



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

**Radicación:** 25000-23-26-000-2012-00291-01 (55085)  
**Actor:** SANITAS S.A. E.P.S.  
**Demandado:** La Nación – Ministerio de Salud y Protección Social y otro  
**Referencia:** acción de reparación directa

Aclaración de voto de Alberto Montaña Plata

En la Sentencia del 20 de abril de 2023, la Sala Plena de la Sección Tercera unificó *“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”*. En aplicación de esa regla, se confirmó la sentencia de primera instancia que había declarado la indebida escogencia de la acción en la demanda presentada por la EPS Sánitas, por la negativa a pagar solicitudes de recobros por servicios no incluidos en el POS.

Acompañé la anterior decisión, porque, en efecto, existe un acto administrativo con presunción de validez, que debe ser demandado mediante la acción de nulidad y restablecimiento del derecho. Sin embargo, considero que se incurrió en un error al concluir que el autor del acto administrativo de negativa frente a las solicitudes de recobro era el particular contratista que administraba el Fosyga, en este caso, el consorcio Fidufosyga 2005. Para llegar a tal conclusión, la mayoría se fundó en que la Sentencia C-510 de 2004 sostuvo que el particular que, con fuente contractual, administraba los recursos del fondo cumplía *“funciones administrativas en relación con recursos públicos del Sistema General de Seguridad Social en Salud con los que se atienden obligaciones inherentes al mismo”* y, adicionalmente, que el trámite de las solicitudes de recobro constituía un procedimiento administrativo especial, que hacía inaplicable las previsiones del derogado CCA.

Pero afirmar que un particular ejerce función administrativa, porque administra recursos públicos (regla de dudosa corrección) no significa, por sí solo, que ese particular expida actos administrativos. Aunque la Corte Constitucional sostuvo que se trataba de un procedimiento administrativo, no afirmó que el acto administrativo definitivo lo adoptaba el particular contratista, como sí lo concluyó la presente sentencia, frente a la cual aclaro mi voto.

Tres razones me llevaron a sostener que los actos administrativos eran adoptados por el Ministerio de Salud y no por el consorcio:

En primer lugar, el contrato no es, en principio, un medio idóneo para atribuir competencias para la expedición de actos administrativos. Los contratistas del Estado, por regla general, colaboran, apoyan, proyectan o preparan decisiones a quien el ordenamiento jurídico le asignó competencias para la expedición de actos administrativos, revestidos de los atributos de presunción de legalidad, ejecutoriedad y ejecutividad. Los poderes exorbitantes de los que gozan las entidades públicas no son automáticamente transferibles a los particulares contratistas, salvo el caso excepcional del contrato de concesión de funciones públicas, lo que no correspondía al contrato de administración del Fosyga.

En segundo lugar, ninguna norma jurídica atribuyó tal competencia al consorcio contratista. Aunque las normas legales no son claras sobre la asignación de la competencia para la expedición de los actos administrativos de negativa final frente a las solicitudes de recobro, la Resolución 3099 de 2008, que regló los procedimientos de recobros, dispuso que la decisión final era adoptada por el Ministerio de Protección Social o *“la entidad que se defina para tal efecto”*. La *“entidad que se defina”* no podía ser el consorcio, teniendo en cuenta que los particulares contratistas, incluso cuando son personas jurídicas, consorcios o uniones temporales, no son entidades<sup>1</sup>, sino contratistas. Es por eso que la misma resolución diferenció entre el Ministerio o la entidad que se defina y el *“Administrador Fiduciario”* y dispuso, con claridad, que quien resuelve las objeciones frente a las negativas de reembolso es el Ministerio<sup>2</sup>. En efecto, el artículo 24 de la resolución dispuso: *“Respuesta a la objeción presentada por la entidad recobrante. El Ministerio de la Protección*

---

<sup>1</sup> Como herramienta hermenéutica puede consultarse el numeral 2 del artículo 104 del CPACA, que diferencia entre los contratos celebrados por entidades públicas y los contratos celebrados por particulares.

<sup>2</sup> Artículo 21°. Envío de la comunicación. La comunicación será enviada por el Ministerio de la Protección Social o la entidad que se defina para tal efecto, dentro de los cinco (5) días siguientes a la fecha en que el Administrador Fiduciario reciba del Ministerio la ordenación de gasto, a la dirección que aportó el representante legal al momento del diligenciamiento de los formatos de radicación establecidos para los recobros. De lo anterior se conservará copia de la constancia de envío.

*Social o la entidad que se defina para tal efecto, contará con un (1) mes para informarle a la entidad recobrante la respuesta a la objeción presentada. El pronunciamiento que allí se efectúe se considerará definitivo".* Esto indica que el ordenador del gasto, a través de la expedición de los actos administrativos que aceptaban o negaban los recobros, era el Ministerio de Salud y Protección Social.

Finalmente, ante la duda, bastaba con consultar el contenido de las comunicaciones del Consorcio Fidufosyga 2005<sup>3</sup> para concluir que allí mismo se reconocía que la decisión de negar definitivamente el recobro era del Ministerio de Salud y Protección Social. En todas ellas se leía que el consorcio contratista le informaba a la EPS que el Ministerio había negado definitivamente algunos recobros y había autorizado otros. Es decir que del contenido mismo de las comunicaciones surgía con claridad la conclusión acerca de su naturaleza jurídica: no se trataba de actos administrativos, sino de su publicidad y aunque es evidente que el consorcio participó en la toma de las decisiones, jurídicamente no se convirtió en su autor y siguió siendo su notificador. Es por ello que en la contestación de la demanda el Consorcio Fidufosyga 2005 alegó que había falta de legitimación en la causa, porque los recobros estaban condicionados a la aprobación del Ministerio de Salud y Protección Social.

Al ser la comunicación el medio de publicidad del acto administrativo, acertó la sentencia en concluir que desde allí se debía contar el término de caducidad de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, pero erró al concluir que la comunicación de lo decidido era el acto mismo.

Firmado electrónicamente  
**ALBERTO MONTAÑA PLATA**  
Magistrado

---

<sup>3</sup> Comunicaciones n°. MYT-1242-10CD20122, n°. MYT-1457-10CD20459, n°. MYT-2354-10CD21919, n°. MYT-2597-10CD22632, n° MYT-3090-10CD2370 y n°. MYT-3123-10CD23783.