursos que financian el Sistema General de Seguridad Social en Salud, bajo los principios de eficiencia, transparencia y calidad.

*Adicionalmente, es posible considerar que en el trámite descrito para la presentación, verificación y pago de las solicitudes de recobro, **la ADRES profiere actos administrativos que logran consolidar o negar la existencia de la obligación**” (negritas adicionales).*

Posteriormente, la misma Corte Constitucional en auto no. 791 del 15 de octubre de 2021 reiteró la tesis expuesta en los siguientes términos:

“Regla de decisión: Corresponde a la jurisdicción contencioso administrativa, el conocimiento de las controversias judiciales relacionadas con el pago de recobros por parte del Estado a las entidades promotoras de salud por prestaciones no incluidas en el extinto POS (hoy PBS), con fundamento en el inciso primero del artículo 104 de la Ley 1437 de 2011, por cuanto a través de estas se cuestiona por parte de una EPS un acto administrativo proferido por la ADRES. 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, en la medida en que no se relacionan, en estricto sentido, con la prestación de los servicios de la seguridad social. En cambio, se trata de litigios presentados exclusivamente entre entidades administradoras y relativos a la financiación de servicios ya prestados, que no afectan a afiliados, beneficiarios o usuarios, ni a empleadores” (se destaca).

En idéntico sentido, la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia sostuvo que la jurisdicción de lo contencioso administrativo es la competente para conocer de los litigios y controversias derivadas del no pago a las EPS de servicios no incluidos en el POS por expresa disposición

³ Consejo de Estado, Sección Tercera, expediente 45.650 MP Alberto Montaña Plata.

de la Ley 1437 de 2011, toda vez que el Fosyga al glosar, devolver o rechazar las solicitudes de recobro actúa en nombre y representación del Estado y, por lo tanto, su decisión constituye acto administrativo, al respecto puntualizó⁴:

*“Teniendo en cuenta lo anterior, la decisión de «glosar, devolver o rechazar» las solicitudes de recobro por servicios, medicamentos o tratamientos no incluidos en el Plan Obligatorio de Salud –NO POS-, en la medida que **el Fosyga la asume en nombre y representación del Estado, constituye acto administrativo, particular y concreto, cuya controversia ha de zanjarse en el marco de la competencia general de la jurisdicción de lo contencioso administrativa prevista en el artículo 104 de la Ley 1437 de 2011**” (se destaca).*

2) En esa misma dirección, el artículo 41 de la Ley 1122 de 2007 -modificado por la Ley 1138 de 2011 y el artículo 11 de la Ley 1608 de 2013- radicó en cabeza de la Superintendencia Nacional de Salud la facultad jurisdiccional, a prevención, para conocer los conflictos relacionados con los recobros derivados de la prestación de servicios NO POS, así:

*“ARTÍCULO 41. FUNCIÓN JURISDICCIONAL DE LA SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD. Con el fin de garantizar la efectiva prestación del derecho a la salud de los usuarios del Sistema General de Seguridad Social en Salud y en ejercicio del artículo 116 de la Constitución Política, la Superintendencia Nacional de Salud **podrá conocer y fallar en derecho, con carácter definitivo y con las facultades propias de un juez, en los siguientes asuntos:***

(...)

*f) **Conflictos derivados de las devoluciones o glosas a las facturas entre entidades del Sistema General de Seguridad Social en Salud;***

(...).” (Negritas y subrayado adicionales).

Por su parte, el artículo 73 de la Ley 1753 de 2015⁵ dispuso lo siguiente:

“ARTÍCULO 73. PROCESOS DE RECOBROS, RECLAMACIONES Y RECONOCIMIENTO Y GIRO DE RECURSOS DEL ASEGURAMIENTO EN SALUD. Los procesos de recobros, reclamaciones y reconocimiento y giro de recursos del aseguramiento en Salud que se surten ante el Fosyga o la entidad que asuma sus funciones se regirán por las siguientes reglas:

Tratándose de recobros y reclamaciones:

⁴ Corte Suprema de Justicia – Sala Plena, auto del 12 de abril de 2018, exp. APL1531, MP Luis Guillermo Salazar Otero.

⁵ Por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018 “Todos por un nuevo país”.

a. *El término para efectuar reclamaciones o recobros que deban atenderse con cargo a los recursos de las diferentes subcuentas del Fosyga será de tres (3) años a partir de la fecha de la prestación del servicio, de la entrega de la tecnología en salud o del egreso del paciente. Finalizado dicho plazo, sin haberse presentado la reclamación o recobro, prescribirá el derecho a recibir el pago y se extingue la obligación para el Fosyga.*

b. El término para la caducidad de la acción legal que corresponda, se contará a partir de la fecha de la última comunicación de glosa impuesta en los procesos ordinarios de radicación, por parte del Ministerio de Salud y Protección Social (MSPS) o quien este designe.” (Se destaca).

Esta competencia asignada a la Superintendencia de Salud refuerza el argumento según el cual las decisiones del Consorcio Fidufosyga 2005 y hoy en día de la ADRES son actos administrativos, puesto que se trata de una competencia a prevención para controvertir la legalidad de los actos administrativos proferidos en materia de recobros.

En efecto, no tendría mucho sentido que el legislador le hubiera entregado una competencia a prevención a la Superintendencia de Salud para adelantar un proceso de reparación directa; por el contrario, tiene toda lógica que la superintendencia y la jurisdicción de lo contencioso administrativo puedan conocer de la legalidad de esos actos administrativos a través de procesos jurisdiccionales de nulidad y restablecimiento del derecho.

