



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

Consejero ponente: GUILLERMO SÁNCHEZ LUQUE

Bogotá D.C., veinte (20) de abril de dos mil veintitrés (2023)

Radicación número: 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

RECOBRO DE PRESTACIONES NO INCLUIDAS EN EL POS (HOY PBS)-Competencia de la jurisdicción contencioso administrativa. FONDO DE SOLIDARIDAD Y GARANTÍA (FOSYGA)-Objeto y regulación. ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD-Repetición contra el Estado por medicamentos que no figuren en el listado. RECURSOS DEL FOSYGA-Reconocimiento por vía administrativa, Decreto-Ley 1281 de 2002. RECOBROS POR SERVICIOS DE SALUD NO INCLUIDOS EN EL POS-El rechazo en el cobro configura un acto administrativo. RECOBROS POR SERVICIOS DE SALUD NO INCLUIDOS EN EL POS-La acción de reparación directa no es la idónea para reclamar ante negativas del Fosyga. FOSYGA-La acción de reparación directa no es procedente para controvertir decisiones del administrador fiduciario del Fosyga. ADMINISTRADOR FIDUCIARIO DEL FOSYGA-Sus decisiones se controvierten por acción de nulidad y restablecimiento del derecho. INDEBIDA ESCOGENCIA DE LA ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA-La acción de nulidad y restablecimiento del derecho procede para reparar daños provenientes de actos administrativos. INEPTITUD SUSTANTIVA DE LA DEMANDA-La demanda no señala los motivos de violación normativa fuente del daño alegado. CADUCIDAD EN NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO-El término en vigencia del CCA se contabiliza a partir del día siguiente al de la notificación del acto administrativo. DERECHOS DE CONTENIDO CREDITICIO-El titular puede renunciarlos si solo afectan el interés individual y no lo prohíbe la ley. UNIFICACIÓN DE JURISPRUDENCIA-Acción procedente para controvertir las decisiones del administrador fiduciario del Fosyga frente al recobro de servicios no cubiertos por el POS. COSTAS EN CCA-Improcedencia cuando no se actúa con temeridad o mala fe.

La Sala Plena de la Sección Tercera, mediante auto del 24 de febrero de 2022, avocó en segunda instancia el conocimiento del asunto de la referencia, con el fin de proferir sentencia de unificación jurisprudencial, en relación con la acción procedente para solicitar la indemnización 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. La Sala Plena de la Sección Tercera decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia del 23 de abril de 2015, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, que declaró la indebida escogencia de la acción.

SÍNTESIS DEL CASO

La Entidad Promotora de Salud Sanitas S.A. presentó 108 solicitudes de recobro por la provisión de «terapias ABA» ante el Consorcio Fidufosyga 2005. El Consorcio Fidufosyga 2005 no aprobó el pago de las solicitudes de recobro al considerar que esos servicios estaban incluidos en el POS y eran remunerados a través de la Unidad de Pago por Capitación –UPC–.



2
Expediente nº. 55.085
Demandante: EPS Sanitas S.A.
Declara la inepta demanda

ANTECEDENTES

El 17 de febrero de 2012, la Entidad Promotora de Salud Sanitas S.A., a través de apoderado judicial, formuló **demanda de reparación directa** en contra de la Nación-Ministerio de Salud y Protección Social y de las sociedades integrantes del Consorcio Fidufosyga 2005: Fiduciaria Bancolombia S.A., Fiduprevisora S.A., Fiduciaria Cafetera S.A., Fiduciaria de Occidente S.A., Fiduciaria Bogotá S.A., Fiduciaria Popular S.A., Fiduciaria Colombiana de Comercio Exterior S.A. y Sociedad Fiduciaria de Desarrollo Agropecuario S.A. Solicitó por concepto de daño emergente \$328.520.715 por los servicios de terapias ABA pagados y \$32.852.071 por los gastos administrativos. Además, \$156.135.813 por concepto de lucro cesante. En apoyo de las pretensiones, la parte demandante afirmó que mediante fallos de tutela y decisiones del Comité Técnico Científico le ordenaron prestar servicios de salud denominados «terapias ABA», aunque no estaban incluidos en el POS. Alegó que el Consorcio Fidufosyga 2005 no aprobó las solicitudes de recobro y que no estaba en el deber de soportar la prestación de esos servicios sin una remuneración.

