

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

Bogotá DC, catorce (14) de julio de dos mil veintitrés (2023).

Magistrado ponente: FREDY IBARRA MARTÍNEZ
Expediente: 25000-23-26-000-2012-00835-01 (53.300)
Demandante: EPS SANITAS SA
Demandado: CONSORCIO FIDUFOSYGA 2005 Y OTROS
Medio de control: REPARACIÓN DIRECTA – CCA
Asunto: APELACIÓN DE SENTENCIA – INDEBIDA ESCOGENCIA DE LA ACCIÓN

Síntesis del caso: la parte demandante solicita que la Nación – Ministerio de la Protección Social y los integrantes del Consorcio Fidufosyga 2005 sean declarados patrimonialmente responsables y condenados a pagar los daños que le fueron ocasionados por el no pago total de medicamentos y servicios no incluidos en el Plan Obligatorio de Salud POS, los cuales prestó en cumplimiento de sentencias de tutela y decisiones del Comité Técnico Científico. La Sala confirmará la sentencia de primera instancia que declaró probada la excepción de “ineptitud sustantiva de la demanda por indebida escogencia de la acción”.

Temas: recobro de prestaciones y servicios no incluidas en el Plan Obligatorio de Salud (hoy Plan Básico de Salud) – el rechazo del cobro configura un acto administrativo / Indebida escogencia de la acción de reparación directa – la acción de nulidad y restablecimiento del derecho procede, por regla, para reparar daños provenientes de actos administrativos.

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante (fls. 404 a 412 cdno. de apelación) en contra de la sentencia proferida el 23 de octubre de 2014 por la Subsección C de la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca (fls. 394 a 401 cdno. de apelación) mediante la cual se dispuso lo siguiente:

“PRIMERO: DECLARAR la indebida escogencia del medio de control.

SEGUNDO: Reconocer personería a la abogada CLAUDIA CAROLINA CASTRO RUBIO, identificada con cédula de ciudadanía No. 53.036.634 y tarjeta profesional No. 209072 del Consejo Superior de la Judicatura, como apoderada del MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL conforme al poder visible a folio 385 del cuaderno principal al tenor de los artículos 64 y 67 del Código de Procedimiento Civil

TERCERO: Sin condena en costas.

CUARTO: Ejecutoriada la presente providencia, por Secretaría líquidense los gastos del proceso y devuélvanse los remanentes al interesado. Pasados 2 años sin que hubieran sido reclamados dichos

Expediente: 25000-23-26-000-2012-00835-01 (53.300)

Actor: EPS Sanitas SA
Reparación directa – CCA
Apelación de sentencia

remanentes, se considerarán prescritos en favor de la Rama Judicial" (fl. 401 cdno. de apelación – mayúsculas sostenidas y negrillas del original).

I. ANTECEDENTES

1. La demanda

Mediante escrito radicado el 18 de mayo de 2012, la Empresa Promotora de Salud Sanitas SA, por intermedio de apoderado judicial, presentó demanda de reparación directa en contra de la Nación – Ministerio de Salud y Protección Social y de las sociedades integrantes del Consorcio Fidufosyga 2005, a saber: Fiduciaria Bancolombia SA, Fiduprevisora SA, Fiduciaria Cafetera SA, Fiduciaria de Occidente SA, Fiduciaria Bogotá SA, Fiduciaria Popular SA, Fiduciaria Colombiana de Comercio Exterior SA y Sociedad Fiduciaria de Desarrollo Agropecuario SA (fls. 2 a 31 cdno. ppal. no. 1) para que se acceda a las siguientes pretensiones:

