



Radicación: 25000-23-26-000-2012-00291-01(55085)
Demandante: Entidad Promotora de Salud Sanitas S.A.

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN TERCERA

Bogotá D.C., veintiséis (26) de mayo de dos mil veintitrés (2023)

Referencia: Reparación directa
Radicación: 25000-23-26-000-2012-00291-01 (55085)
Demandante: Entidad Promotora de Salud Sanitas S.A.
Demandados: Nación-Ministerio de Salud y Protección Social y otro
Asunto: Salvamento de voto

Con el acostumbrado respeto por las decisiones adoptadas por la Sala Plena de la Sección Tercera de esta Corporación, procedo a exponer las razones por las cuales salvé mi voto en relación con la sentencia aprobada el pasado 20 de abril, a través de la cual se unificó la jurisprudencia respecto de la acción procedente para solicitar la indemnización de los daños derivados de las decisiones del administrador fiduciario del Fosyga –Consortio Fidufosyga 2005– frente a las solicitudes de recobro por servicios de salud no incluidos en el POS, en el sentido de afirmar que el medio de control por el que deben encausarse estas reclamaciones es el de nulidad y restablecimiento del derecho.

Para arribar a esa conclusión, en la providencia de la cual me aparto se indicó que el Consortio Fidufosyga ejercía “*función administrativa*” y que, en ese sentido, “*la decisión definitiva (...) –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*”, consideración que se apoyó, fundamentalmente, en algunos apartes de la sentencia C-510 de 2004 de la Corte Constitucional y en el contenido del artículo 13 del Decreto 1281 de 2002, a través del cual se regulaba en su momento el término para presentar cobros o reclamaciones con cargo a recursos del Fosyga.

No obstante, a mi juicio, estos argumentos resultaban insuficientes para fundar la conclusión a la que arribó la posición mayoritaria de la Sala.



En primer lugar, porque lo que la Corte Constitucional estaba examinando en la sentencia C-510 de 2004 no era propiamente si la naturaleza de la respuesta que el Consorcio expedía frente a una solicitud de recobro tenía o no el carácter de acto administrativo, sino la determinación, desde la perspectiva constitucional, de si lo establecido en el artículo 13 del Decreto 1281 de 2002 comportaba una vulneración de los derechos de petición y debido proceso —al, supuestamente, modificar el plazo previsto en la Carta para el primero y no fijar reglas claras para el ejercicio del segundo—, si desconocía las reglas generales del Decreto 01 de 1984 sobre trámite administrativo y si se estaba imponiendo el deber de acudir al reclamo judicial de la acreencia.

Fue en ese contexto que la Corte sostuvo, en un acápite que, a mi juicio, constituye apenas un *obiter dicta* de la sentencia de constitucionalidad atrás señalada, que esa disposición contenía un procedimiento administrativo especial que no cercenaba los derechos y garantías alegadas y que las actuaciones del administrador del Fosyga eran de naturaleza pública porque aquél ejercía funciones administrativas.

Y digo que esas afirmaciones hacen parte del *obiter* de la providencia indicada porque, en primer lugar, ellas no fueron el resultado de un ejercicio argumentativo que tuviera en cuenta aspectos centrales de ese debate —incluyendo uno apenas obvio que es el relacionado con la fuente de la cual se derivaría la alegada facultad de ejercer funciones administrativas para un consorcio conformado por particulares, es decir, si ella surge de la ley, de un acto de delegación o, quizás, de la sola administración de recursos públicos—, sino que se plantearon al desgaire dentro de la definición de un asunto de naturaleza constitucional. Además, en segundo término, porque en pronunciamientos posteriores en los que esa Corporación sí ha tenido que abordar específicamente ese tema al resolver conflictos de competencia relacionados con el conocimiento de demandas por recobros, las afirmaciones contenidas en la sentencia C-510 de 2004 no han sido reiteradas o siquiera referenciadas por la Corte Constitucional, lo cual refuerza la conclusión de que ello solo fue un dicho de paso que no fijó una regla precedente sobre la materia¹.

