



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

Consejero: JOSÉ ROBERTO SÁCHICA MÉNDEZ

Radicación número: 250002326000201200291 01 (55.085)
Actor: EPS SANITAS S.A.
Demandado: La Nación – Ministerio de Salud y otros
Referencia: Sentencia de Unificación
Asunto: **Salvamento de voto**

He considerado apartarme de la decisión mayoritaria de la Sala, porque considero que las comunicaciones en materia de recobros que realizaba el FOSYGA no constituyen actos administrativos; en mi entender, esos oficios y/o comunicaciones no comportan una manifestación unilateral de voluntad de la Administración, por manera que la acción procedente era la de reparación directa. Para soportar mi criterio, dejo consignando, en primer lugar, el concepto que me merece la fuente conceptual de lo que considero denominar el derecho al recobro en el sistema de seguridad social en salud para, posteriormente, explicitar en ese contexto las razones por las que las comunicaciones del Fosyga no podían ser consideradas como actos administrativos, de ahí que la acción procedente fue la que se promovió y no la que mayoritariamente definió la Sala.

Derecho al recobro en el Sistema General de Seguridad Social en Salud – SGSSS

La trascendencia que desde el ordenamiento jurídico se ha reconocido al Sistema General de Seguridad Social en Salud (SGSSS) y a cada uno de los elementos que lo conforman, se explica en su concepción como un *sistema*, en tanto representa la correlación de diversos agentes, procedimientos, instituciones y recursos orientados al cumplimiento de las obligaciones del Estado en la prestación del servicio de salud en sus variadas esferas –administrativa, financiera y de control¹–, todas ellas articuladas metodológica y correlativamente en función de materializar, entre otros, el principio de sostenibilidad, progresividad, calidad y universalidad en que este servicio se cimienta.

Así, la construcción normativa de este *sistema*, contenida en la Ley 100 de 1993, contempló múltiples elementos y factores que lo definen; entre ellos, estableció los organismos o intervinientes que lo conforman (art. 155), sus características básicas (art. 156), los tipos de participantes y sus roles de actuación (art. 157 y ss.) y, de

¹ La Ley 100 de 1993, dispone: “ARTÍCULO 152. OBJETO. La presente Ley establece el Sistema General de Seguridad Social en Salud, desarrolla los fundamentos que lo rigen, determina su dirección, organización y funcionamiento, sus normas administrativas, financieras y de control y las obligaciones que se derivan de su aplicación.”

Radicación número: 250002326000201200291 01 (55.085)
Actor: EPS SANITAS S.A.
Demandado: La Nación – Ministerio de Salud y otros
Asunto: Salvamento de voto

manera puntual, su financiación así como las competencias y capacidades para la prestación de sus servicios (art. 170 y ss.).

Como sustento de tales preceptivas, los artículos 48² y 49³ del texto superior catalogaron al derecho a la salud y a la seguridad social como *servicios públicos* a cargo del Estado, los cuales se hallan inscritos en las finalidades mismas del Estado Social de Derecho según lo establecen los artículos 365⁴ y 366⁵ *ibidem*. Dicho marco, a su turno, señala que su realización corresponde a una actividad reglada⁶ a la que quedan sometidos tanto los prestadores directos del Estado, como los particulares que cumplan estas funciones.

En este último caso, esto es, cuando los particulares asumen la posición del Estado en cuanto a la prestación del servicio público, el *recobro* se concibe e introduce como el mecanismo de balance entre la prestación ejecutada y el cubrimiento de su costo o contraprestación; medida que apunta a la sostenibilidad misma del Sistema, en armonía con los lineamientos del Estado de Derecho en el que se respeta la libertad de empresa y se garantizan los derechos económicos legítimamente constituidos pero bajo reglas de financiación, pues no se puede hablar de asignación de competencias sin la entrega de recursos.

De modo que la garantía constitucional aludida, recalca entre sus elementos determinantes, a la obligación a cargo del Estado de prever su financiamiento, y con esto, adoptar en sus planes y presupuestos mecanismos idóneos para el cubrimiento real y efectivo de tales servicios como parte del gasto público social en los términos del art. 366 superior, lo que incluye el pago de los servicios que se presten, ya sea mediante el dispositivo de Unidad de Pago por Capitación - UPC, o a través de su recobro en los casos en que la prestación, no hace parte del Plan Obligatorio de Salud (POS).

² “Artículo 48. La Seguridad Social es un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que establezca la Ley.

Se garantiza a todos los habitantes el derecho irrenunciable a la Seguridad Social (...).”

³ “Artículo 49. La atención de la salud y el saneamiento ambiental son servicios públicos a cargo del Estado (...) Corresponde al Estado organizar, dirigir y reglamentar la prestación de servicios de salud a los habitantes (...) También, establecer las políticas para la prestación de servicios de salud por entidades privadas, y ejercer su vigilancia y control.

Así mismo, establecer las competencias de la Nación, las entidades territoriales y los particulares y determinar los aportes a su cargo en los términos y condiciones señalados en la ley (...).”

⁴ “Artículo 365. Los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado. Es deber del Estado asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional.

Los servicios públicos estarán sometidos al régimen jurídico que fije la ley, podrán ser prestados por el Estado, directa o indirectamente, por comunidades organizadas, o por particulares. En todo caso, el Estado mantendrá la regulación, el control y la vigilancia de dichos servicios (...)” (Subraya fuera de texto).