“Primera- Que se declare administrativa, extracontractual y solidariamente responsables a la **Nación - Ministerio de Salud y Protección Social** y las sociedades fiduciarias que integran el denominado **Consorcio Fidufosyga 2005**, Fiduciaria Bancolombia S.A., Fiduprevisora S.A., Fiduciaria Cafetera S.A., Fiduciaria de Occidente S.A.- Fiduoccidente, Fiduciaria Bogotá S.A., Fiduciaria Popular S.A.- Fiduciar, Fiduciaria Colombiana de Comercio Exterior S.A., Fiduciaria de Desarrollo Agropecuario S.A. - Fiduagraria, por los perjuicios materiales causados a **E.P.S. Sanitas**, con ocasión de la falta de reconocimiento y pago por concepto del suministro de las **terapias ABA**, No incluidas en el Plan Obligatorio de Salud, POS, Y, por consiguiente, **NO** costeadas por las Unidades de Pago por Capitación, UPC, que el **Sistema General de Seguridad Social en Salud** le reconoce mensualmente por cada afiliado y beneficiario, de manera que están a cargo de la **Subcuenta de Compensación del Fosyga**, y las cuales fueron efectivamente cubiertas por EPS Sanitas a favor de afiliados y beneficiarios suyos, de tiempo atrás.

Segunda- Que como consecuencia de la declaración anterior, se condene a la **Nación - Ministerio de Salud y Protección Social** y las sociedades fiduciarias que integran el denominado Consorcio Fidufosyga. 2005, Fiduciaria Bancolombia S.A, Fiduprevisora Fiduciaria Cafetera S.A., Fiduciaria de Occidente S.A.- Fiduoccidente, Fiduciaria Bogotá S.A, Fiduciaria Popular S.A - Fiduciar, Fiduciaria Colombiana de Comercio Exterior S.A., Fiduciaria de Desarrollo Agropecuario S.A. - Fiduagraria, a cancelar a la demandante por concepto de perjuicios materiales, las siguientes cifras:

2.1 Daño Emergente:

2.1.1. La suma de **SETECIENTOS SETENTA MILLONES CIENTO DIECIOCHO MIL DOSCIENTOS DIEZ PESOS (\$770.118.210)**, cancelados por **EPS SANITAS** a diferentes Instituciones Prestadoras de

Servicios - IPS del país, correspondiente a la provisión efectiva de **Terapias ABA**, **NO** incluidas en el Plan Obligatorio de Salud, Pos, y, por consiguiente, **NO** costeadas por las Unidades de Pago por Capitación, UPC, que el **Sistema General de Seguridad Social en Salud** le reconoce mensualmente por cada **afiliado y beneficiario**, de manera que están a cargo de la **Subcuenta de Compensación del Fosyga**, y las cuales fueron efectivamente cubiertas por **EPS Sanitas** en favor de afiliados y beneficiarios suyos.

2.1.2. La suma de **SETENTA Y SIETE MILLONES ONCE MIL OCHOCIENTOS VEINTIÚN PESOS (\$ 77.011.821)**, por concepto de los **gastos administrativos** inherentes a la gestión y manejo de las prestaciones excluidas del POS objeto de la presente demanda, efectivamente suministradas a sus usuarios, monto que equivale al diez por ciento (10%) del valor de las mismas, aplicando por analogía el porcentaje del gasto administrativo admitido para las Administradoras de Riesgos Profesionales - ARP, o la suma que resulte probada en el trámite del proceso.

2.2. Lucro Cesante:

2.2.1 **Consolidado:** La suma de **TRECIENTOS SESENTA Y TRES MILLONES CIENTO DIECIOCHO MIL SEISCIENTOS DIEZ PESOS (\$363.118.610)**, a título de **intereses**, a favor de **EPS Sanitas**, sobre el monto de que trata la pretensión 2.1.1., liquidados entre la fecha de exigibilidad del respectivo concepto de recobro hasta el **17 de mayo de 2012**, a la tasa máxima de interés moratorio establecida para los tributos administrados por la DIAN, conforme al artículo 4 del Decreto Ley 1281 de 2002, según liquidación que se adjunta.

