

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

Bogotá DC, diez (10) de junio de dos mil veintidos (2022)

Magistrado Ponente: FREDY IBARRA MARTÍNEZ
Expediente: 25000-23-26-000-2005-01546-01(49.146)
Demandante: COMPAÑÍA SURAMERICANA DE SERVICIOS DE SALUD SA
Demandado: NACIÓN-MINISTERIO DE LA PROTECCIÓN SOCIAL Y CONSORCIO FISCALUD
Medio de control: REPARACIÓN DIRECTA- FALLA DEL SERVICIO – PAGO PARCIAL DE MEDICAMENTOS NO POS - INEPTITUD SUSTANTIVA DE LA DEMANDA

Síntesis del caso: la compañía Suramericana de Servicios de Salud - SUSALUD solicita que se declare la responsabilidad patrimonial de la Nación - Ministerio de la Protección Social y otros y se condene al pago de perjuicios materiales que le fueron ocasionados por el pago parcial de medicamentos no incluidos en el Plan Obligatorio de Salud POS, en cumplimiento de sentencias de tutela anteriores a la vigencia de la Resolución no. 2949 de 2003.

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante en contra de la sentencia proferida el 23 de noviembre de 2012 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca - Sala de Descongestión (fls. 542 a 552 cdno. de apelación) en la cual se denegaron las pretensiones de la demanda en los siguientes términos:

“FALLA

PRIMERO: *NEGAR las pretensiones de la demanda.*

SEGUNDO: *Sin condena en costas.*

TERCERO: *Por Secretaría corregir la carátula del expediente respecto del nombre del demandado.*

CUARTO: *Ejecutoriada la presente providencia, por Secretaría liquídense los gastos del proceso y devuélvanse los remanentes al interesado. Pasados 2 años sin que hubieran sido reclamados dichos remanentes, se considerarán prescritos a favor de la Rama Judicial”*

Expediente: 25000-23-26-000-2005-01546-01 (49.146)
Demandante: Compañía Suramericana de Servicios de Salud SA
Reparación directa – CCA
Apelación de sentencia

(fl. 551 vltto cdno. de apelación- negrillas y mayúsculas sostenidas del texto original).

I. ANTECEDENTES

1. La demanda

Mediante escrito presentado el 22 de junio de 2005 ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca la Compañía Suramericana de Servicios de Salud SA - Susalud Medicina Prepagada a través de apoderado presentó demanda de reparación directa para que se declare la responsabilidad patrimonial extracontractual de la Nación - Ministerio de la Protección Social y el consorcio FISALUD integrado por las sociedades Fiducolombia SA, La Previsora SA y Cafetera SA – Fiducafe, con las siguientes súplicas:

“PRETENSIONES PRINCIPALES

Solicito que en sentencia definitiva se hagan las siguientes declaraciones y condenas:

PRIMERA. *Que se declare que la NACIÓN — MINISTERIO DE LA PROTECCIÓN SOCIAL y el consorcio FISALUD integrado por las sociedades FIDUCOLOMBIA SA, LA PREVISORA SA y CAFETERA SA — FIDUCAFE, a cuyo cargo está, contractualmente, la administración de los recursos FOSYGA (Fondo de Solidaridad y Garantía) son responsables del pago parcial de medicamentos no incluidos en el POS, con o sin homólogo suministrados por dicha E.P.S. a sus usuarios por SENTENCIAS DE TUTELA, anteriores a la vigencia de la Resolución no. 2949 del año 2003.*