El 27 de junio de 2012 se admitió la demanda y se ordenó su notificación. En el escrito de **contestación de la demanda**, al oponerse a las pretensiones, la Nación-Ministerio de Salud y Protección Social afirmó que los servicios que se recobraron eran reconocidos mediante la UPC. Propuso la excepción de indebida escogencia de la acción. Las sociedades integrantes del Consorcio Fidufosyga 2005 adujeron falta de legitimación en la causa por pasiva, pues el consorcio no era titular de los recursos destinados al Fosyga y el reconocimiento de recobros estaba condicionado a la aprobación del Ministerio de Salud y Protección Social. Propusieron las excepciones de improcedencia del reconocimiento de intereses y gastos administrativos, ausencia de daño especial y cumplimiento de la normatividad vigente. El 17 de marzo de 2015 se corrió traslado a las partes y al Ministerio Público para **alegar de conclusión** y presentar concepto, respectivamente. Las partes reiteraron lo expuesto. El Ministerio Público guardó silencio.

El 23 de abril de 2015, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca en la **sentencia** declaró la indebida escogencia de la acción, pues 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 nº. 3099 y nº. 3754 de 2008. La parte demandante interpuso **recurso de apelación**, que fue concedido el



3
Expediente nº. 55.085
Demandante: EPS Sanitas S.A.
Declara la inepta demanda

23 de junio de 2015 y admitido el 28 de octubre siguiente. La parte demandante esgrimió que, aunque las actividades del administrador fiduciario se sujetaban al derecho público, la decisión de negar los recobros por servicios no incluidos en el POS no tenía las características de un acto administrativo, sino de una simple comunicación. El 17 de enero de 2016 se corrió traslado para **alegar de conclusión en segunda instancia**. Las partes reiteraron lo expuesto. El Ministerio Público sostuvo que se configuró la indebida escogencia de la acción, porque los daños alegados por la parte demandante se derivaban de actos administrativos.

El 24 de febrero de 2022, la Sala Plena de la Sección Tercera avocó conocimiento del presente asunto por **importancia jurídica y por la necesidad de sentar jurisprudencia** sobre la acción procedente para solicitar la reparación de los daños derivados de la decisión del administrador fiduciario del Fosyga frente a las solicitudes de recobro por servicios de salud no incluidos en el POS. En Sala Plena de la Sección Tercera del 23 de febrero de 2023, el **proyecto de fallo fue derrotado** y en auto de esa fecha, se ordenó remitir el expediente al Consejero siguiente en turno.

CONSIDERACIONES

I. Presupuestos procesales

Jurisdicción y competencia

1. La jurisdicción administrativa, como guardián del orden jurídico, conoce de las controversias cuando se demande la ocurrencia de un daño cuya causa sea una acción u omisión de una entidad estatal según el artículo 82 CCA, modificado por el artículo 1 de la Ley 1107 de 2006.

El Consejo de Estado es competente en segunda instancia para estudiar este asunto de conformidad con el artículo 129 CCA, según el cual conoce de los recursos de apelación contra las sentencias dictadas en primera instancia por los Tribunales Administrativos. Así mismo, esta Corporación es competente en razón a la cuantía pues, de conformidad con el artículo 157 CPACA –aplicable según lo dispuesto por el artículo 198 de la Ley 1450 de 2011– el valor de la pretensión material mayor supera los 500 SMLMV exigidos por el artículo 132.6 CCA, esto es,



\$267.800.000¹. Conforme a la distribución de trabajo prevista en el artículo 13 del Acuerdo n°. 080 de 2019, a la Sección Tercera le corresponden los procesos presentados como reparación directa.