⁵ “ARTICULO 366. El bienestar general y el mejoramiento de la calidad de vida de la población son finalidades sociales del Estado. Será objetivo fundamental de su actividad la solución de las necesidades insatisfechas de salud, de educación, de saneamiento ambiental y de agua potable.

Para tales efectos, en los planes y presupuestos de la Nación y de las entidades territoriales, el gasto público social tendrá prioridad sobre cualquier otra asignación.”

⁶ La Corte Constitucional en la sentencia SU-480 de 1997 afirmó: “el Estado está obligado a prestar el plan de atención básica en salud y las EPS, especialmente deben prestar el plan obligatorio de salud y el plan obligatorio de salud del régimen subsidiado, dentro de los parámetros que el mismo Estado ha fijado” (Subraya fuera de texto)

Lo dicho en precedencia no es asunto menor, pues la adecuada planeación y los esfuerzos financieros del Estado vinculados a la prestación de estos servicios públicos, deben estar dirigidos a alcanzar metas de eficiencia, cobertura y calidad, así como mejores condiciones en función de su universalización y de los principios de sostenibilidad y progresividad⁷ que rigen el SGSSS, lo que descarta, en principio, cualquier medida regresiva en torno a tales preceptos y a las obligaciones que para el Estado se derivan de su puesta en marcha.

En este contexto, despunta como variable insuperable el *recobro*, entendido como el factor de equilibrio correlativo en que se asienta y garantiza la prestación del servicio público de seguridad social en salud, *conditio sine qua non* para la realización efectiva de tales derechos pues, corresponde, ni más ni menos, al componente que atañe a la contraprestación y sostenimiento financiero que es eje en la balanza económica del sistema y motor en la dinámica del flujo de recursos de este circuito de derechos, garantías y obligaciones.

Al lado de lo anterior, adquiere especial connotación en la materia, el artículo 94⁸ constitucional, a partir del cual el Estado Colombiano está en el deber de garantizar éste o cualquier otro derecho previsto en textos distintos al constitucional, lo que incluye la adopción de medidas presupuestales que permitan materializar las garantías del SGSSS, al paso que conduce a efectuar una interpretación integral en clave de los derechos inscritos en tratados y convenciones internacionales que los incorporen o desarrollen. A partir de esta premisa se destaca el precepto contenido en el inciso final del artículo 93 del texto superior, que dispone que *“Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia”*.

En punto a los derechos que se analizan, es de señalar que Colombia hace parte de la Organización Mundial de la Salud, cuya Constitución afirma, entre otros principios, que:

“El goce del grado máximo de salud que se pueda lograr es uno de los derechos fundamentales de todo ser humano, sin distinción de raza, religión, ideología política o condición económica o social”

“La salud de todos los pueblos es una condición fundamental para lograr la paz y la seguridad, y depende de la más amplia cooperación de las personas y de los Estados”

⁷ El artículo 153 de la Ley 100 de 1993, establece los principios del SGSSS, entre los que se encuentran el de sostenibilidad y progresividad, así:

“3.11 Progresividad. Es la gradualidad en la actualización de las prestaciones incluidas en el Plan de Beneficios. (...)”

3.13 Sostenibilidad. Las prestaciones que reconoce el sistema se financiarán con los recursos destinados por la ley para tal fin, los cuales deberán tener un flujo ágil y expedito. Las decisiones que se adopten en el marco del Sistema General de Seguridad Social en Salud deben consultar criterios de sostenibilidad fiscal. La administración de los fondos del sistema no podrá afectar el flujo de recursos del mismo. (...)”

⁸ *“ARTICULO 94. La enunciación de los derechos y garantías contenidos en la Constitución y en los convenios internacionales vigentes, no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ellos.”*

Radicación número: 250002326000201200291 01 (55.085)
Actor: EPS SANITAS S.A.
Demandado: La Nación – Ministerio de Salud y otros
Asunto: Salvamento de voto

“Los resultados alcanzados por cada Estado en el fomento y protección de la salud son valiosos para todos”⁹

Adicionalmente, pactos internacionales de derechos humanos, de los cuales emergen obligaciones para los Estados, se integran con proyección directa en los compromisos sociales y económicos de sus miembros al bloque de constitucionalidad del Estado Colombiano, tal y como acontece con el “*Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*” (PIDESC, 1966)¹⁰ que, a través de su Comité –órgano establecido para vigilar el cumplimiento del Pacto– reconoce, tal como lo afirma la Corte Constitucional¹¹ “*que los Estados tienen tres tipos de obligaciones, derivadas de los derechos reconocidos, obligaciones de respetar, obligaciones de proteger y obligaciones de garantizar” (resaltado fuera de texto).*

En tal jurisprudencia, resalta la Observación General N°14 (2000) del Comité del PIDESC, en la cual “*el concepto del ‘más alto nivel posible de salud’ contemplado por el PIDESC (1966), tiene en cuenta tanto las condiciones biológicas y socioeconómicas esenciales de la persona, como los recursos con que cuenta el Estado, (...) En tal sentido, considera que ‘el derecho a la salud debe entenderse como un derecho al disfrute de toda una gama de facilidades, bienes, servicios y condiciones necesarios para alcanzar el más alto nivel posible de salud’” (se subraya)¹².*

Justamente, en una interpretación omnicompreensiva de los derechos económicos, sociales y culturales que deben *respetar*, *proteger* y *garantizar* los Estados parte, se debe considerar esa amplia gama de bienes y servicios que, articulados, determinan su real comprensión. Así, tratándose de la seguridad social en salud en sus distintos contextos, y para procurar su real efectividad, se exige que su prestación, como componente de garantías sociales, traiga aparejado desde su origen el derecho al cobro, según el método que determine la legislación (UPC o mediante recobro)¹³.