SEGUNDA. *Condénese a la NACIÓN — MINISTERIO DE LA PROTECCION SOCIAL y el consorcio FISALUD integrado por las sociedades FIDUCOLOMBIA SA, LA PREVISORA SA y CAFETERA SA — FIDUCAFE, a cuyo cargo está, contractualmente, la administración de los recursos del FOSYGA (Fondo de Solidaridad y Garantía) al pago de la totalidad de los perjuicios ocasionados a SUSALUD, tanto por concepto de daño emergente como lucro cesante, especialmente los siguientes:*

a. *La suma de CUATRO MIL UN MILLONES SETECIENTOS OCHENTA Y TRES MIL SETECIENTOS NOVENTA Y SEIS PESOS (\$4.001.783.796,00) correspondiente al saldo insoluto del valor de los*

Expediente: 25000-23-26-000-2005-01546-01 (49.146)
 Demandante: Compañía Suramericana de Servicios de Salud SA
 Reparación directa – CCA
Apelación de sentencia

medicamentos no incluidos en el POS cuyo suministro a los usuarios se dispuso en mil seis (1.006) fallos definitivos de tutelas proferidas contra SUSALUD antes de la vigencia de la Resolución 2949 del 2003.

b. La suma correspondiente a los intereses comerciales a la tasa máxima permitida por la ley, o subsidiariamente la pérdida de poder adquisitivo de la moneda, de conformidad con las fechas de los pagos parciales, y con lo dictaminado en el proceso.

TERCERA. *Que en la sentencia se tenga en cuenta lo dispuesto en el último inciso del artículo 177 del Código Contencioso Administrativo.*

CUARTA. *Que se condene en costas a la parte Demandada*

PRIMERAS PRETENSIONES SUBSIDIARIAS:

PRIMERA. *Que se declare que la NACIÓN — MINISTERIO DE LA PROTECCIÓN SOCIAL y el consorcio FISCALUD integrado por las sociedades FIDUCOLOMBIA SA, LA PREVISORA SA y CAFETERA SA — FIDUCAFE, a cuyo cargo está, contractualmente, la administración de los recursos FOSYGA (Fondo de Solidaridad y Garantía) se enriquecieron sin justa causa, en virtud del pago parcial de las solicitudes de recobro por medicamentos con o sin homólogo ordenadas mediante SENTENCIAS DE TUTELA anteriores a la vigencia de la Resolución no. 2949 del año 2003.*

SEGUNDA. *Condénese a la NACIÓN - MINISTERIO DE LA PROTECCIÓN SOCIAL y el consorcio FISCALUD integrado por las sociedades FIDUCOLOMBIA SA, LA PREVISORA SA y CAFETERA SA — FIDUCAFE, a cuyo cargo está, contractualmente, la administración de los recursos del FOSYGA (Fondo de Solidaridad y Garantía) al pago de la suma de \$4.001.783.796,00, correspondiente al "saldo insoluto del valor de los medicamentos no incluidos en el POS cuyo suministro a los usuarios se dispuso en 1006 fallos definitivos de tutelas proferidos contra SUSALUD antes de la vigencia de la Resolución no. 2949 del año 2003, así como los intereses moratorios a la tasa máxima permitida por la ley, o subsidiariamente la pérdida de poder adquisitivo de la moneda, de conformidad con las fechas de los pagos parciales, y con lo dictaminado en el proceso" (fls. 22 y 23 cdno. ppal. no. 1 - negrillas, mayúsculas sostenidas y subrayas del texto original).*

1.1 Hechos

El fundamento fáctico de la demanda es, en síntesis, el siguiente:

Expediente: 25000-23-26-000-2005-01546-01 (49.146)
Demandante: Compañía Suramericana de Servicios de Salud SA
Reparación directa – CCA
Apelación de sentencia

1) La compañía Suramericana de Servicios de Salud SA Susalud Medicina Prepagada, en un conjunto de mil seis (1.006) oportunidades ha tenido que reconocer a sus afiliados, por órdenes de acciones de tutela, medicamentos que se encuentran por fuera de la lista taxativa del Plan Obligatorio de Salud (POS), las referidas providencias son anteriores a la expedición y vigencia de la Resolución no. 2949 de 2003¹.