Acción procedente

2. La Sala se ve obligada a plantear el problema jurídico en el estudio de este presupuesto procesal por las razones que se pasarán a explicar.

II. Problema jurídico

Corresponde a la Sala determinar si la acción de reparación directa es idónea para solicitar la reparación 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.

III. Análisis de la Sala

Recobros por servicios de salud no incluidos en el POS

3. El artículo 48 CN prevé que la Seguridad Social es un servicio público de carácter obligatorio que se presta 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. De acuerdo a este precepto, en consonancia con los artículos 365 a 370 CN, la Seguridad Social puede ser prestada por entidades públicas o privadas, de conformidad con la ley, y los recursos de sus instituciones no se podrán destinar, ni utilizar para fines diferentes a ella.

En desarrollo de ese mandato constitucional, la Ley 100 de 1993 creó el Sistema General de Seguridad Social en Salud, para regular el servicio público esencial de salud y crear condiciones de acceso para toda la población, en todos los niveles de atención (art 152). El Estado interviene en el servicio público de seguridad social en salud, en el marco dispuesto en la CN –arts. 48, 49, 334, 365 a 370– y en la ley. La intervención del Estado busca, entre otros, evitar que los recursos destinados a la seguridad social en salud se destinen a fines diferentes y garantizar la asignación prioritaria del gasto público para el servicio de salud como parte fundamental del

¹ Suma que se obtiene de multiplicar el salario mínimo de 2012, \$267.800.000, por 500.



gasto público social (art. 154 g y h).

El Sistema General de Seguridad Social en Salud estaba integrado –entre otros– por organismos de administración y financiación, como el Fondo de Solidaridad y Garantía –Fosyga– (art. 155.2). El Fosyga tenía a su cargo el manejo y administración de los recursos que integraban el sistema. Su objeto era garantizar la compensación entre personas de distintos ingresos y riesgos y la solidaridad del Sistema General de Seguridad Social en Salud, cubrir los riesgos catastróficos, los accidentes de tránsito, entre otras funciones complementarias (art. 156 I.).

El Fosyga fue constituido como una cuenta adscrita al Ministerio de Salud que se manejaba por encargo fiduciario, sin personería jurídica, ni planta de personal propia, de conformidad con el Estatuto General de la Contratación (art. 218). Al establecer su estructura, la Ley 100 dispuso que el Fosyga tendría las siguientes subcuentas independientes: (i) compensación interna del régimen contributivo; (ii) solidaridad del régimen de subsidios en salud; (iii) promoción de la salud; (iv) seguro de riesgos catastróficos y accidentes de tránsito (art. 219 Ley 100 de 1993) y (v) de garantías en salud (artículo 41 Decreto Ley 4107 de 2011).

El Decreto 1283 de 1996, que reglamentó el funcionamiento del Fosyga, dispuso que los recursos del Fosyga se manejarían de manera independiente dentro de cada subcuenta y se destinarían exclusivamente a las finalidades previstas en la ley (art. 3). Cada subcuenta del Fosyga debía ser administrada mediante encargo fiduciario –en el que no hay traspaso de la propiedad, ni constitución de un patrimonio autónomo (art. 32.5 Ley 80 de 1993²)–, sin perjuicio de que un mismo encargo pudiera administrar una subcuenta o todas ellas (art. 4). La dirección y control integral del Fosyga estaba a cargo del Ministerio de Salud (art. 5) y el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud –CNSSS– actuaría como consejo administrador (art. 6). A su vez, la capacidad para contratar y comprometer, lo mismo que la ordenación del gasto, sobre las apropiaciones del Fosyga estaban en cabeza del Ministro de Salud, en los términos de la ley orgánica del presupuesto (art. 47).

Los recursos del Fosyga que gestionaban los administradores fiduciarios provenían, principalmente, de las cotizaciones –contribuciones parafiscales– para el régimen contributivo y de subsidios financiados con recursos «fiscales o de solidaridad»

² Declarado exequible, salvo su inciso primero, cfr. Corte Constitucional, sentencia C-086 de 1995, [fundamento jurídico 2.1].



previstos en la ley para el régimen subsidiado (arts. 156.b, 202 y 211 Ley 100 de 1993). De modo que, el administrador fiduciario del Fosyga manejaba recursos públicos.