Bajo este escenario, es posible observar que el ordenamiento jurídico en sus diversos ámbitos, ha venido asentando progresivamente en el SGSSS los principios y compromisos que imponen los derechos económicos sociales y culturales, los cuales en el caso particular, y en doble perspectiva (servicio y contraprestación)

⁹ <https://www.who.int/es/about/governance/constitution>

¹⁰ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. *Observación General N°3, N°4, N°5 y N°6*; Ver también los principios de Limburgo (1986) y los principios de Maastricht (1997).

¹¹ Corte Constitucional Sentencia T- 760 de 2008

¹² un aspecto relevante de la ya citada Observación 14 (2000) del PIDESC, que no puede pasarse por alto, es la prohibición para los Estados de adoptar medidas “deliberadamente regresivas” respecto a la universalidad, integridad y realización del derecho a la salud, a menos que se demuestre “tras el examen más exhaustivo de todas las alternativas posibles que esas medidas están debidamente justificadas por referencia a la totalidad de los derechos enunciados en el Pacto en relación con la plena utilización de los recursos máximos disponibles del Estado Parte” (Resaltado fuera de texto).

¹³ En línea con lo anterior, al consultar los “Principios de Limburgo sobre la Aplicación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales”, se estableció en la sección B, relativa a los principios de carácter interpretativo específicamente relacionados con la Parte II del Pacto” –puntualmente respecto al Artículo 2 (1) que trata sobre el compromiso de “adoptar medidas... por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas”– lo siguiente (se transcribe literal):

“17. Los Estados Partes utilizarán todos los medios apropiados a nivel nacional, incluyendo medidas legislativas, administrativas, judiciales, económicas, sociales y educacionales, coherentes con la naturaleza de los derechos, con el fin de cumplir sus obligaciones bajo el Pacto”.

Radicación número: 250002326000201200291 01 (55.085)
Actor: EPS SANITAS S.A.
Demandado: La Nación – Ministerio de Salud y otros
Asunto: Salvamento de voto

como base del equilibrio de sostenibilidad del sistema, han orientado medidas y lineamientos que definen las esferas de actuación y la responsabilidad de los múltiples agentes que lo componen, en un ejercicio de permanente evolución.

Conforme a este desarrollo, el contenido del denominado Plan Obligatorio de Salud (POS), se justificó y está precedido en los estudios que al respecto realiza el Estado y quedan sujetos a la obligación de revisión y actualización permanente de las autoridades públicas, con miras a la mejor utilización de todos los medios a su alcance en orden a la más alta y eficiente prestación. A su turno, dicha estructura de bienes y servicios es trenzada con el otro extremo de este hilo conductor, que corresponde al derecho al cobro o al recobro, según si los servicios están cubiertos en los análisis económicos que componen la UPC, o si la prestación, aun estando fuera de tales instrumentos, es impuesta a las EPS, respectivamente.

Con meridana certeza es posible señalar que el servicio público de seguridad social en salud, en su doble e inescindible perspectiva, constituye una obligación cierta, trascendente y principal del Estado, que emana de la esencia propia del modelo social de derecho adoptado en la Carta Superior, y que es nutrido y completado por un catálogo de compromisos que permiten definir el papel del Estado en el ámbito nacional, en concurrencia con sus obligaciones internacionales.

A la vez, la prestación de este servicio público exige de forma consustancial la existencia de disponibilidad y mecanismos en orden a la utilización máxima de recursos –administrativos, económicos, judiciales y legales– para su sostenibilidad, lo que explica que esté prohibida la adopción de medidas regresivas respecto de las coberturas y obligaciones en salud alcanzadas por un Estado, con miras a evitar cualquier retroceso en el sistema de salud. De allí que el *derecho al recobro* se erige en la variable legal con la que se atienden eventos como los que se analizan, y se garantiza el equilibrio legítimo entre la prestación y su costo, al igual que la atención de quienes requieran servicios por fuera del listado fijado de los planes estatales de salud.

En concordancia con la construcción de los mecanismos legales vinculados al SGSSS, en lo que atañe al recobro y su oscilante entendimiento, no cabe duda que el ordenamiento jurídico le ha atribuido el estatus indiscutible de un derecho, con asiento en las bases mismas del sistema, el cual, visto desde el ángulo de las obligaciones, corresponde a un derecho de crédito que forma parte del activo patrimonial de los actores del sistemas, pues, una vez concurren los elementos para su configuración según lo dispone la ley, su contraprestación se constituye en “*derecho*” que hace al Estado titular de una obligación en conjunto con su correlativo derecho al pago, como eslabón fundamental del SGSSS¹⁴.