2) En las sentencias de tutela se dispuso que Susalud podría repetir contra el Ministerio de la Protección Social a través del Fondo de Solidaridad y Garantía (FOSYGA) o directamente contra este último por el total de los sobrecostos en los que incurrió, es decir, por el monto total de los medicamentos no incluidos en el POS y en aquellos que se ordenó autorizar y pagar.

3) En cada uno de esos casos Susalud solicitó el recobro con los debidos soportes ante el Ministerio de la Protección Social y el consorcio Fisalud (administrador fiduciario de los recursos del FOSYGA) y, en consecuencia, se procedió a glosar² aplicando de manera analógica las Resoluciones 5061 de 1997 y 2312 de 1.998³, sin embargo, desconocieron el pago total de tales medicamentos.

Con fundamento en estos hechos, la parte actora estima que *i)* el Ministerio de la Protección Social no le ha reconocido a Susalud el costo total de las prestaciones no incluidas que han sido asumidas en virtud de las sentencias de tutela, tanto en lo que se refiere a medicamentos con o sin homólogo en forma completa, como en lo que se refiere a sentencias de tutela anteriores a la expedición y vigencia de la Resolución

¹ Resolución no. 2949 de 2003 expedida por el Ministerio de Protección Social *"Por la cual se establece el procedimiento de recobro ante el Fosyga por concepto de prestaciones ordenadas por fallos de tutela y se determinan los documentos que se deben anexar como soporte a las solicitudes de pago"*.

² El encargado de la revisión, auditoría, glosa y pago de las cuentas fue, en un primer momento el otrora Ministerio de Salud y, en un segundo momento, el consorcio Fisalud, por virtud de lo establecido en el contrato adicional y modificadorio no. 03 al contrato de encargo fiduciario no. 255 de 2000 celebrado entre el Ministerio de la Protección Social y el Consorcio Fisalud el 8 de octubre de 2003; en efecto, en este caso son glosas provenientes del entonces Ministerio de Salud y de Fisalud de conformidad con las instrucciones proferidas por aquel pero, nunca actos administrativos en relación con la decisión de las solicitudes de recobro.

³ Resoluciones que regulan los recobros en relación con medicamentos no incluidos en el POS suministrados por trámite de Comités Técnico-Jurídicos.

Expediente: 25000-23-26-000-2005-01546-01 (49.146)
Demandante: Compañía Suramericana de Servicios de Salud SA
Reparación directa – CCA
Apelación de sentencia

no. 2949 de 2003 del Ministerio de Protección Social; *ii*) el Ministerio de la Protección Social ha glosado y pagado parcialmente cuentas a Susalud en los dos últimos años por concepto de medicamentos no incluidos en el POS en cumplimiento de los referidos fallos de tutela con anterioridad a la vigencia de la Resolución 2949 del año 2003 y en aplicación analógica de las Resoluciones números 5061 de 1997 y 2312 de 1998; *iii*) el Ministerio de la Protección Social y el Consorcio Fisalud desconocieron el pago de las solicitudes de recobro generadas en virtud de las sentencias de tutela que dan lugar a esta demanda lo que implica, a su vez, el desobedecimiento de dichas providencias de amparo que consagraban la facultad de repetir a favor de susalud todo, con el artificio de aplicarles a dichas solicitudes de recobro la normatividad especial de recobros generados en el procedimiento de los Comités Técnico Científicos (Resoluciones 5061 de 1997 y 2312 de 1998).