4. Todos los afiliados al Sistema General de Seguridad Social en Salud tienen derecho al plan de protección de la salud, con atención preventiva, médico-quirúrgica y medicamentos esenciales, denominado Plan Obligatorio de Salud – POS–. Las entidades promotoras de salud –EPS– deben suministrar el POS a cualquier persona que desee afiliarse y pague la cotización o tenga un subsidio. En contraprestación, por cada persona afiliada y beneficiaria, las EPS reciben una Unidad de Pago por Capitación –UPC–, que es definida periódicamente por el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud (art. 156 c, e y f Ley 100 de 1993).

Aunque la Ley 100 de 1993 solo establecía que las EPS debían suministrar los servicios previstos en el POS –a cambio de la UPC–, los jueces por tutela ordenaron a las EPS cubrir servicios de salud adicionales y las «autorizaron» a «repetir contra el Estado» con cargo a las subcuentas del Fosyga³. Por ello, el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud autorizó la posibilidad de que se formularan medicamentos no incluidos en el POS (art. 8 Acuerdo 83 de 1997) y el Ministerio de salud reglamentó el procedimiento que debían cumplir las EPS para su recobro ante esa entidad (Resoluciones n.º. 5061 de 1997 y 2312 de 1998).

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 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 si el último apartado del artículo 13 era inconstitucional –por ser contrario al artículo 29 CN–, que el legislador –extraordinario– creó un *procedimiento administrativo especial* y que, en lo no

³ Cfr. Corte Constitucional, sentencia SU-480 de 1997 [fundamento jurídico 9].



regulado y en tanto fueran compatibles, debía acudirse 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»⁴. 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*.

El artículo 111 del Decreto-Ley 19 de 2012, que modificó el artículo 13 del Decreto-Ley 1281 de 2002 –modificación que no aplica a este proceso–, cambió el plazo para la presentación de recobros –un año–. El párrafo primero de este precepto previó que el Fosyga reconocería –por una única vez– los recobros presentados antes de la entrada en vigencia de esa disposición que cumplieran ciertas condiciones, siempre que no hubiera operado la caducidad del art. 136.8 CCA. A partir de esas modificaciones no puede decirse que se haya alterado la «naturaleza» del «procedimiento administrativo especial» de recobro, que por mandato legal se debía adelantar ante el Fosyga, ni de los «actos» expedidos por el administrador fiduciario. Ese artículo –y en particular ese párrafo–, al regular los requisitos excepcionales para el reconocimiento de los recobros ante el Fosyga –en unos eventos específicos–, no previó las condiciones para hacer la reclamación por vía judicial.

El Decreto-Ley 2106 de 2019 también modificó el artículo 13 para establecer que el recobro se debía adelantar ante la entidad administradora de los recursos del sistema general de seguridad social en salud –ADRES–, que reemplazó al administrador fiduciario del Fosyga.

En armonía con el artículo 13 del Decreto-Ley 1281 de 2002, el Ministerio de Salud y Protección social reglamentó el procedimiento de recobro ante el Fosyga 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.

⁴ Cfr. Corte Constitucional, sentencia C-510 de 2004 [fundamento jurídico 4.3].



8
Expediente nº. 55.085
Demandante: EPS Sanitas S.A.
Declara la inepta demanda

El procedimiento especial de recobro, en términos generales, comprendía las siguientes etapas: las EPS debían radicar, en la dependencia de correo y radicación del Ministerio o de la entidad que se definiera para ese efecto, la solicitud de recobro junto con el formato, los anexos y los documentos aplicables según el caso. La solicitud debía presentarse en el término establecido en el artículo 13 del Decreto-Ley 1281 de 2002. Una vez radicada, el Ministerio de Salud y Protección Social o la entidad que se definiera para tal efecto –en este caso el administrador fiduciario del Fosyga– debía adelantar el estudio de la solicitud de recobro en el plazo previsto en la regulación. El estudio de la solicitud de recobro podía resultar en rechazo, devolución, aprobación condicionada, inconsistencia o aprobación para pago.

