



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

Bogotá D.C., quince (15) de mayo de dos mil veintitrés (2023)

Radicación: 25000-23-26-000-2012-00291-01 (55085)

Actor: ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD SANITAS S.A.

Demandado: NACIÓN – MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL Y OTRO

Referencia: REPARACIÓN DIRECTA – salvamento de voto a la sentencia de 20 de abril de 2023 – Consejero Ponente: Guillermo Sánchez Luque

SALVAMENTO DE VOTO

Temas: *ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA – Acción procedente para los cobros No POS en vigencia del Decreto-ley 1281 de 2002.*

Con el acostumbrado respeto por los fallos de la Sala Plena de la Sección Tercera del Consejo de Estado, me permito, a continuación, justificar las razones de este salvamento de voto frente a la sentencia aprobada por la Sala el 20 de abril de 2023, la cual confirmó la sentencia del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, la cual declaró la indebida escogencia de la acción, con base en que la decisión de rechazar el recobro de los servicios no incluidos en el POS era un acto administrativo, que finalizaba el procedimiento administrativo regulado en las Resoluciones n°. 3099 y n°. 3754 de 2008.

En esta oportunidad no acompañé el sentido de la decisión adoptada por la Sala por cuanto considero que no es correcta la lectura del precedente constitucional invocado en que aquella se fundamenta y del que se sirvió para concluir que, en este caso, la acción procedente era la de nulidad y restablecimiento del derecho y no la de reparación directa. En efecto, en la sentencia de la que me aparto se afirma:

"El Presidente de la República expidió –en ejercicio de facultades extraordinarias otorgadas por el artículo 111 de la Ley 715 de 2001– el Decreto-Ley 1281 de 2002 que reguló los flujos de caja y la utilización oportuna y eficiente de los recursos del sector salud. El artículo 13 –vigente para cuando se hicieron las reclamaciones contenidas en la demanda– previó que cualquier tipo de cobro que tuviera que atenderse con recursos de las subcuentas del Fosyga debía tramitarse ante el administrador



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

fiduciario dentro de los seis meses siguientes a la generación o establecimiento de la obligación de pago o de la ocurrencia del evento. Después de ese término, de conformidad con este precepto legal, no podía efectuarse su reconocimiento «por vía administrativa».

“La Corte Constitucional dejó en claro, al estudiar sobre la constitucionalidad del último apartado del artículo 13, que el legislador –extraordinario– creó un procedimiento administrativo especial y que, en lo no regulado y en tanto fueran compatibles, debía acudir a las disposiciones del CCA. Estimó que el trámite de recobro ante el Fosyga era de «naturaleza pública administrativa» pues, aunque la administración del fondo hubiera sido asignada a un encargo fiduciario de carácter privado, las actuaciones del administrador fiduciario se regían por el derecho público, ya que este 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». De modo que, según los fundamentos jurídicos que sustentaron esa decisión de constitucionalidad (ratio decidendi), el procedimiento de recobro era, para todos los efectos, (i) un procedimiento administrativo con regulación especial y (ii) el administrador fiduciario del Fosyga ejercía función administrativa”.

De acuerdo con el precedente de la Corte Constitucional¹ invocado en el párrafo precedente:

“Ahora bien, cabe resaltar que el trámite a que alude la disposición acusada es de naturaleza pública administrativa pues, a pesar de que, como se advirtiera por las autoridades intervinientes, desde el momento de su creación[49] la administración del Fondo de Solidaridad y Garantía -Fosyga- fue asignada a un encargo fiduciario de carácter privado, es lo cierto que las actuaciones ante su administrador se han de entender sujetas a las normas de derecho público como quiera que aquél cumple funciones administrativas en relación con recursos públicos del Sistema General de Seguridad Social en Salud con los que se atienden obligaciones inherentes al mismo” (subrayado fuera del texto).

En la versión vigente del artículo 13 del Decreto-ley 1281 de 2002² para la época de los hechos del proceso, observó, en primer lugar, que la norma no se refirió a la denominación de los cobros y mucho menos a los cobros No POS, expresiones que, en el plano legal, fueron consideradas, la primera en el párrafo

¹ Corte Constitucional. Sentencia C-510/04. MP. Álvaro Tafur Galvis.

² **“Decreto-ley 1281/02. Artículo 13. Términos para cobros o reclamaciones con cargo a recursos del FOSYGA.** <Aparte subrayado **CONDICIONALMENTE** *exequible*> Sin perjuicio de los términos establecidos para el proceso de compensación en el régimen contributivo del sistema general de seguridad social en salud, con el fin de organizar y controlar el flujo de recursos del Fosyga, cualquier tipo de cobro o reclamación que deba atenderse con recursos de las diferentes subcuentas del Fosyga deberá tramitarse en debida forma ante su administrador fiduciario dentro de los seis meses siguientes a la generación o establecimiento de la obligación de pago o de la ocurrencia del evento, según corresponda. En consecuencia, no podrá efectuarse por vía administrativa su reconocimiento con posterioridad al término establecido.

“La reclamación o trámite de cobro de las obligaciones generadas con cargo a los recursos del Fosyga, antes de la entrada en vigencia del presente decreto, deberán presentarse dentro de los seis meses siguientes a la entrada en vigencia de este decreto”.