Tercera- Que se declare y ordene que la condena a que se refiere la pretensión 2.1. se le aplique la indexación y/o corrección monetaria, conforme a los criterios señalados por la jurisdicción contenciosa administrativa, desde el momento en que debieron sufragarse y hasta que se efectúe el pago total de la obligación.

Cuarta- Que se condene a las demandadas al pago de costas y agencias en derecho que se ocasionaren con motivo de la presentación de esta demanda.

Quinta- Las condenas impuestas deberán cumplirse en las condiciones y términos a que se refiere el artículo 16 de la Ley 446 de 1998, y los artículos 176, 177 y 178 del Código Contencioso Administrativo, so pena que vencidos los términos de ley se paguen intereses moratorios, de conformidad con la certificación que para el efecto expide la Superintendencia Bancaria.” (fls. 4 a 5 cdno. no. 1 – negrillas y mayúsculas sostenidas del original).

2. Hechos

Como fundamento fáctico las pretensiones la parte actora expuso en el escrito contentivo de la demanda, en síntesis, lo siguiente:

1) Si bien la Ley 100 de 1993 definió un esquema de coberturas explícitas o de planes de servicios taxativamente incorporados en el Plan Obligatorio de Salud (POS) de acuerdo a la Unidad de Pago por Capitación (UPC) fijada cada año, el presupuesto que regía el sistema varió por razón de los fallos proferidos por la Corte Constitucional, así como también de la expedición de varios actos administrativos proferidos por autoridades públicas, situación que obligó a las Entidades Promotoras de Salud a incurrir en costos adicionales por la atención de afiliados y beneficiarios a su cargo por concepto de prestaciones medico asistenciales o medicamentos no financiados con recursos de la Unidad de Pago por Capitación.

2) La Empresa Promotora de Salud Sanitas SA asumió el valor de la prestación del servicio médico denominado “*terapias ABA*” en cumplimiento de lo ordenado en distintos fallos de tutela y de las decisiones expedidas por los Comités Técnico Científicos, servicio que no se encontraba dentro de aquellos incluidos en el Plan Obligatorio de Salud.

3) En ese contexto, la Empresa Promotora de Salud Sanitas SA radicó ante el Consorcio Fidufosyga varias solicitudes de recobro por concepto de la prestación del servicio ya referido durante el periodo comprendido entre octubre de 2006 y diciembre de 2010, sin embargo, estas fueron glosadas y devueltas por considerar que la prestación del servicio médico denominado “*terapias ABA*” estaba incluido en el Plan Obligatorio de Salud y era remunerado a través de la Unidad de Pago por Capitación.

4) Por lo anterior, la sociedad EPS Sanitas SA elaboró nuevamente las peticiones de recobro mediante el formato dispuesto para presentar las objeciones a las glosas o resultados de auditoría, no obstante, varias de estas solicitudes fueron negadas definitivamente mediante los oficios números MYT-1242-10-CD 20122 del 12 de mayo de 2010, MYT—2354-10 CD 21910 del 26 de agosto de 2010, MYT-2597-10 CD 22632 del 1° de octubre de 2010, MYT – 3090-10 CD 23750 del 17 de diciembre de 2010, MYT-3123-10 CD 23783 del 17 de diciembre de 2010 y GRC-MYT-199-12 del 13 de enero de 2012 por las mismas razones que fueron negadas inicialmente, por lo cual el valor glosado se estimó en setecientos setenta millones ciento dieciocho mil doscientos diez millones de pesos (\$770.118.210).

5) Para la fecha de presentación de la demanda la sociedad EPS Sanitas SA no ha logrado recuperar por la vía administrativa las erogaciones en que incurrió para cumplir con las órdenes de tutela y las autorizaciones expedidas por los Comités Técnico Científicos.

3. Contestación de la demanda

1) El Tribunal Administrativo de Cundinamarca admitió la demanda mediante auto de 20 de noviembre de 2012 (fls. 36 a 37 cdno. no. 1) y ordenó su notificación a las entidades demandadas, lo cual acaeció entre los días 26 y 30 de abril de 2013 (fls. 39 a 49 cdno. no. 1).