El resultado de la auditoría debía comunicarse al representante legal de la EPS indicando el estado del recobro, las causales aplicadas y las razones por las que se había reliquidado el valor recobrado. La comunicación debía contener: la fecha de expedición de la comunicación; el número de recobro y de radicación; el código de la causal aplicada y el término con el que contaba la EPS para dar respuesta. Esa comunicación podía ser objetada –dentro del plazo dispuesto– por la entidad recobrante para que se confirmara o modificara su decisión inicial. La respuesta a la objeción debía informarse dentro del plazo previsto en la regulación y el resultado era definitivo –Resoluciones n°. 2948 y n°. 2949 de 2003, n°. 3797 de 2004, n°. 2933 de 2006, n°. 3099 de 2008, n°. 458 y n°, 5395 de 2013, n°. 3951 de 2016, entre otras–.

Ineptitud sustantiva de la demanda

5. La acción de reparación directa es el medio de control idóneo para perseguir la declaratoria de responsabilidad patrimonial del Estado cuando el daño invocado proviene de un hecho, omisión, operación administrativa o cualquier otra actuación estatal distinta a un contrato estatal o un acto administrativo (artículo 90 CN y artículo 86 CCA).

La acción de nulidad y restablecimiento del derecho es la idónea para impugnar la legalidad de un acto administrativo cuando se estime que este ha lesionado un derecho contenido en una norma jurídica, su consecuente restablecimiento del derecho y también para solicitar que se reparen los perjuicios causados con el acto (artículo 85 CCA). La acción de reparación directa y la de nulidad y restablecimiento del derecho comparten una naturaleza indemnizatoria, pero difieren en cuanto a la fuente que genera el daño, que supone una distinta formulación de las pretensiones



y un término diverso de caducidad. Si el daño tiene origen en un acto administrativo, por regla general⁵, la acción procedente es la de nulidad y restablecimiento del derecho, mientras que, si la fuente del daño es un hecho, omisión u operación administrativa, la responsabilidad de la administración se debe perseguir a través de la acción de reparación directa⁶.

Si bien la Sala ha admitido excepcionalmente la procedencia de la acción de reparación directa por daños causados por actos administrativos, cuya legalidad no se cuestiona⁷, no basta con invocar como título de imputación el «daño especial» por una supuesta ruptura de las cargas públicas para que la acción se entienda de reparación directa, si lo que se pretende es cuestionar la legalidad del acto administrativo.

6. Según la demanda, mediante las 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, el Consorcio Fidufosyga 2005 negó definitivamente el recobro de 108 solicitudes, pues estimó que las «terapias ABA» estaban cubiertas en el POS. La fuente del daño que se reclama es la presunta ilegalidad de las decisiones [actos administrativos] del Consorcio Fidufosyga 2005. En la demanda se alegó que las solicitudes se negaron porque los servicios estaban incluidos en el POS, aunque esto no era cierto. Por ello, el demandante debió solicitar la anulación de los actos administrativos que negaron las solicitudes de recobro, a través de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho y no la de reparación directa.

7. El artículo 137.4 CCA dispone que toda demanda ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo deberá contener, cuando se trate de la impugnación de un acto administrativo, las normas violadas y la explicación del concepto de la violación. La ausencia de este requisito impide un pronunciamiento sobre el particular, pues el juez, al desconocer las razones de la supuesta violación normativa de los actos administrativos demandados, no puede suplir la inactividad

⁵ Excepcionalmente la jurisprudencia ha aceptado la procedencia de la acción de reparación directa para reparar daños causados por actos administrativos. Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 17 de junio de 1993, Rad. 7.303 [fundamentos jurídicos 10 y 11] y sentencia del 8 de marzo de 2007, Rad. 16.421 [fundamento jurídico 3], en *Antología Jurisprudencias y Conceptos, Consejo de Estado 1817-2017 Sección Tercera Tomo B*, Bogotá, Imprenta Nacional, 2018, pp. 744, 746 y 747, disponible en <https://bit.ly/3gjjduK>.