¹ Un caso que ilustra bien no solo la disparidad de criterios en esta materia sino la falta de aplicación o siquiera de referencia al alegado precedente contenido en la sentencia C-510 de 2004, es el analizado en el Auto 1506 de 2022, en el que la Corte Constitucional se pronunció frente al conflicto de competencia negativo planteado entre el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Bogotá y la Delegada para la Función Jurisdiccional y Conciliación de la Superintendencia Nacional de Salud, para conocer de una demanda de reparación directa presentada por la EPS Servicio Occidental de



Sin embargo, en la providencia de la cual me apartó pareció entenderse no solo que el debate sobre el tema ya había sido definitivamente zanjado por la Corte Constitucional sino que la existencia de ese solitario pronunciamiento relevaba al juez de lo contencioso administrativo del deber de analizar si realmente el Consorcio ejercía o no función administrativa, discusión que, a mi juicio, habría llevado a la conclusión de que la formulación de glosas a las solicitudes de recobro no podía ser considerada como una manifestación de una función de esa naturaleza².

Lo anterior, no solo por la potísima razón de que no existe norma legal, reglamentaria, acto de delegación o afín del cual pudiera derivarse el ejercicio de una tarea que, como particular que era, no tenía por derecho propio, sino porque las operaciones y demás actuaciones del Consorcio Fidufosyga se guiaban por las reglas propias del encargo fiduciario previstas en el numeral 5° del artículo 32 de la

Salud S.A. contra el Ministerio de Salud y el Consorcio Fidufosyga 2005, a través de la cual se pretendía precisamente el reembolso de servicios médicos NO POS, luego de que se hubieran adelantado las actuaciones que a continuación se reseñan:

- El asunto había sido conocido en primer lugar por la Subsección C de Descongestión de la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, que dictó sentencia declarando la indebida escogencia de la acción —por considerar que la que procedía era la de nulidad y restablecimiento del derecho—, decisión que fue impugnada y resuelta por la Subsección A de la Sección Tercera del Consejo de Estado, que declaró la nulidad de todo lo actuado por falta de jurisdicción y ordenó remitir el proceso a los Juzgados Laborales del Circuito de Bogotá.
- Una vez asignado al Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Bogotá, este resolvió rechazar la demanda por falta de competencia y remitirla a los Jueces Civiles de ese mismo Circuito bajo el entendido de que se trataba del cobro de unas facturas.
- Repartido el proceso al Juzgado Cuarenta y Uno Civil del Circuito de Bogotá, este también propuso conflicto de competencia negativo el cual fue resuelto por la Sala Mixta del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá que concluyó que este, en realidad, era un conflicto entre la jurisdicción de lo contencioso administrativo y la ordinaria porque las dos habían rehusado el conocimiento del asunto.
- Remitido el expediente al Consejo Superior de la Judicatura, la Sala Jurisdiccional Disciplinaria dispuso que la competencia correspondía al Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Bogotá, porque la jurisdicción contencioso administrativa solo conoce de los procesos referidos a la seguridad social de los servidores públicos, cuando su régimen sea administrado por una persona de derecho público, lo que no correspondía con el caso analizado.
- Sin embargo, el Juzgado Segundo Laboral nuevamente declaró su falta de competencia para conocer del tema bajo las reglas de competencia modificadas por el artículo 6 de la Ley 1949 de 2019, en lo referente a la función jurisdiccional de la Superintendencia Nacional de Salud.
- Recibido el expediente por esa Superintendencia, ella dispuso el rechazó de la demanda y promovió un conflicto de competencias negativo ante la Corte Constitucional.