2) El 4 de junio de 2013, la Nación – Ministerio de Salud y Protección Social (fls. 1 a 51 cdno. no. 2) se opuso a las pretensiones de la demanda con base en el siguiente razonamiento:

a) Para este caso concreto existe una indebida escogencia de la acción por razón de que el presunto daño sufrido por la sociedad EPS Sanitas SA tiene como fuente un acto administrativo y, por ende, la acción a ejercer era la de nulidad y restablecimiento del derecho.

b) Operó la caducidad de la acción de reparación directa, porque el término para interponer la demanda debe contabilizarse a partir del momento en el cual se asume que la sociedad demandante tiene conocimiento del daño, esto es, del no pago de los recobros solicitados.

c) No existe daño antijurídico porque los medicamentos cuyo pago se pretende se encuentran incluidos dentro del Plan Obligatorio de Salud y, por ende, fueron pagados a la EPS.

d) No existe obligación de pagar unas cuentas cuando estas no cumplen con la totalidad de los requisitos exigidos por las normas que regulan el trámite de los recobros ante el Fosyga, más aún cuando lo que se recobra ya fue pagado a la Entidad Promotora de Salud demandante a través de la Unidad de Pago por Capitación.

Expediente: 25000-23-26-000-2012-00835-01 (53.300)

Actor: EPS Sanitas SA
Reparación directa – CCA
Apelación de sentencia

e) Existe culpa exclusiva de quien alega sufrir el daño porque el no pago de los recobros solicitados obedece al incumplimiento de los requisitos establecidos para tal efecto.

f) Hay un cobro de lo no debido, por el hecho de que las “*terapias ABA*” se encuentran contempladas en el Plan Obligatorio de Salud.

3) A su turno, el 5 de junio de 2013 las sociedades integrantes del Consorcio Fidufosyga 2005 contestaron la demanda en los siguientes términos (fls. 1 a 51 cdno. no. 2):

a) El término para presentar la acción de reparación directa debe contabilizarse desde el momento en que la sociedad demandante conoció de las glosas a sus reclamaciones primigenias, pues, desde allí era “*clara la postura del administrador fiduciario (...) de no acceder, directamente, a los recobros impetrados*” (fl. 13 cdno. ppal. no. 2); en ese contexto, el término de dos (2) años para formular la acción de reparación directa feneció el 17 de diciembre de 2010, mientras que la demanda fue presentada el 18 de mayo de 2012, motivo por el cual operó la caducidad de la acción.

b) Existe falta de legitimación en la causa, por pasiva porque no es posible decretar obligación alguna a cargo de las sociedades integrantes del Consorcio Fidufosyga 2005 toda vez que *i)* estas sociedades no son las titulares de los recursos del Fosyga y, *ii)* la decisión de proceder al pago de los recursos reclamados no compete al Consorcio Fidufosyga 2005 porque no es deudor de la demandante y, en consecuencia, no está obligada al pago de las sumas de dinero pretendidas.

c) El Consorcio cumplió con la normatividad aplicable a su actividad de auditoría para rechazar los recobros a él presentados, esto es, lo dispuesto en el artículo 156 de la Ley 100 de 1993, así como también lo dispuesto en las Resoluciones números 5261 de 1994, 3099 de 2008, 3454 de 2008 y 548 de 2010 expedidas por el Ministerio de la Protección Social.

d) No es posible aplicar el título de imputación de daño especial por razón de que en ningún momento la sociedad demandante ha asumido una carga mayor a la que por virtud del principio de igualdad le correspondía, porque contaba con los recursos

necesarios para cubrir los procedimientos incluidos en el Plan Obligatorio de Salud por virtud del giro oportuno de las Unidades de Pago por Capitalización.