¹⁴ No se puede dejar de mencionar, derivado del estado de evolución que protagoniza el derecho al recobro y a propósito de la utilización de los recursos máximos disponibles del Estado, que mediante la Ley 1955 de 2019, que adoptó el Plan Nacional de Desarrollo 2018-2022, se definieron, entre otros, dos aspectos centrales relacionados con este derecho; el primero referido al denominado acuerdo de punto final (art. 237) por medio del cual se expresa la intención del gobierno de atender todos los recobros atrasados para lograr la estabilidad del sistema y su saneamiento financiero:

“ARTÍCULO 237. SOSTENIBILIDAD FINANCIERA DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD. Con el fin de contribuir a la sostenibilidad financiera del Sistema General de Seguridad Social en Salud (SGSSS), el Gobierno nacional definirá los criterios y los plazos para la estructuración, operación y seguimiento

Radicación número: 250002326000201200291 01 (55.085)
Actor: EPS SANITAS S.A.
Demandado: La Nación – Ministerio de Salud y otros
Asunto: Salvamento de voto

Con este telón de fondo, no hay duda de que el Estado Colombiano ha dado un paso hacia la realización y efectividad de los derechos y garantías que emergen del SGSSS al incorporar dispositivos normativos que velan por su sostenibilidad financiera, los cuales, más allá de su eventual temporalidad –pues provienen de normas vinculadas al plan de nacional de desarrollo vigente– hacen evidencia de la aspiración del Estado en avanzar al logro del balance entre las prestaciones en salud y los derechos de sus intervinientes, en cuyo escenario tiene viva presencia el citado derecho al recobro, cuyo desconocimiento se proyecta no solo como afrenta al servicio, sino como daño cuya antijuridicidad se revela cuando el Estado estando obligado a satisfacerlo, no lo hace.

Sobre la acción procedente para cobros No POS regidos por el FOSYGA

Con el referente conceptual acabado de explicar y en perspectiva de las líneas que paso a desarrollar, difiero del razonamiento efectuado por la posición adoptada por la mayoría de la Sala al considerar que las comunicaciones en materia de cobros que realizaba el **FOSYGA**¹⁵ constituyen actos administrativos, (contrario a lo que sucede en la actualidad con el sistema **ADRES**¹⁶).

del saneamiento definitivo de las cuentas de recobro relacionadas con los servicios y tecnologías de salud no financiados con cargo a la UPC del régimen contributivo. Los servicios y tecnologías en salud objeto de este saneamiento deben cumplir los siguientes requisitos:

(...)

Para financiar los valores aprobados por este mecanismo y las deudas reconocidas en el proceso liquidatorio de Caprecom y los contratos de salud del Fomag liquidados en la vigencia 2019, serán reconocidos como deuda pública y podrán ser pagadas con cargo al servicio de deuda pública del Presupuesto General de la Nación o mediante operaciones de crédito público. De atenderse con operaciones de crédito público, la Dirección General de Crédito Público y Tesoro Nacional del Ministerio de Hacienda y Crédito Público administrará, en una cuenta independiente, el cupo de emisión de deuda que se destine a la atención de las obligaciones de pago originadas en este artículo. Las operaciones de crédito público no implican operación presupuestal y solo deberá presupuestarse para efectos de su redención y pago de intereses. Para los efectos previstos en este inciso la Dirección General de Crédito Público y Tesoro Nacional estará facultada para realizar las operaciones necesarias en el mercado monetario y de deuda pública (...).

El segundo aspecto a destacar proviene del artículo 240 de la citada Ley 1955, por cuya virtud se incluyó la denominada estrategia de techos, la cual tiene por objeto incluir dentro del plan de beneficios (antes POS) unos rubros que se pagan de manera anticipada para cubrir los cobros y con ello modificar la dinámica de cobro, auditoría y pago que, al interior de tal procedimiento, generaba afectaciones en la prestación misma de los servicios y hacía más complejo y dispendioso el reconocimiento de este derecho.

“ARTÍCULO 240. EFICIENCIA DEL GASTO ASOCIADO A LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO Y TECNOLOGÍAS NO FINANCIADOS CON CARGO A LOS RECURSOS DE LA UPC. Los servicios y tecnologías en salud no financiados con cargo a los recursos de la UPC serán gestionados por las EPS quienes los financiarán con cargo al techo o presupuesto máximo que les transfiera para tal efecto la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud (ADRES). El techo o presupuesto máximo anual por EPS se establecerá de acuerdo a la metodología que defina el Ministerio de Salud y Protección Social, la cual considerará incentivos al uso eficiente de los recursos. En ningún caso, el cumplimiento del techo por parte de las EPS deberá afectar la prestación del servicio. Lo anterior, sin perjuicio del mecanismo de negociación centralizada contemplado en el artículo 71 de la Ley 1753 de 2015.

En todo caso, las Entidades Promotoras de Salud (EPS) considerarán la regulación de precios, aplicarán los valores máximos por tecnología o servicio que defina el Ministerio de Salud y Protección Social y remitirán la información que este requiera. La ADRES ajustará sus procesos administrativos, operativos, de verificación, control y auditoría para efectos de implementar lo previsto en este artículo (...).

¹⁵ El FOSYGA es una cuenta adscrita al Ministerio de la Protección Social que se maneja por encargo fiduciario, sin personería jurídica ni planta de personal propia, de conformidad con el artículo 1 del Decreto 1283 de 1996, “por el cual se reglamenta el funcionamiento del Fondo de Solidaridad y Garantía del Sistema General de Seguridad Social en Salud”. Asimismo, de acuerdo con el artículo 5 de esa misma normativa, “la dirección y control integral del FOSYGA está a cargo del Ministerio de Salud, quien a través de la Dirección General de Gestión Financiera garantizará el adecuado cumplimiento y desarrollo de sus objetivos”.