2. Contestación de la demandada

2.1 Las fiduciarias Fiducolombia SA, La Previsora SA y Cafetera SA, integrantes del consorcio FISCALUD

En escrito presentado el 26 de junio de 2007 (fls. 116 a 139 cdno. ppal. no.1) el consorcio se opuso a cada uno de los hechos y las pretensiones de la demanda con base en los siguientes argumentos:

a) La capacidad de Fisalud estaba estrictamente limitada por las instrucciones contractuales impartidas por Ministerio de la Protección y que le dan contenido a las limitaciones e instrucciones para el destino de los recursos del Fosyga, particularmente en materia de recobros por fallos de tutela; en consecuencia, cualquier infracción por extralimitación de las indicaciones de su contratante Fisalud vería comprometida su responsabilidad contractual pues, no es más que un ejecutor de las decisiones que le impartan las entidades competentes.

b) Propuso las excepciones de *i) falta de legitimación por pasiva*, porque solo actuaba por cuenta del Ministerio de Protección Social y tenía la obligación de obrar dentro de

Expediente: 25000-23-26-000-2005-01546-01 (49.146)
Demandante: Compañía Suramericana de Servicios de Salud SA
Reparación directa – CCA
Apelación de sentencia

las atribuciones conferidas y según sus instrucciones, *ii) ningún tercero está facultado para intervenir en la relación contractual de encargo fiduciario entre el Ministerio de la Protección Social y Fisalud* pues, el contrato de encargo fiduciario delimita las obligaciones y facultades de la fiduciaria y, *iii) caducidad de la acción*, puesto que el hecho de haber acumulado en una sola demanda diferentes eventos de recobro por fallos de tutela no implica que cada uno de ellos pierda su individualidad, motivo por el cual la caducidad de la acción debe ser examinada individualmente frente a cada uno de ellos y vistos así se encuentran caducados.

2.2 La Nación - Ministerio de Protección Social

En escrito radicado el 27 de junio de 2007 (fls. 210 a 234 cdno. ppal. no.1) se opuso a los hechos y las súplicas de la demanda por carecer de fundamento legal y probatorio, por las siguientes razones:

- a) El Consorcio Fisalud -que realiza los pagos que deben asumirse con cargo al Fosyga- cumplía dicha obligación en estricta aplicación de las disposiciones legales y reglamentarias y las instrucciones del Ministerio de la Protección Social.
- b) El Consorcio Fisalud no ha pagado montos indebidamente pretendidos que correspondan al 100% del valor de los medicamentos ya que en la totalidad de los casos el valor real de los mismos es de menos del 50% y, además, porque los jueces de tutela no pueden ordenar el pago de una suma determinada sino el costo del medicamento que no puede aceptarse que sea el que fije las EPS, circunstancia por la cual se debe verificar procedencia, monto y otros requisitos.
- c) El Ministerio de la Protección Social, al determinar lo relativo a reconocimientos y condiciones en que se producirá el suministro de medicamentos no POS y fallos de tutela, salvaguarda los recursos del Fosyga de pretensiones indebidas, como por ejemplo el reconocimiento del valor del 100% de los medicamentos sin tener parámetros o referentes diferentes al valor de compra por parte de las EPS.

Expediente: 25000-23-26-000-2005-01546-01 (49.146)
Demandante: Compañía Suramericana de Servicios de Salud SA
Reparación directa – CCA
Apelación de sentencia

d) La acción de reparación no procede porque lo que plantea el demandante es el reconocimiento del 100% de lo pagado por medicamentos no incluidos en el POS como consecuencia de fallos de tutela porque, a su juicio, ello causó un presunto desequilibrio económico, empero, no está acreditado que ese sea el porcentaje que deba reconocerse, la existencia de un desequilibrio económico, el perjuicio alegado ni omisión atribuible al Ministerio de la Protección Social, por lo tanto, no existe nexo de causalidad entre la omisión y el perjuicio reclamado, y en consecuencia, no resulta procedente la reparación solicitada.

e) El Estado no se está enriqueciendo sin justa causa por el hecho de no pagar el 100% de los medicamentos no POS, por cuanto ello equivaldría a afirmar que la EPS está cobrando lo no debido en la medida que esos valores ya le fueron reconocidos en la cuantía y porcentajes previstos en el ordenamiento jurídico.

f) Propuso la excepción de caducidad de la acción debido a que el hecho de haber acumulado en una sola demanda diferentes eventos de recobro por fallos de tutela no implica que cada uno de ellos pierda su individualidad.