e) No existe un enriquecimiento sin causa en cabeza de la sociedad EPS Sanitas SA, pues, *i)* los pagos realizados por esta tienen causa jurídica y, *ii)* el Estado no ha incrementado su haber patrimonial en tanto giró las Unidades de Pago por Capitalización para que la sociedad demandante cumpliera con sus obligaciones.

f) Si se considera que las prestaciones no están incluidas dentro del Plan Obligatorio de Salud, la demandante debe asumir la mitad de los recobros de conformidad con lo establecido en el literal j) del artículo 14 de la Ley 1222 de 2007 y lo señalado por la Corte Constitucional en sentencia C-463 de 2008.

4. Alegatos de conclusión de primera instancia

1) Vencido el período probatorio dispuesto en providencia de 27 de agosto de 2013 (fls. 80 a 83 cdno. no. 1), el tribunal de primera instancia, por auto de 19 de agosto de 2014, corrió traslado a las partes para presentar alegatos de conclusión y al Ministerio Público para que rindiera concepto (fl. 299 cdno. no. 1).

2) La parte actora reiteró los hechos y argumentos planteados en el escrito de la demanda y se opuso a los argumentos expuestos en la contestación a la demanda, además, señaló que *"para las terapias ABA, la fecha en que se presentaron los servicios en mención, el ente accionado no había efectuado los estudios pertinentes tendientes a establecer la inclusión de estas terapias en el POS y aun a la fecha se discute la comprobación científica de esta metodología y sus resultados son de reciente data, algunos aun controvierten su eficacia"*. (fls. 357 a 360 cdno. no. 1).

3) La Nación – Ministerio de Salud y Protección Social, así como los integrantes del Consorcio Fidufosyga 2005 reiteraron los argumentos expuestos en el escrito de contestación de la demanda (fls. 300 a 356 cdno. no. 1).

4) El Ministerio Público emitió concepto y señaló que debe accederse a las pretensiones de la demanda por cuanto existió una conducta omisiva en cabeza del Ministerio de Salud y Protección Social, por el hecho de no haberse realizado los pagos correspondientes a los servicios prestados (fls. 362 a 380 cdno. no. 1).

5. La sentencia de primera instancia

El 23 de octubre de 2014, la Subsección C de la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca profirió la sentencia impugnada mediante la cual se declaró la “*indebida escogencia de la acción de reparación directa*” (fls. 394 a 401 cdno. de apelación) con sustento en las siguientes consideraciones:

1) Mediante los oficios números MYT-1242-10-CD 20122 del 12 de mayo de 2010, MYT—2354-10 CD 21910 del 26 de agosto de 2010, MYT-2597-10 CD 22632 del 1° de octubre de 2010, MYT—3090-10 CD 23750 del 17 de diciembre de 2010 y MYT-3123-10 CD 23783 del 17 de diciembre de 2010, el Consorcio Fidufosyga 2005 negó definitivamente 207 solicitudes de recobro formuladas por la Empresa Promotora de Salud Sanitas SA por considerar que los servicios reclamados estaban incluidos en el Plan Obligatorio de Salud y, por ende, fueron remunerados a través de la Unidad de Pago por Capitación.

2) La decisión de rechazar los recobros constituye un acto administrativo resolutorio por razón de que con ella se resuelven de fondo las peticiones elevadas por la Empresa Promotora de Salud Sanitas EPS y finaliza el procedimiento administrativo regulado en la Resolución número 3099 de 2008¹.

3) Como lo pretendido por la Empresa Promotora de Salud Sanitas EPS es obtener el pago de las sumas de dinero que le fueron negadas en el procedimiento administrativo ya referido, lo correcto era demandar la nulidad del acto administrativo que finalmente negó el pago de los recobros correspondientes y el restablecimiento del derecho por el desequilibrio financiero ocasionado por su no reconocimiento y pago.