¹⁶ “La ADRES es una entidad con una naturaleza jurídica específica. El legislador, mediante el artículo 66 de la Ley 1753 de 2015, con el fin de garantizar el adecuado flujo y los respectivos controles de recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud, creó la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud (SGSSS), ADRES, como una entidad de naturaleza especial del sector

Radicación número: 250002326000201200291 01 (55.085)
Actor: EPS SANITAS S.A.
Demandado: La Nación – Ministerio de Salud y otros
Asunto: Salvamento de voto

Los actos contenidos en los oficios expedidos por el consorcio administrador del Fosyga no constituyen actos administrativos, dado que ninguna norma superior le asignó al referido consorcio una prerrogativa de poder público que le permita el ejercicio de una función administrativa de carácter definitorio, amén de que no es una autoridad administrativa -en tanto sus competencias se limitan a ejecutar el contrato de fiducia referido bajo las estrictas instrucciones del Ministerio de Salud y de la Protección Social-.

La anterior afirmación tiene su fundamento en los elementos esenciales que configuran la noción y concepto de acto administrativo y, con este, de la función administrativa. Con tal fin, se resalta que el acto administrativo es producto del desarrollo de la actividad jurídica de la Administración bajo prerrogativas de poder público que se caracteriza por estar representada en una declaración de la voluntad, generadora de efectos jurídicos que se imponen aun contra la voluntad de los administrados, lo que la diferencia de otras diversas manifestaciones de la administración constitutivas de actuaciones materiales o jurídicas ejecutadas como complemento de la función administrativa.

Así, no basta con la declaración o expresión de una voluntad cualquiera para que un acto se considere administrativo, pues para ello es necesario que tal voluntad provenga y sea representativa de una prerrogativa de poder, esto es, productora real de efectos jurídicos que da origen al nacimiento, reconocimiento, modificación o extinción de un derecho o un deber u obligación, en tanto, se repite, tenga fuente una prerrogativa de poder de la Administración, “*por su cuenta y por su sola voluntad*”¹⁷, en aplicación del principio de legalidad.¹⁸

En este punto, bien vale precisar que la declaración de voluntad en que se edifica el concepto de acto administrativo no es equiparable a la noción de voluntad vertida en el acto o negocio jurídico privado o simplemente el emitido en el tráfico jurídico, puesto que el último se sustenta en otros principios, como sería, por ejemplo, el de la autonomía de la voluntad, al paso que la manifestación de que trata el acto administrativo se circunscribe a lo previsto en la ley y a la esfera de voluntad del sujeto en quien recae la competencia para su expedición; por ello, tratándose del

descentralizado del orden nacional asimilada a una empresa industrial y comercial del Estado, con lo que adquiere la categoría de entidad pública. Adicionalmente, dispuso que la ADRES hará parte del SGSSS y estará adscrita al Ministerio de Salud y Protección Social, con personería jurídica, autonomía administrativa y financiera y patrimonio independiente, y estará encargada de administrar los recursos que hacen parte del Fondo de Solidaridad y Garantías (Fosyga), los del Fondo de Salvamento y Garantías para el Sector Salud (Fonsaet), los que financien el aseguramiento en salud, los copagos por concepto de prestaciones no incluidas en el plan de beneficios del Régimen Contributivo, y los recursos que se recauden como consecuencia de las gestiones que realiza la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP). Entre sus funciones se encuentran: “c) Efectuar el reconocimiento y pago de las Unidades de Pago por Capitalización y demás recursos del aseguramiento obligatorio en salud”; “d) Realizar los pagos, efectuar giros directos, a los prestadores de servicios de salud y proveedores de tecnologías en salud, de acuerdo con lo autorizado por el beneficiario de los recursos y adelantar las transferencias que correspondan a los diferentes agentes del Sistema, que en todo caso optimice el flujo de recursos”, y “e) Adelantar las verificaciones para el reconocimiento y pago por los distintos conceptos, que promueva la eficiencia en la gestión de los recursos” (art. 66, Ley 1753 de 2015). Al respecto, también puede verse el artículo 3 del Decreto 1429 de 2016”.

¹⁷ Santofimio Gamboa, Jaime Orlando: “Tratado de Derecho Administrativo” Tomo II, Cuarta Edición, Universidad Externado de Colombia. 2007, p.217.

¹⁸ Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 24 de abril de 2013, exp. 440012331000201100207 01 (Acumulado), M.P. Lucy Jeannette Bermúdez; véase también Consejo de Estado, Sección Quinta, expedientes 11001-03-28-000-2008-00026-00 y 11001-03-28-000-2008-00027-00, M.P. Filemón Jiménez Ochoa.

Radicación número: 250002326000201200291 01 (55.085)
Actor: EPS SANITAS S.A.
Demandado: La Nación – Ministerio de Salud y otros
Asunto: Salvamento de voto

acto administrativo, la voluntad se concibe como expresión de una decisión atada a la función administrativa que está determinada enteramente por el principio de legalidad, de manera que su entorno de gestación y desarrollo, en armonía con dicha función pública, se sitúa en el escenario de las actuaciones administrativas.

Por requerirlo la definición de este caso, se ha debido acudir a la noción del acto administrativo y no solo el de un figurado “procedimiento administraytivo”, para destacar, entre otros, algunos elementos¹⁹ que en su conjunto constituyen su esencia, es decir, los que hacen que en cuanto “acto jurídico” estatal sea diferenciable de las demás formas de actuación del Estado y las otras formas de la actividad administrativa y que, por lo tanto, tenga el carácter de acto administrativo y no otra clase de manifestación estatal.