3. Alegatos de conclusión en primera instancia

El 15 de marzo de 2012 el Tribunal Administrativo de Cundinamarca corrió traslado a las partes por el término de diez (10) para que alegaran de conclusión e igualmente al Ministerio Público para que rindiera concepto (fl. 480 cdno. ppal. no. 1).

3.1 Fisalud

A través de escrito presentado el 17 de mayo de 2012 el consorcio Fisalud (fls. 506 a 522 cdno. no.1) sostuvo:

Expediente: 25000-23-26-000-2005-01546-01 (49.146)
Demandante: Compañía Suramericana de Servicios de Salud SA
Reparación directa – CCA
Apelación de sentencia

a) Es simplemente el encargado fiduciario de los recursos del Fosyga, motivo por el cual debió acatar obligatoriamente las instrucciones contractuales de su mandante, el Ministerio de la Protección Social.

b) Solamente fue encargado de la auditoría de los recobros por los fallos de tutela con posteridad a la suscripción de los contratos adicionales números 01 y 03, por lo tanto, la mayoría de los recobros por fallos de tutela anteriores a la expedición de la Resolución 2949 del 2003 fueron tramitados directamente por el Ministerio de la Protección Social.

c) Según confesión del demandante, la aplicación de los procedimientos previstos en las Resoluciones números 5061 de 97 y 2312 del 1998 del Ministerio de Protección Social a los recobros por fallos de tutela proferidos antes de la expedición de la Resolución 2349 de 2003 fue la instrucción del Ministerio de la Protección Social, entidad que avaló la actuación del consorcio de pagar el 50 % del valor de los medicamentos recobrados, circunstancia por la cual no puede imputarse responsabilidad alguna al consorcio.

d) Debe condenarse en costas, porque la vinculación al consorcio es temeraria ya que este tan solo era un ejecutor material de las decisiones del Ministerio de Protección Social.

3.2 La parte demandante

En escrito radicado el 23 de mayo de 2012 (fls. 523 a 540 cdno. no.1) alegó lo siguiente:

a) El daño antijurídico se encuentra probado⁴ ya que SUSALUD EPS tenía derecho a que se rembolsara el 100% y no el 50% de los medicamentos no POS ordenados por

⁴ Señaló que se encuentra probado con el dictamen pericial rendido por Édgar Javier Erazo López.

Expediente: 25000-23-26-000-2005-01546-01 (49.146)
Demandante: Compañía Suramericana de Servicios de Salud SA
Reparación directa – CCA
Apelación de sentencia

acciones de tutela lo cual causó un detrimento patrimonial del orden de \$4.001.783.796; la antijuridicidad radica en que la parte demandante desconoció órdenes judiciales de tutela que reconocían el derecho de repetición sin limitación alguna y que en contrario sentido las entidades demandadas aplicaron de manera analógica normas restrictivas.

b) El daño es imputable a la parte demandada a título de falla del servicio en la medida en que excedió sus competencias administrativas pues, las normas que regulaban los recobros antes de la Resolución 2949 de 2003, no podían aplicarse de manera analógica, máxime cuando los fallos de tutela consagraban el derecho de repetición sin limitación alguna.

c) La parte demandada al aplicar las normas que regulan los recobros de comités técnicos científicos a los recobros reconocidos por vía de tutela violó el artículo 121 de la Constitución Política porque las entidades públicas solo están autorizadas a desplegar aquellas conductas que autorizan la Constitución y la ley.

El Agente del Ministerio Público no emitió concepto.