4) El ejercicio de las acciones no está al arbitrio de quien la ejerce, pues, ello debe estar en consonancia con los hechos y pretensiones de la demanda, de modo que si ello no se cumple la demanda es sustancialmente inepta y por ser inadecuada la acción, debe decretarse una indebida escogencia de la misma.

¹ 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*”.

5) No es posible adecuar la acción de reparación directa a la de nulidad y restablecimiento del derecho porque ya operó la caducidad de esta última por haber transcurrido más de cuatro (4) meses entre la notificación de los oficios números MYT-1242-10-CD 20122 del 12 de mayo de 2010, MYT-2354-10 CD 21910 del 26 de agosto de 2010, MYT-2597-10 CD 22632 del 1° de octubre de 2010, MYT-3090-10 CD 23750 del 17 de diciembre de 2010, MYT-3123-10 CD 23783 del 17 de diciembre de 2010 y la fecha de formulación de la demanda, esto es, el 18 de mayo de 2012.

6. El recurso de apelación

Inconforme con la decisión, la parte actora interpuso recurso de apelación el cual fue concedido mediante auto de 27 de enero de 2015 (fl. 414 cdno. de apelación) y admitido por esta Corporación en providencia del 13 de marzo del mismo año (fl. 418 cdno. de apelación).

Los fundamentos del recurso de alzada (fls. 404 a 412 cdno. ppal. no. 2) son, en síntesis, los siguientes:

1) Las glosas a las cuentas y las contestaciones a las objeciones no son actos administrativos, pues, carecen de los elementos esenciales para su configuración porque *i)* el administrador del Fosyga es un contratista particular que carece de competencia para proferir actos administrativos, *ii)* el acto carece de motivación por cuanto no tiene sustento técnico y, *iii)* las comunicaciones del Consorcio Fidufosyga 2005 constituyen únicamente actos de trámite y, por ende, no son pasibles de control jurisdiccional.

2) Las resoluciones que regulan el trámite del recobro no son objeto de demanda ni se reclama su ilegalidad.

3) El no pago o reembolso a la demandante constituye una operación administrativa cuya reparación se debe ventilar a través de la acción de reparación directa.

4) La Empresa Prestadora de Servicios de Salud Sanitas SA asumió cargas económicas y financieras injustificadas al asumir el pago de servicios prestados en

cumplimiento de fallos de tutela o de autorizaciones impartidas por el Comité Técnico Científico no incluidos en el Plan Obligatorio de Salud

5) La posición adoptada por el *a quo* desconoce el precedente horizontal en punto de las decisiones proferidas por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

7. Actuación surtida en segunda instancia

1) Por auto del 5 de octubre de 2018 se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión por el término común de diez (10) días y, por el mismo lapso, al Ministerio Público para que emitiera concepto (fl. 420 cdno. de apelación).

2) La parte actora reiteró los hechos y argumentos planteados en el recurso de apelación (fls. 462 a 466 cdno. de apelación).

3) Los integrantes del Consorcio Fidufosyga 2005 así como también la Nación – Ministerio de Salud y Protección Social reiteraron integralmente los argumentos expuestos en la contestación a la demanda (fls. 421 a 461 cdno. de apelación).

4) El Ministerio Público solicitó confirmar la sentencia de primera instancia, por existir indebida escogencia de la acción (fls. 483 a 490 cdno. de apelación).

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

Cumplidos los trámites propios del proceso, sin que exista causal alguna de nulidad que invalide lo actuado, la Sala resuelve el asunto sometido a consideración con el siguiente derrotero: 1) objeto de la controversia y anuncio de la decisión, 2) improcedencia de la acción de reparación directa y, 3) condena en costas.

1. Objeto de la controversia y anuncio de la decisión

Corresponde a la Sala determinar si en este caso la parte demandada es patrimonialmente responsable de los perjuicios causados a Sanitas EPS por el no pago de los “recobros” que en su momento presentó por concepto de suministro de medicamentos y servicios médicos no incluidos en el POS, los cuales suministró en cumplimiento de fallos de tutela y decisiones del Comité Técnico Científico.