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

de la modificación que hizo el Decreto-ley 19 de 2012³ y la segunda en la modificación del Decreto-ley 2106 de 2019⁴ que delimitó la competencia de la ADRES, dejando por fuera los recobros no financiados por la UPC.

Inclusive, si en dicho artículo 13 cobijáramos con un criterio amplio a los recobros No POS dentro la expresión de "cobros", me parece que ese proceder resulta incorrecto, puesto que respecto de recobros para el pago de servicios No POS no existía entonces ninguna obligación legal de pago consagrada en el ordenamiento jurídico, sino apenas el cumplimiento de las ordenes de jueces o de Comités

³ **"Decreto-ley 19/02. Artículo 111. Término para efectuar cualquier tipo de cobro o reclamación con cargo a recursos del FOSYGA.** El artículo 13 del Decreto 1281 de 2002, quedará así: *‘Artículo 13. Las reclamaciones o cualquier tipo de cobro que deban atenderse con cargo a los recursos de las diferentes subcuentas del FOSYGA se deberán presentar ante el FOSYGA en el término máximo de (1) año contado a partir de la fecha de la generación o establecimiento de la obligación de pago o de la ocurrencia del evento, según corresponda.*

‘Parágrafo 1. Por una única vez, el FOSYGA reconocerá y pagara todos aquellos recobros y/o reclamaciones cuya glosa aplicada en el proceso de auditoría haya sido únicamente la de extemporaneidad y respecto de la cual el resultado se haya notificado a la entidad reclamante y/o recobrante, antes de la entrada en vigencia de la presente disposición, siempre y cuando no haya operado el fenómeno de la caducidad previsto en el numeral 8 del artículo 136 del C.C.A. o en la norma que lo sustituya, previa nueva auditoría integral, que deberá ser sufragada por la entidad reclamante o recobrante, según sea el caso, en los términos y condiciones que para el efecto fije el Ministerio de Salud y Protección Social.

‘Parágrafo 2. Las cotizaciones no compensadas, incluidas las glosadas sin compensar al momento de expedición del presente Decreto, deberán compensarse por parte de las Entidades Promotoras de Salud EPS, y entidades obligadas a compensar, dentro del año siguiente a la vigencia de este Decreto Ley, previo el cumplimiento de los procedimientos establecidos en los Decretos 2280 de 2004 y 4023 de 2011 o las normas que lo modifiquen, adicionen o sustituyan’. (subrayado fuera del texto)

⁴ **"Decreto-ley 2106/19. Término para efectuar cobros diferentes de recobros y reclamaciones con cargo a recursos de la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud (ADRES).** El artículo 13 del Decreto Ley 1281 de 2002, modificado por el artículo 111 del Decreto Ley 019 de 2012 quedará así: *‘Artículo 13. Término para efectuar cobros diferentes de recobros y reclamaciones con cargo a recursos de la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud (Adres). Cualquier tipo de cobro que deba atenderse con cargo a los recursos de la Adres, distinto a los que tengan origen en recobros por servicios y tecnologías no financiadas con la Unidad de Pago por Capitación (UPC) o reclamaciones, se deberá presentar ante la Adres en el término máximo de un (1) año contado a partir de la fecha de la generación de la obligación de pago, lo anterior sin perjuicio del término establecido para la firmeza de los reconocimientos y giros de recursos del aseguramiento en salud.*

‘La devolución de aportes al Sistema General de Seguridad Social en Salud y el reconocimiento de licencias de maternidad y paternidad pagadas a los aportantes por parte de las Entidades Promotoras de Salud, deberá requerirse ante la Adres en un término máximo de un (1) año, contado a partir del pago del aporte o de la licencia al aportante.

‘La devolución o reconocimiento de recursos por efecto de la corrección de registros compensados, deberá requerirse ante la Adres en un término máximo de seis (6) meses, contado a partir de la compensación del registro.

‘Efectuada la devolución a la EPS, corresponderá a esta última, dentro de los diez (10) días hábiles siguientes, comunicar al aportante de tal situación y realizar la transferencia de los recursos a la cuenta bancaria registrada para el efecto. En caso tal que el aportante no haya registrado una cuenta bancaria, este dispondrá de tres (3) meses para reclamar los recursos devueltos, contados a partir de la fecha de la notificación con la cual la EPS le informa de la devolución efectuada por la Adres; de no hacerlo en el término señalado, no habrá lugar al pago y los recursos deberán ser devueltos a la Adres.

‘Agotados los términos de que trata el presente artículo sin que se haya presentado el cobro de la licencia o la solicitud de devolución, se extinguirá el derecho a reclamar el pago y, por lo tanto, no subsistirá obligación para la Adres’. (subrayado fuera del texto)



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

Técnicos Científicos para atender con recursos de las subcuentas⁵ del Fosyga (*especialmente la de compensación*⁶) el pago de servicios No POS. En este punto no puede dejarse de lado el que los recursos de dichas subcuentas persiguen el pago únicamente de servicios prestados respecto de los cuales las EPS tienen la obligación de asumir, sin que frente a los servicios No POS existiera obligación legal.