Al resolver el asunto, la Corte no solo no efectuó ninguna consideración relacionada con el hecho de que los actos enjuiciados fueran actos administrativos o con que la función que cumplía para ese momento el Consorcio Fidufosyga fuera de naturaleza administrativa sino que, sin reparar siquiera en lo dicho en la sentencia C-510 de 2004 atrás citada, determinó que el conflicto entre el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Bogotá y la Superintendencia Nacional de Salud no involucraba distintas jurisdicciones sino solo la ordinaria, por lo que se declaró inhibida para conocer del tema y ordenó su remisión a la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá.

² Se resalta que la Corte Constitucional en la Sentencia C-189 de 1998 determinó que la función administrativa corresponde a aquella actividad “por medio de la cual un órgano busca realizar el derecho y cumplir sus fines y cometidos”.



Ley 80 de 1992³ y bajo las precisas y estrictas instrucciones que le fijaba el fideicomitente, sin que tampoco pudiera entenderse que, amparado en tal relación contractual, el Consorcio era una especie de representante o de mandatario del Ministerio de Salud.

En todo caso, incluso si se llegará a la conclusión de que ese Consorcio sí ejercía función administrativa, ello tampoco podía derivar en la conclusión automática de que las comunicaciones de glosas que emitía constituían entonces verdaderos actos administrativos, pues solo pueden ser considerados como tal aquellos que cumplan con los requisitos que la jurisprudencia y la doctrina han reconocido para esos efectos.

Como bien se sabe, en términos generales y sin desconocer las diferentes aristas que se han planteado en torno a la construcción de ese concepto, el acto administrativo se concibe como *“la expresión de voluntad de una autoridad o de un particular en ejercicio de funciones administrativas, que cambie el ordenamiento jurídico, es decir, que por sí mismo cree, extinga o modifique una situación jurídica.”*⁴. Sin embargo, las comunicaciones a través de las cuales el Consorcio Fidufosyga *glosaba* las solicitudes de recobro presentadas por las entidades prestadoras de salud carecían de, al menos, dos de los citados elementos, pues, además de que, como atrás se indicó, no constituían ejercicio de función administrativa, tampoco podían ser consideradas como una manifestación unilateral de la voluntad que creara, extinguiera o modificara una situación jurídica.

En efecto, debe tenerse en cuenta que el Consorcio Fidufosyga tenía a su cargo la administración de la cuenta del Fosyga bajo la modalidad de un encargo fiduciario y en virtud de lo previsto en los artículos 218 de la Ley 100 de 1993 y 7 del Decreto 1283 de 1996, de manera que las comunicaciones que expedía no constituían una manifestación de su voluntad unilateral ni mucho menos de la voluntad de la administración. Lo anterior, por tanto, de un lado, el Consorcio no podía decidir autónomamente sobre ningún aspecto relacionado con las solicitudes de cobro formuladas por las entidades prestadoras de salud, sino que se limitaba a aplicar la

³ El inciso primero del numeral 5° del artículo 32 de la Ley 80 de 1992 establece: *“Los encargos fiduciarios que celebren las entidades estatales con las sociedades fiduciarias autorizadas por la Superintendencia Bancaria, tendrán por objeto la administración o el manejo de los recursos vinculados a los contratos que tales entidades celebren.”*

⁴ Consejo de Estado, Sección Cuarta, sentencia del 5 de diciembre de 2011, radicación 25000-23-27-000-2005-00262 01 (16532).



carta de instrucciones que le había dado el fideicomitente, y, del otro, como quiera que la *glosa* que planteaba no era en sí misma una decisión de no pago de un valor específico, sino una observación sobre la ausencia de algún requisito previsto por la administración para el reconocimiento de la obligación de pago, fruto de un proceso de auditoría que estaba a cargo del Consorcio.

En ese escenario, la circunstancia de que las solicitudes de cobro planteadas por las EPS estuvieran ceñidas a un procedimiento en nada modifica la consideración de que ellas no sean verdaderos actos administrativos, pues ni este es un elemento definitorio de ese tipo de actos ni todo procedimiento debe terminar necesariamente con la expedición de una decisión de esa naturaleza.