⁶ Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, auto del 2 de junio de 1994, Rad. 9.589 [fundamento jurídico b] y sentencia del 27 de abril de 2011, Rad. 19.846 [fundamento jurídico 1.2.1].

⁷ Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 17 de junio de 1993, Rad. 7.303 [fundamentos jurídicos 10 y 11] y sentencia del 8 de marzo de 2007, Rad. 16.421 [fundamento jurídico 3], en *Antología Jurisprudencias y Conceptos, Consejo de Estado 1817-2017 Sección Tercera Tomo B*, Bogotá, Imprenta Nacional, 2018, pp. 744, 746 y 747, disponible en <https://bit.ly/3gjjduK>.



procesal del demandante sobre este punto⁸. La Corte Constitucional –al declarar la exequibilidad del artículo 137.4 CCA– concluyó que si el acto administrativo, como expresión de la voluntad de la Administración, se presume legal y es ejecutivo y ejecutorio, le corresponde a quien alega su ilegalidad la carga procesal de cumplir con las exigencias que prevé la norma⁹.

La parte demandante, como formuló la acción de reparación directa, no señaló de forma precisa las normas violadas, ni explicó el concepto de la violación de esos preceptos para controvertir la validez de los actos. La demanda expuso, de manera general, las razones por las cuales la parte demandante no tenía el deber de soportar el pago de las «terapias ABA». Esa circunstancia impide un pronunciamiento de fondo. En tal virtud, se configuró la ineptitud sustantiva de la demanda. Por ello, la Sala confirmará la decisión de primera instancia.

Demanda en tiempo

8. El fenómeno de caducidad, además, se configura cuando vence el término previsto en la ley para acudir ante los jueces para demandar. Término que está concebido para definir un plazo objetivo e invariable para que quien pretenda ser titular de un derecho, opte por accionar ante las autoridades competentes. La caducidad tiene lugar justamente cuando expira ese término perentorio fijado por la ley. El término para formular la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, de conformidad con el artículo 136.2 CCA, es de cuatro meses contados a partir del día siguiente al de la publicación, notificación, comunicación o ejecución del acto, según el caso.

El término de caducidad establecido en el artículo 136 CCA es una norma de orden público –y por consiguiente de obligatorio cumplimiento (art. 6 CPC, hoy retomado por el art. 13 CGP)– de la que no pueden disponer los jueces ni las partes, porque constituye una garantía para la seguridad jurídica y el interés general. Además, salvo algunas excepciones legales, los derechos crediticios asociados a las acciones indemnizatorias son renunciables, transigibles y, en general, de libre disposición de su titular (art. 15 CC).

La caducidad representa el límite dentro del cual el ciudadano debe reclamar del Estado determinado derecho. Así lo resaltó la Corte Constitucional, al declarar

⁸ Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 21 de agosto de 2003, Rad. 12857 [fundamento jurídico 3].

⁹ Cfr. Corte Constitucional, sentencia C-197 de 1999 [fundamento jurídico 2.2].



exequible el artículo 136 CCA, cuando estimó que la actitud negligente de quien estuvo legitimado en la causa no puede ser objeto de protección, pues es un hecho cierto que quien, dentro de las oportunidades procesales fijadas en la ley ejerce sus derechos, no se verá expuesto a perderlos por la ocurrencia del fenómeno indicado, situación que no se extiende a quien no acudió en tiempo a la defensa de sus derechos (*ratio decidendi*)¹⁰.

Este criterio lo reiteró la Corte en el estudio de constitucionalidad del artículo 44 de la Ley 446 de 1998, que modificó el artículo 136.9 CCA, al destacar que la caducidad no concede derechos subjetivos, sino que apunta a la protección del interés general, de modo que su configuración impide el ejercicio de la acción y no puede iniciarse válidamente el proceso. También señaló que la caducidad, dado su carácter de orden público, es indisponible y puede ser declarada de oficio por el juez, cuando se verifique su ocurrencia (*ratio decidendi*)¹¹.