En relación con los referidos elementos, se resalta el atinente al ejercicio de una función administrativa como noción esencial en el análisis que se realiza. Esta noción tiene como guía de distinción la ejecución de la ley y los cometidos del Estado, satisfaciendo de manera inmediata las necesidades públicas o individuales, y para cuyo logro se obra en ejercicio de prerrogativas de derecho público (mando, reglamentarias, sancionatorias, administrativas jurisdiccionales, etc.)²⁰. Así, si un acto jurídico fue expedido en ejercicio de una función distinta de la administrativa no puede ser tenido como acto administrativo²¹. El artículo 209 de la Constitución Política establece que “*La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones*”.

Con estas precisiones, para el caso *sub examine*, se advierte que los actos jurídicos contenidos en los oficios expedidos por el consorcio administrador del Fosyga no pueden ser catalogados como actos administrativos; por una parte, porque ninguna norma superior le asignó al referido consorcio una prerrogativa de poder público, y tampoco es una autoridad administrativa, en tanto sus competencias se limitaban a ejecutar el contrato de fiducia referido bajo las estrictas instrucciones del Ministerio de Salud y de la Protección Social, de ahí que no tuviera competencia para expedir actos administrativos.

En efecto, según la cláusula primera del referido acuerdo “*el objeto del presente contrato es el recaudo, administración y pago por parte de EL CONSORCIO de los recursos del Fondo de Solidaridad y Garantía FOSYGA en los términos establecidos en la Ley 100 de 1993, en especial los artículos (...), lo dispuesto por el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud y demás normas y reglamentos que las complementen, adicionen, modifiquen o sustituyan y cumpliendo con las exigencias técnicas, jurídicas y económicas definidas en el Pliego de Condiciones. Para el desarrollo del objeto contractual el Consorcio deberá recaudar, asegurar,*

¹⁹ Tales elementos son: (i) declaración, (ii) unilateralidad, (iii) ejercicio de función administrativa, y (iv) efecto jurídico directo sobre un asunto determinado.

²⁰ El artículo 209 de la Constitución Política establece que “*La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones*”.

²¹ Consejo de Estado, sentencia del 17 de marzo de 1995, exp. 2.667, M.P. Libardo Rodríguez Rodríguez.

Radicación número: 250002326000201200291 01 (55.085)
Actor: EPS SANITAS S.A.
Demandado: La Nación – Ministerio de Salud y otros
Asunto: Salvamento de voto

administrar e invertir los recursos del Fosyga y presentar informes sobre el funcionamiento del SGSS en los términos y plazos señalados en las normas legales, las instrucciones y directrices señaladas por el MINISTERIO en el pliego de condiciones y sus adendas” (se resalta). En consecuencia, los actos jurídicos que el *a quo* caracterizó como actos administrativos, no se expidieron en ejercicio de ninguna prerrogativa del derecho público, sino bajo las estrictas instrucciones impartidas por la entidad contratante.

Y, tampoco esos actos son constitutivos de una declaración unilateral de voluntad por parte de Fidufosyga, habida cuenta de que ese consorcio no cuenta con autonomía alguna en su actuación, pues su marco de acción está limitado por el contenido de las cláusulas del contrato de encargo fiduciario -esto es, el 242 celebrado el 6 de diciembre de 2005 entre el Ministerio de la Protección Social y el Consorcio Fidufosyga, para la administración de los recursos del Fosyga-, en virtud del cual este último tenía la obligación de recaudar, administrar recursos, efectuar pagos, giros y transferencias que correspondieran a su naturaleza y objeto²².

²² La normativa aplicable en materia de recobros consta en las Resoluciones 2933 de 2006 (modificada por las Resoluciones 3099 de 19 de agosto y 3754 de 2 de octubre de 2008, 4377 de octubre 29 de 2010, 1089 de abril 6, 1383 del 28 de abril, 2064 de 2 de junio, 2256 de 14 de junio y 4752 del 12 de octubre de 2011 y 0000020 de noviembre de 2011). Según esta regulación, el procedimiento de recobro puede sintetizarse de la siguiente manera:

- Provisto el servicio, suministrado el medicamento o insumo, o practicado el tratamiento, la IPS o el proveedor respectivo los facturan a la EPS que debe cancelarlos con recursos propios, en plazo no superior a un (1) mes, como lo dispone el Decreto 4747 de 2007, o en los términos de la normativa anterior a la expedición de la Ley 1122 de 2007.

- Recibidas y canceladas integralmente las facturas de los prestadores, procede el recobro de su importe con cargo a la Subcuenta de Compensación del Fosyga, para cuyo efecto deben diligenciarse formatos especiales, y acompañarse la documentación completa que soporte la solicitud de recobro, conforme a las Resoluciones 3099 y 3754 de 2008.

- Cumplidos todos los requisitos legales, la solicitud de recobro se radica ante el Consorcio Administrador del Fosyga, dentro de los primeros quince (15) días de cada mes y en plazo que no puede ser superior a seis (6) meses, contados a partir de la fecha de recibo de las facturas de la IPS o del correspondiente proveedor, en su caso.

- Las cuentas de cobro, facturas o reclamaciones ante las entidades promotoras de salud, las administradoras del régimen subsidiado, las entidades territoriales y el Fosyga, se deberán presentar a más tardar dentro de los seis (6) meses siguientes a la fecha de la prestación de los servicios o de la ocurrencia del hecho generador de las mismas. Vencido este término no habrá lugar al reconocimiento de intereses, ni otras sanciones pecuniarias.