La Subsección C de la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca declaró probada la excepción de “*ineptitud sustantiva de la demanda por indebida escogencia de la acción*” por razón de que la fuente del daño reclamado son actos administrativos y, por ende, debió formularse la demanda en ejercicio del medio de control jurisdiccional de nulidad y restablecimiento del derecho

Esta Subsección confirmará la sentencia apelada porque, para este caso concreto, la fuente del supuesto daño cuya reparación pretende la sociedad demandante son unos actos administrativos, por lo cual le correspondía atacar su legalidad mediante la acción de nulidad y restablecimiento del derecho.

2. Improcedencia de la acción de reparación directa

1) En este caso particular, la fuente del daño cuya reparación reclama la parte demandante son las glosas mediante las cuales se rechazaron los recobros de los servicios no incluidos en el POS las cuales constituyen verdaderos actos administrativos, motivo por el cual su validez debe ser cuestionada a través del medio de control jurisdiccional de nulidad y restablecimiento del derecho.

2) 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.

3) 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

Expediente: 25000-23-26-000-2012-00835-01 (53.300)

Actor: EPS Sanitas SA
Reparación directa – CCA
Apelación de sentencia

persona o un conjunto de personas frente a una determinada norma o forma de derecho (vgr 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 (vgr los curadores urbanos, las cámaras de comercio en la administración y manejo tanto del registro mercantil como del registro único de proponentes para fines de contratación, 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.

4) En efecto, tanto la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia² como la Corte Constitucional³ en diversas providencias han sostenido, enfáticamente, que el origen del daño -en aquellos supuestos en los que se pretende la reclamación de los servicios de salud no contemplados en POS y que se rechazan en glosas- proviene de un acto administrativo proferido por el consorcio fiduciario que

² La Corte Suprema de Justicia – Sala Plena por auto del 12 de abril de 2018, expediente APL1531, MP Luis Guillermo Salazar Otero, puntualizó que “*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*”

³ Mediante auto no. 791 del 15 de octubre de 2021 dictado en el expediente CJU-432, MP Gloria Stella Ortiz Delgado, la Corte Constitucional expresó que “*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*”

administra el Fosyga, el cual se produce luego de agotarse un procedimiento específicamente establecido para garantizar el recobro de esas sumas⁴.

5) Se pone de presente que no es necesario que la ley o el reglamento hubieran catalogado la decisión de la glosa como acto administrativo, pues, finalmente el mismo 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 el caso de la referencia, en el que el Consorcio Fidufosyga actuó 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 1 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 o, en el evento de los pagos tardíos de los recobros proceder o no al reconocimiento de los intereses moratorios, decisión que no cabe duda de que es un acto administrativo en tanto pone fin a una actuación o procedimiento administrativo.

⁴ La Corte Constitucional en auto no. 389 de 22 de julio de 2021, MP Antonio José Lizarazo Ocampo, dictado dentro del expediente CJU-072 por el cual se resolvió un conflicto de competencias, concluyó “*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 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 2020, 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*”.

Expediente: 25000-23-26-000-2012-00835-01 (53.300)

Actor: EPS Sanitas SA
Reparación directa – CCA
Apelación de sentencia

6) Lo antedicho justamente fue analizado por la Sala Plena de la Sección Tercera en reciente sentencia de unificación de jurisprudencia, en la que se determinó que 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 y no la de reparación directa, en los siguientes términos:

“11. 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 fallo⁵ (se destaca).

7) Para este caso concreto, se advierte que el Consorcio Fidufosyga 2005 al glosar, devolver o rechazar las solicitudes de recobro presentadas por EPS Sanitas actuó en nombre y representación del Estado y, por lo tanto, su decisión, constituye un verdadero acto administrativo, huelga decir, profirió distintas manifestaciones unilaterales de la voluntad 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 Plan Obligatorio de Salud y autorizados en virtud de decisiones judiciales proferidas en acciones de tutela o por conclusiones de los comités técnico-científicos, razón por la que estas decisiones constituyen típicos actos administrativos.