9. Está acreditado que la EPS Sanitas entre noviembre de 2006 y abril de 2010 presentó solicitudes de recobro de servicios no incluidos en el POS, autorizados por fallos de tutela o el Comité Técnico Científico, ante el Consorcio Fidufosyga 2005 (c. 2 a 6). El Consorcio Fidufosyga 2005 no aprobó 108 solicitudes de recobro relacionadas con las terapias ABA y la EPS Sanitas objetó la decisión (f. 230 c. 1, CD archivo Excel), en los términos previstos en la Resolución n°. 3099 de 2008 – regulación aplicable a las solicitudes–. El Consorcio Fidufosyga 2005 decidió las objeciones presentadas por la EPS Sanitas mediante las comunicaciones: n°. MYT-1242-10CD20122 del 12 de mayo de 2010, n°. MYT-1457-10CD20459 del 28 de mayo de 2010, n°. MYT-2354-10CD21919 del 26 de agosto de 2010, n°. MYT-2597-10CD22632 del 1 de octubre de 2010 y n° MYT-3090-10CD2370 y n°. MYT-3123-10CD23783 del 17 de diciembre de 2010 (f. 186-203 c.1).

El Consorcio Fidufosyga 2005 notificó las comunicaciones mediante las que negó la solicitud de recobro el 21 de mayo de 2010 –n°. MYT-1242-10CD20122–, el 2 de junio de 2010 –n°. MYT-1457-10CD20459–, el 30 de agosto de 2010 –n°. MYT-2354-10CD21919–, el 4 de octubre de 2010 –n°. MYT-2597-10CD22632 y el 23 de diciembre de 2010 –n° MYT-3090-10CD23750 y n°. MYT-3123-10CD23783– (f. 186-203 c.1).

El término de caducidad debe contarse a partir del día siguiente a esas fechas. De manera que, el término de cuatro meses empezó a correr: el 22 de mayo de 2010

¹⁰ Cfr. Corte Constitucional, sentencia C-574 de 1998 [fundamento jurídico 3.5].

¹¹ Cfr. Corte Constitucional, sentencia C-832 de 2001 [fundamento jurídico 4].



frente a la comunicación n°. MYT-1242-10CD20122 y venció el 22 de septiembre de 2010; el 3 de junio de 2010 frente a la comunicación n°. MYT-1457-10CD20459 y venció el 4 de octubre de 2010 –día hábil siguiente a la expiración del plazo–; el 31 de agosto de 2010 frente a la comunicación n°. MYT-2354-10CD21919 y venció el 31 de diciembre de 2010; el 5 de octubre de 2010 frente a la comunicación n°. MYT-2597-10CD22632 y venció el 7 de febrero de 2011 –día hábil siguiente a la expiración del plazo– y el 24 de diciembre de 2010 frente a las comunicaciones n° MYT-3090-10CD23750 y n°. MYT-3123-10CD23783 y venció el 25 de abril de 2011 –día hábil siguiente a la expiración del plazo–.

Como la solicitud de conciliación y la demanda se presentaron con posterioridad a estas fechas –13 de octubre de 2011 y 12 de febrero de 2012, respectivamente–, según da cuenta el acta de reparto y la constancia (f. 1 y 33 c. 1), también operó el fenómeno preclusivo de la caducidad de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho.

Unificación de jurisprudencia sobre la acción procedente para solicitar el recobro de servicios de salud no incluidos en el POS¹²

10. La primera parte del CCA (hoy CPACA) y algunas disposiciones especiales regulan el procedimiento administrativo, es decir, aquellas reglas que deben cumplir las autoridades o las entidades privadas al ejercer función administrativa y producir sus decisiones (art. 1 CCA, hoy art. 2 CPACA). Por regla general, el procedimiento puede entenderse en tres fases: el inicio de la actuación, el trámite propiamente dicho y la adopción de la decisión –expedición del acto administrativo–. El acto administrativo es una declaración unilateral¹³ que se expide en ejercicio de una función administrativa¹⁴ y que produce efectos jurídicos sobre un asunto y, por lo mismo, es vinculante¹⁵.