- Este último dispone de dos (2) meses para informar a la EPS el resultado de la revisión y trámite de las solicitudes de recobro, de acuerdo con alguna de las siguientes opciones:

- A. Aprobación y pago
- B. Formulación de glosas
- C. Rechazo

- En cualquiera de los eventos señalados, la EPS debe reelaborar la solicitud de recobro, previa corrección o complementación de las fallas o insuficiencias que motivaron la glosa, o acreditar la falla de la auditoría y radicar nuevamente las solicitudes de recobro glosadas, en los formatos señalados para el efecto.

- Las glosas pueden: (i) ser atribuibles a la EPS, o (ii) ser imputables a errores de auditoría del Consorcio Administrador del Fosyga.

- En cualquiera de los dos (2) eventos señalados, la EPS debe reelaborar la solicitud de recobro, previa corrección o complementación de las fallas o insuficiencias que motivaron la glosa, o acreditar la falla de la auditoría y radicar nuevamente las solicitudes de recobro glosadas, en los formatos señalados para el efecto.

- El Administrador del Fosyga dispone de un término perentorio de un (1) mes para dar respuesta a la objeción formulada.

- En el evento en que las glosas formuladas resulten infundadas el prestador de servicios tendrá derecho al pago y reconocimiento de intereses moratorios desde la fecha de presentación de la factura, reclamación o cuenta de cobro (art. 7 del Decreto Ley 1281 de 2002).

Radicación número: 250002326000201200291 01 (55.085)
Actor: EPS SANITAS S.A.
Demandado: La Nación – Ministerio de Salud y otros
Asunto: Salvamento de voto

Se resalta, además, que el Consorcio Fidufosyga 2005 no era el titular de los recursos destinados al Fosyga²³, como tampoco era su representante legal, pues se trata de una cuenta adscrita al Ministerio de Salud y Protección Social. De ahí que el Consorcio, en su calidad de contratista, únicamente podía proceder al reconocimiento de recobros bajo las precisas instrucciones de la entidad contratante, esto es, del referido Ministerio.

De acuerdo con el artículo 218 de la Ley 100 de 1993, el Fondo de Solidaridad y Garantía –Fosyga- es una cuenta adscrita al Ministerio de Salud que se maneja por encargo fiduciario, sin personería jurídica, ni planta de personal propia. El encargo fiduciario es un contrato, a través del cual, una persona confía a una sociedad fiduciaria, uno o más bienes con la posibilidad de transferir o no la propiedad de estos, con un objeto y una finalidad específica, bien sea en beneficio del propio fideicomitente o de un tercero²⁴.

Por otro lado, el artículo 4 del Decreto 183 de 1996 exige que las subcuentas integradas al Fosyga sean administradas a través de la figura de encargo fiduciario, de acuerdo con la definición señalada en el estatuto de contratación pública; coherente con este mandato el contrato que fue suscrito entre el Consorcio Fidufosyga 2005 y el Ministerio de Salud y Protección Social, cuyo objeto corresponde, a: *“ el recaudo, administración y pago por parte de EL CONSORCIO de los recursos del Fondo de Solidaridad y Garantía FOSYGA en los términos establecidos en la Ley 100 de 1993, (...), lo dispuesto por el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud y demás normas y reglamentos que las complementen, adicionen, modifiquen o sustituyan y cumpliendo con las exigencias técnicas, jurídicas y económicas definidas en el Pliego de Condiciones. Para el desarrollo del objeto contractual el Consorcio deberá recaudar, asegurar, administrar e invertir los recursos del Fosyga y presentar informes sobre el funcionamiento del SGSS en los términos y plazos señalados en las normas legales, las instrucciones y directrices señaladas por el MINISTERIO en el pliego de condiciones y sus adendas”* (se resalta).

En ese orden de ideas, con la suscripción de dicho contrato, el Ministerio no perdió la titularidad ni mucho menos el control y disposición de los recursos concernientes al Fosyga, respecto de los cuales el Consorcio sólo fungió como administrador bajo las estrictas pautas y criterios fijados por la entidad pública contratante. Por tal motivo, el Consorcio no gozaba de facultad o poder autónomo decisorio para proceder al pago de los recobros presentados por EPS Sanitas, pues solo actuó bajo las instrucciones expresas del Ministerio de Salud y Protección Social.

²³ El Fosyga es una cuenta adscrita al Ministerio de la Protección Social que se maneja por encargo fiduciario, sin personería jurídica ni planta de personal propia, de conformidad con el artículo 1 del Decreto 1283 de 1996, *“por el cual se reglamenta el funcionamiento del Fondo de Solidaridad y Garantía del Sistema General de Seguridad Social en Salud”*. Asimismo, de acuerdo con el artículo 5 de esa misma normativa, *“la dirección y control integral del FOSYGA está a cargo del Ministerio de Salud, quien a través de la Dirección General de Gestión Financiera garantizará el adecuado cumplimiento y desarrollo de sus objetivos”*.

²⁴ Contrato de encargo fiduciario No. 242 celebrado el 6 de diciembre de 2005 entre el Ministerio de la Protección Social y el Consorcio Fidufosyga, para la administración de los recursos del Fosyga-, en virtud del cual este último tenía la obligación de recaudar, administrar recursos, efectuar pagos, giros y transferencias que correspondieran a su naturaleza y objeto.