Ahora bien, el otro argumento que se propuso en la sentencia como fundamento de la regla de unificación allí adoptada se relaciona con el contenido y alcance del artículo 13 del Decreto Ley 1281 de 2002, en particular en cuanto la versión original de dicha normativa preveía que la solicitud de cobro o reclamación debía plantearse *“dentro de los seis meses siguientes a la generación o establecimiento de la obligación de pago o de la ocurrencia del evento, según corresponda”* y que no podía pedirse *“por vía administrativa su reconocimiento con posterioridad al término establecido”*, expresión que sirvió para reforzar la consideración de que en este trámite había ejercicio de función administrativa y que este culminaba con la expedición de un acto administrativo.

No obstante, estimo que aquí nuevamente se incurre en el equívoco de equiparar conceptos que guardan diferencias profundas —me refiero a los de *vía administrativa, función administrativa y acto administrativo*—, para derivar de ellos consecuencias jurídicas con alcances mayores a los que se derivan de su propio contenido.

Además, encuentro importante resaltar que la providencia de la que me aparto no analizó las implicaciones de la modificación introducida por el Decreto 19 de 2012 a la norma en cita⁵, en el sentido de eliminar la expresión *“vía administrativa”* y poner

⁵ A través de esta modificación se eliminó la expresión *“vía administrativa”*, y en su párrafo primero se precisó que *“por una única vez, el FOSYGA reconocerá y pagará 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.* [esto es,



como condición de pago para determinadas glosas que no hubiere fenecido el plazo para el ejercicio de la acción de reparación directa, o si es que con ella, en realidad, se precisaron asuntos que venían generando debates y confusiones alrededor del entendimiento de ese tema.

Así las cosas y a partir de las anteriores reflexiones, sostuve en las discusiones que se adelantaron en Sala sobre este asunto que, a mi juicio, aunque sin duda la jurisdicción competente para conocer de los reclamos derivados de las comunicaciones de glosa expedidas por el Consorcio Fidufosyga 2005 es la contencioso administrativa, en tanto ese particular administraba dineros públicos destinados a financiar el sistema de salud, ellas no pueden ser entendidas como actos administrativos y, por tanto, el medio de control procedente para formular esa reclamación no puede ser el de la nulidad y restablecimiento del derecho.

En realidad, en mi criterio, la fuente de la obligación que en estos casos se reclama deviene del derecho que tienen las E.P.S. a que se les reembolsen los gastos por la prestación de un servicio médico que, estando por fuera del Plan Obligatorio de Salud (POS) y no siendo financiado por las Unidades de Pago por Capitación (UPC), tuvieron que asumir por orden judicial o del Comité Técnico Científico, con cargo a sus propios recursos, y no de una supuesta *decisión* de no pago de parte del administrador fiduciario.

En ese sentido, la vía judicial adecuada para plantear esa reclamación, a mi juicio, es la del medio de control de reparación directa, pues, desde la teoría de las obligaciones, la falta de pago se erige como un crédito en favor de las empresas prestadoras de servicios de salud. Se trata de una típica situación de enriquecimiento sin causa, en la que se presta un servicio por el que no se recibe contraprestación y que, por tanto, genera el derecho a que se le reconozca el valor que se tuvo que asumir por tal situación.

Finalmente, debo precisar que este análisis se relaciona con aquellas solicitudes de recobro que fueron generadas antes de la creación y entrada en funcionamiento del ADRES, entidad que claramente es de naturaleza pública y cuyas decisiones sobre aprobación o no de pagos, como lo señaló la Corte Constitucional en Auto 389 del

la relativa a la acción de reparación directa] 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”.



Radicación: 25000-23-26-000-2012-00291-01(55085)
Demandante: Entidad Promotora de Salud Sanitas S.A.

22 de julio de 2021, constituyen verdaderos actos administrativos que pueden ser, ellos sí, controvertidos a través de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho.

En este sentido dejo sentada mi posición respecto al caso objeto de estudio.

NICOLÁS YEPES CORRALES
Consejero