El administrador del Fosyga, en ejercicio de función administrativa, decide definitivamente sobre el reconocimiento de los recobros presentados por las EPS

¹² Sobre las sentencias de unificación de jurisprudencia, el Magistrado Ponente ha expresado algunos cuestionamientos, que se encuentran en los votos particulares a las providencias de 1 de agosto de 2019, Rad. 58371 y de 29 de noviembre de 2022, Rad. 68177.

¹³ Como la participación ciudadana en el proceso de formación del acto administrativo no obliga a la Administración al momento de su adopción, esta sigue siendo una decisión unilateral. Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 14 de abril de 2010, Rad. 31223 [fundamento jurídico 4] y sentencia del 26 de enero de 2011, Rad. 17479 [fundamento jurídico 5].

¹⁴ Desde la reforma constitucional de 1945 el reparto del poder, en el constitucionalismo colombiano, obedece a un criterio funcional o material y no a uno orgánico. Así lo establecen el artículo 113 CN y el art. 1 CCA (hoy 2 CPACA).

¹⁵ Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 5 de julio de 2006, Rad. 21051 [fundamento jurídico 4], en *Antología Jurisprudencias y Conceptos, Consejo de Estado 1817-2017*, Sección Tercera Tomo B, Bogotá, Imprenta Nacional, 2018, p. 748, disponible en <https://bit.ly/3gjduK>.



por los servicios no cubiertos en el POS, con fundamento en una función administrativa prevista por la ley, cuya constitucionalidad fue ratificada por la Corte Constitucional. La comunicación en la que el administrador del Fosyga daba respuesta a la objeción que presenta la EPS y que terminaba el procedimiento constituye sin duda un acto administrativo¹⁶.

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 límite¹⁷, 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 fallo.

12. De conformidad con el artículo 171 CCA, modificado por el artículo 55 de la Ley 446 de 1998, no hay lugar a condenar en costas, porque no se evidencia que la parte haya actuado con temeridad o mala fe.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA:

PRIMERO: CONFÍRMASE la sentencia del 23 de abril de 2015 proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

SEGUNDO: Sin condena en costas.

¹⁶ Cfr. Consejo de Estado, Sección Primera, sentencia del 2 de diciembre de 2021, Rad. 25000-23-24-000-00225-01 [fundamento jurídico 109 a 126].

¹⁷ Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 13 de mayo de 2009, Rad. 27.422 [fundamento jurídico 2] y sentencia del 13 de mayo de 2009, Rad. 15.652 [fundamento jurídico II], con salvamento de voto. En el mismo sentido, Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 13 de septiembre de 2021, Rad. 55608 [fundamento jurídico 5], con votos particulares.



14
Expediente nº. 55.085
Demandante: EPS Sanitas S.A.
Declara la inepta demanda

TERCERO: En firme esta providencia, **DEVUÉLVASE** el expediente al Tribunal.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Firmado electrónicamente
NICOLÁS YEPES CORRALES
Presidente de la Sala
Salvo voto

Firmado electrónicamente
MARTÍN BERMÚDEZ MUÑOZ

Firmado electrónicamente
JAIME ENRIQUE RODRÍGUEZ NAVAS
Aclaro voto

Firmado electrónicamente
ALBERTO MONTAÑA PLATA
Aclaro voto

Firmado electrónicamente
FREDY IBARRA MARTÍNEZ
Aclaro voto

Firmado electrónicamente
JOSÉ ROBERTO SÁCHICA MÉNDEZ
Salvo voto

Firmado electrónicamente
GUILLERMO SÁNCHEZ LUQUE

Firmado electrónicamente
MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO
Salvo voto

Firmado electrónicamente
MARÍA ADRIANA MARÍN