Radicación número: 250002326000201200291 01 (55.085)
Actor: EPS SANITAS S.A.
Demandado: La Nación – Ministerio de Salud y otros
Asunto: Salvamento de voto

Así, se resalta que, en tanto no se satisfacen los requisitos indispensables para la existencia de un acto administrativo, los actos jurídicos mediante los cuales se negó el reembolso de los recobros presentados por la EPS Sanitas expedidos por el Consorcio Fidufosyga 2005, no tenían tal condición, de ahí que frente a los mismos no resultaba procedente ejercer la acción de nulidad y restablecimiento del derecho.

La conclusión precedente y su soporte conceptual permiten considerar que el ordenamiento jurídico colombiano distingue 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 la afectación de un derecho y los perjuicios alegados sean consecuencia de un acto administrativo sobre el cual se cuestiona una ilegalidad, al tiempo que la acción de reparación directa se erigió para los daños que encuentren su fuente en un hecho, omisión u operación administrativa y aún un acto, que se acepta como legal.

Por tanto, con la acción de reparación directa se persigue la declaración y reconocimiento de la indemnización de los perjuicios originados en un hecho, omisión, operación administrativa, o la ocupación temporal o permanente de un inmueble; hipótesis que de cualquier forma no corresponde a la pertinente para el caso que se analiza.

En suma, se concluye que tratándose de actos contenidos en oficios expedidos por el consorcio administrador del Fosyga relativos a las solicitudes de recobro por servicios y/o medicamentos NO POS, los mismos no constituyen actos administrativos y, por tanto, la acción procedente era la de reparación directa. Cosa distinta sucede con aquellos litigios originados en reclamaciones en vigencia del ADRES, quien como verdadera autoridad pública, emite actos administrativos.

Ahora bien, como se desprende de su lectura, la decisión mayoritaria consideró que el fundamento de su decisión reposaba en la sentencia de la Corte Constitucional (sentencia C-510 de 2004), en la que se afirmó que en estos casos de recobros ante el Fosyga, mediaba el ejercicio de una función administrativa, dado que se trataba de un procedimiento administrativo. Esta consideración además de ser teórica y dogmáticamente imperfecta, soslayó que el pronunciamiento de la Corte no estaba relacionado con el fondo del presente asunto, como tampoco estaba relacionado con la naturaleza jurídica de las comunicaciones debatidas en el *sub lite*, todo ello sin considerar que su ratio se profirió en un contexto muy preciso que no permitía extrapolarse al presente asunto, al menos sin la explicación suficiente.

Adicionalmente, la Corte no explicó cómo o por qué puede predicarse que la administración del FOSYGA ejerce función administrativa. Tampoco la Corte fijó si esa potestad deviene de la ley, de la delegación del Ministerio o, si deriva de la simple administración de los dineros públicos, todo esto sin considerar que el establecimiento de un procedimiento para el recobro no es suficiente para concluir que la decisión de no pago tenía carácter de acto administrativo, en especial cuando esa determinación podría responder a otras acciones propias de la administración, como sería una operación administrativa.

Radicación número: 250002326000201200291 01 (55.085)
Actor: EPS SANITAS S.A.
Demandado: La Nación – Ministerio de Salud y otros
Asunto: Salvamento de voto

Así, la referida sentencia de la Corte Constitucional difícilmente se podía acercar al valor de cosa juzgada que en materia de definición de función administrativa por parte del Fosyga le asignó la Sala; menos aún – y de manera lamentable- puede considerarse como *ratio decidendi* en materia constitucional para efectos de soportar la decisión de unificación del Consejo de Estado en este caso, toda vez que -se reitera- tal decisión se dictó en un contexto distinto al presente caso, dado que no se estaba examinando la naturaleza de la decisión de la negativa de pagar una solicitud de recobro sino la constitucionalidad del artículo 13 del Decreto 1281, cuestionando que cercenaba la posibilidad de acudir a la jurisdicción, modificaba las disposiciones del código contencioso administrativo sobre el trámite administrativo en general y el plazo fijado para acudir al reclamo judicial ²⁵.

En ese contexto, la mera invocación de una sentencia de la Corte Constitucional sirvió a la Sala para solucionar de manera rápida y expedita pero injustificada el problema jurídico que estaba llamado a ser unificado por el Consejo de Estado, sigue resultando insuficiente para considerar que el administrador del FOSYGA expedía actos administrativos, más aún cuando el artículo 218 de la Ley 100 señala que el Fosyga es una cuenta que no tiene personería jurídica y, que es administrado por un encargo fiduciario privado bajo precisas instrucciones dadas por el Ministerio de Salud.

Fecha *ut supra*.

Firmado electrónicamente
JOSÉ ROBERTO SÁCHICA MÉNDEZ
Magistrado

Nota: se deja constancia de que este documento se suscribe en forma electrónica mediante el aplicativo SAMAI del Consejo de Estado, de manera que el certificado digital que arroja el sistema permite validar su integridad y autenticidad en el enlace.

VF

²⁵ Al respecto, la Corte concluyó que el plazo de 6 meses previsto no contrariaba la Constitución, toda vez que dicha disposición contenida un procedimiento administrativo especial que no cercenaba el derecho de petición ni modificaba el procedimiento, de manera que, se adoptó un *obiter* para darle un contenido que la referida sentencia no tiene.