8) En este contexto, no es necesario que la ley o el reglamento hubieran catalogado la decisión de glosar determinadas cuentas como un acto administrativo, pues, materialmente tales decisiones son manifestaciones unilaterales de la voluntad de

⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 20 de abril de 2023, expediente 55.085, CP Guillermo Sánchez Luque. En relación con esta providencia, los magistrados Fredy Ibarra Martínez y Alberto Montaña Plata aclararon su voto.

la administración directamente encaminadas a producir, modificar o extinguir una situación jurídica.

9) En las circunstancias antes anotadas, es claro que la fuente del supuesto daño cuya indemnización se reclama con la demanda deviene de las decisiones (glosas) que rechazaron el pago de los recobros presentados por EPS Sanitas, de manera que la acción de reparación directa no es la idónea para discutir la legalidad de las mismas ya que, se está frente a un acto administrativo que debió atacarse mediante la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, dado que se trata de una decisión administrativa que, por mandato legal, está amparada por una presunción de legalidad y que por tanto es de obligatorio cumplimiento mientras no sea de objeto de suspensión provisional o cuando menos de anulación por parte del juez competente, lo cual no acontece en el presente asunto.

10) En consecuencia, desde el punto de vista material, la acción que debió interponerse era la de nulidad y de restablecimiento del derecho, razón por la cual la Sala encuentra que hubo una indebida escogencia de la acción, situación que torna improcedente un pronunciamiento de fondo por cuanto la adecuada escogencia de la acción constituye presupuesto de la sentencia de mérito, tal como lo ha sostenido esta Sección del Consejo de Estado⁶, coadyuvado por el hecho de que las normas procesales son de orden público y por lo tanto de perentorio cumplimiento según lo dispuesto expresamente en el artículo 13 del CGP.

3. Condena en costas

El artículo 55 de la Ley 446 de 1998 –que modificó el artículo 170 del CCA– determina que solo habrá lugar a la imposición de costas cuando alguna de las partes haya actuado con temeridad o mala fe dentro del proceso. En este caso concreto no habrá lugar a la imposición de costas y agencias en derecho toda vez que las partes no obraron de esa forma.

En mérito de lo expuesto, el **CONSEJO DE ESTADO, EN SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA – SUBSECCIÓN B,**

⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 28 de abril de 2010, expediente 17.811, CP Mauricio Fajardo Gómez // Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 23 de noviembre de 2022, expediente 57.906, CP Fredy Ibarra Martínez.

Expediente: 25000-23-26-000-2012-00835-01 (53.300)

Actor: EPS Sanitas SA
Reparación directa – CCA
Apelación de sentencia

administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

F A L L A :

1°) Confírmase la sentencia proferida el 23 de octubre de 2014 por la Subsección C de la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

2°) Abstíenese de condenar en costas de esta instancia procesal.

3°) Ejecutoriada esta providencia, **devuélvase** el expediente al tribunal de origen, previas las correspondientes constancias secretariales de rigor.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

ALBERTO MONTAÑA PLATA
Presidente de la Subsección
Magistrado
(Firmado electrónicamente)
Con aclaración de voto

FREDY IBARRA MARTÍNEZ
Magistrado
(Firmado electrónicamente)

MARTÍN BERMÚDEZ MUÑOZ
Magistrado
(Firmado electrónicamente)

Constancia: la presente providencia fue firmada electrónicamente por los magistrados de la Subsección B de la Sección Tercera del Consejo de Estado en la plataforma SAMAI, en consecuencia, se garantiza la autenticidad, integridad, conservación y posterior consulta de conformidad con los artículos 1 y 2 de la Ley 2213 de 2022.