En esa medida, el alcance del referido artículo 13 en la versión inicial del Decreto-Ley 1281 de 2002 no podía entenderse extensivo a los recobros No POS, que son a los que se refiere la controversia objeto de la sentencia aprobada por la Sala, circunstancia que impide sostener que las actuaciones del administrador del FOSYGA tienen el carácter de función administrativa, la cual, para reputarse como tal, debe tener sustento en una competencia legal y no en ordenes de jueces o de Comités Técnico Científicos.

En este sentido, para el momento de los hechos de la controversia, en ausencia de una función administrativa en el plano legal, no había ninguna posibilidad de que dichos reconocimientos materializaran un acto administrativo, ni los trámites de recobros No POS previstos inicialmente por el Ministerio de Salud y Protección Social podían considerarse como procedimientos administrativos que culminaran con un acto administrativo.

Si acaso hubiera existido función administrativa de parte del Ministerio de Salud y Protección Social para el reconocimiento de los recobros No POS, lo natural hubiera sido que, a través de los mecanismos de la Ley 489 de 1998⁷, aquel

⁵ “**Ley 100/93. Artículo 219. Estructura del Fondo.** El Fondo tendrá las siguientes subcuentas independientes:

“a) De compensación interna del régimen contributivo;

“b) De solidaridad del régimen de subsidios en salud;

“c) De promoción de la salud;

“d) Del seguro de riesgos catastróficos y accidentes de tránsito, según el artículo 167 de esta Ley”.

⁶ “**Ley 100/93. Artículo 220. Financiación de la cuenta de compensación.** Los recursos que financian la compensación en el régimen contributivo provienen de la diferencia entre los ingresos por cotización de sus afiliados y el valor de las Unidades de Pago por Capitación - UPC - que le serán reconocidos por el sistema a cada Entidad Promotora de Salud. Las entidades cuyos ingresos por cotización sean mayores que las Unidades de Pago por Capitación reconocidas trasladarán estos recursos a la subcuenta de compensación, para financiar a las entidades en las que aquéllos sean menores que las últimas.

“Parágrafo. La Superintendencia Nacional de Salud realizará el control posterior de las sumas declaradas y tendrá la facultad de imponer las multas que defina el respectivo reglamento”.

⁷ “**Ley 489/98. Artículo 111. Requisitos y procedimientos de los actos administrativos y convenios para conferir funciones administrativas a particulares.** Las entidades o autoridades administrativas podrán conferir el ejercicio de funciones administrativas a particulares, bajo las



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

hubiera delegado esa función en el administrador del FOSYGA, mediante el acto administrativo (*Decreto ejecutivo aprobado por el Presidente de la República*) y el convenio correspondientes.

Los argumentos expuestos corroboran, para el momento de los hechos de la controversia, además de la inexistencia de función administrativa del Ministerio de Salud y Protección Social y del administrador del FOSYGA, la ausencia de delegación de dicha función del primero al segundo.

En estos términos dejo consignado mi salvamento frente a lo decidido por la Sala en la sentencia de 20 de abril de 2023.

FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE
MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO
Magistrada

Nota: esta providencia fue suscrita en forma electrónica mediante el aplicativo SAMAI, de manera que el certificado digital que arroja el sistema permite validar la integridad y autenticidad del presente documento en el link <https://relatoria.consejodeestado.gov.co:8080/Vistas/documentos/validador>. Igualmente puede acceder al aplicativo de validación escaneando con su teléfono celular el código QR que aparece a la derecha.



condiciones de que trata el artículo anterior, cumpliendo los requisitos y observando el procedimiento que se describe a continuación:

“1. Expedición de acto administrativo, decreto ejecutivo, en el caso de ministerios o departamentos administrativos o de acto de la junta o consejo directivo, en el caso de las entidades descentralizadas, que será sometido a la aprobación del Presidente de la República, o por delegación del mismo, de los ministros o directores de departamento administrativo, mediante el cual determine:

“a) <Literal CONDICIONALMENTE EXEQUIBLE> Las funciones específicas que encomendará a los particulares;

“b) Las calidades y requisitos que deben reunir las entidades o personas privadas;

“c) Las condiciones del ejercicio de las funciones;

“d) La forma de remuneración, si fuera el caso;

“e) La duración del encargo y las garantías que deben prestar los particulares con el fin de asegurar la observancia y la aplicación de los principios que conforme a la Constitución Política y a la ley gobiernan el ejercicio de las funciones administrativas.

“2. La celebración de convenio, cuyo plazo de ejecución será de cinco (5) años y para cuya celebración la entidad o autoridad deberá:

“Elaborar un pliego o términos de referencia, con fundamento en el acto administrativo expedido y formular convocatoria pública para el efecto teniendo en cuenta los principios establecidos en la Ley 80 de 1993 para la contratación por parte de entidades estatales.

“Pactar en el convenio las cláusulas excepcionales previstas en la Ley 80 de 1993 y normas complementarias, una vez seleccionado el particular al cual se conferirá el ejercicio de las funciones administrativas”. (subrayado fuera del texto)