3) Hoy en día el procedimiento administrativo de recobro está expresamente contenido en la Resolución 1885 del 10 de mayo de 2018 proferida por el Ministerio de Salud y Protección Social.

En este acto administrativo se indica que el recobro es una solicitud presentada por una entidad recobrante ante la ADRES (Administradora de Recursos del Sistema de Seguridad Social en Salud) (artículo 1.13), es decir, el recobro inicia como una petición artículo 23 CP.

El mismo acto administrativo regula los documentos y requisitos que debe contener la petición o solicitud de recobro (artículos 35 y siguientes).

Posteriormente, se reglamenta el procedimiento administrativo de “*verificación, control, reconocimiento y pago de las tecnologías en salud no financiadas con recursos de la UPC*” (artículos 42 y siguientes). En este acápite se indica que el procedimiento contiene 5 etapas: *i) pre-radicación, ii) radicación, iii) pre-auditoría, iv) auditoría integral y, v) pago.*

Antes la normativa aplicable era la contenida en la Resolución 3099 de 19 de agosto de 2008 proferida también por el Ministerio de Salud y Protección Social que establecía el procedimiento administrativo de recobro.

En los artículos 9 y 10 de esa resolución se indicaban los requisitos generales y especiales para la presentación de las solicitudes de recobro, respectivamente.

El artículo 12 preveía el término para la radicación de las solicitudes de recobro.

El artículo 13 determinaba el término para estudiar la procedencia y el pago de las solicitudes de recobro y el artículo 15 establecía las causales de rechazo.

En ese orden de ideas, tanto la normativa anterior como la actual consagran un procedimiento administrativo para la decisión de las peticiones de recobro, de allí que la decisión final luego de agotado ese procedimiento administrativo no sea otra que un acto administrativo que le pone fin a la actuación.

4) No es necesario que la ley o el reglamento hubieran catalogado la decisión de la glosa como acto administrativo, pues, finalmente el acto administrativo está determinado por la manifestación unilateral de la voluntad de la administración directamente encaminada a producir, modificar o extinguir una situación jurídica, tal como ocurre en este tipo de supuestos.

No se puede pretender que la ley en cada caso concreto denomine qué actos jurídicos son o no actos administrativos lo cual reduciría la tesis del acto administrativo a un absurdo porque el legislador tendría que intervenir en todos los eventos para definir si una entidad profiere o no actos administrativos y en qué eventos lo haría.

Queda claro que en este tipos de casos el Consorcio Fidufosyga actúa en representación del *“Fondo de Solidaridad y Garantía, Fosyga”*, que es una cuenta adscrita al Ministerio de Salud manejada por encargo fiduciario, sin personería jurídica ni planta de personal propia (artículo 1º del Decreto 1283 de 1996, compilado en el Decreto 780 de 2016), por manera que en los términos del numeral 4 del artículo 1234 del Código de Comercio que preceptúa: *“Son deberes indelegables del fiduciario, además de los previstos en el acto constitutivo, los siguientes: // (...) 4) Llevar la personería para la protección y defensa de los bienes fideicomitidos contra actos de terceros, del beneficiario y aún del mismo constituyente”*,

queda claro que el Consorcio Fidufosyga 2005 actuaba en nombre y representación del Fosyga y, por lo tanto, era quien en su nombre y representación tenía que adelantar el procedimiento administrativo de recobro para determinar si era procedente el reconocimiento o, por el contrario, si debía glosarse o rechazarse la solicitud, decisión que no cabe duda de que es un acto administrativo en tanto pone fin a una actuación o procedimiento administrativo, tal como ocurre con el FOMAG, pues, una fiduciaria lleva a cabo su representación y vocería.

Ahora bien, hoy en día se refuerza aún más la tesis de que este tipo de decisiones constituyen actos administrativos, toda vez que el artículo 66 de la Ley 1753 de 2015 (Plan Nacional de Desarrollo) creó la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud (ADRES) como una *“entidad de naturaleza especial del nivel descentralizado del orden nacional asimilada a una empresa industrial y comercial del Estado (...) adscrita al Ministerio de Salud y Protección Social (MSPS), con personería jurídica, autonomía administrativa y financiera y patrimonio independiente cuyo objeto consiste en administrar los recursos que hacen parte del Fondo de Solidaridad y Garantías (Fosyga) (...)”*.

5) Lo cierto es que antes con el Consorcio Fidufosyga 2005 y hoy en día con la ADRES, no cabe duda que las decisiones adoptadas en materia de recobros constituyen verdaderos actos administrativos debido a que son manifestaciones unilaterales de la voluntad proferidas por entidades públicas o por unas fiduciarias en representación del Estado con miras a definir una situación jurídica, esto es, la procedencia del reconocimiento de unos pagos por la prestación de servicios no incluidos en el POS (plan obligatorio de salud) o en el PBS (plan básico de salud) en virtud de decisiones judiciales proferidas en acciones de tutela o por conclusiones de los comités técnico-científicos.

FREDY IBARRA MARTÍNEZ
Magistrado
(Firmado electrónicamente)

La presente aclaración fue firmada electrónicamente por el suscrito magistrado en la plataforma SAMAI, en consecuencia, se garantiza la autenticidad, integridad, conservación y posterior consulta de conformidad con el artículo 186 de CPACA.