4. La sentencia de primera instancia

El 23 de noviembre de 2002, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección C de Descongestión denegó las pretensiones de la demanda (fls. 542 a 551 cdno. de apelación) con base en lo siguiente:

a) Como la demanda fue presentada el 22 de junio de 2005 hay caducidad de la acción respecto de las cuentas de cobro que fueron glosadas antes del 21 de junio de 2003 y, en consecuencia, solo se asume el estudio de las que registraron glosas con posterioridad a esa fecha por haber sido presentadas en el término previsto en el artículo 136 del CCA.

Expediente: 25000-23-26-000-2005-01546-01 (49.146)
Demandante: Compañía Suramericana de Servicios de Salud SA
Reparación directa – CCA
Apelación de sentencia

b) No se encuentra probado el daño porque, por un lado, con el documento excel que contenía la base de datos de los fallos de tutela y los recobros no se pudo establecer el detrimento patrimonial alegado toda vez que no es posible determinar cuál fue el objeto de la reclamación, el monto de la misma ni los valores que esta entidad habría dejado de cancelar al demandante y, además, no se allegaron al expediente: i) los 1.006 fallos de tutela allí relacionados, ii) las constancias de radicación de las cuentas por concepto de recobro, iii) las facturas de las IPS con los respectivos sellos de cancelación por parte de la EPS, iv) las glosas devolutivas de las mismas, y v) otro documento que confiera certeza respecto del recobro y el pago parcial aducidos en la demanda.

Por otro lado, el dictamen pericial del contador Édgar Javier Erazo López no es posible tenerlo como prueba del daño reclamado porque para rendir su experticia revisó y analizó documentos que no fueron allegados al proceso⁵ y, por lo tanto, se realizó con información distinta a la que obra en el expediente en clara violación del artículo 241 del CPC aplicable por remisión del artículo 268 del CCA.

5. El recurso de apelación

En escrito del 15 de julio de 2013 la parte demandante solicitó que se revoque la sentencia de primera instancia y que se acceda a las pretensiones de la demanda (fls. 348 a 364 cdno. apelación) por cuanto:

⁵ El a quo advirtió que para la realización de dicho dictamen al auxiliar de justicia le "tocó trasladarse a la ciudad de Medellín, a las instalaciones de la demandante donde le pusieron a su disposición "los principales documentos contables, así como también sus respectivos auxiliares, con 34 cajas de cartón que contiene 1.006 carpetas que corresponden a las tutelas presentadas y a los recobros objeto de la reclamación", y revisó "copia de los documentos que soportan las bases de datos; sentencias de tutela por virtud de las cuales se autorizaron los medicamentos cuyo recobro se reclama; formatos de solicitudes de recobros radicados ante el Consorcio FISALUD; facturas de venta con el sello de cancelado por parte de SUSALUD EPS; recibos de copagos-ordenes de servicios emitidas por SUSALUD EPS; facturas y cuentas de corbo presentadas por SUSALUD EPS ante el Consorcio FISALUD; comunicaciones y bases de datos en las cuales se informa de las glosas y pagos por parte del Consorcio FISALUD a su SALUD EPS documentos facilitados por el consorcio FISALUD en visita realizada a sus oficinas".

Expediente: 25000-23-26-000-2005-01546-01 (49.146)
Demandante: Compañía Suramericana de Servicios de Salud SA
Reparación directa – CCA
Apelación de sentencia

a) La caducidad parcial de la acción es improcedente porque con la base datos anexada y el dictamen pericial se concluye que todos los recobros que se reclaman fueron pagados de manera parcial por las demandadas dentro de los dos años calendario anteriores a la fecha de presentación de la demanda, pues, era con el pago que se podía verificar la aplicación analógica que se cuestiona en la demanda.

b) Se encuentran plenamente acreditados todos los elementos de la responsabilidad del Estado (hecho, daño y nexo causal); el hecho dañoso lo constituye el pago parcial de los recobros realizados a las demandadas en los eventos de medicamentos no POS suministrados por órdenes de tutela, por lo tanto, es un asunto de puro derecho en donde no se discute el recobro sino la cuantía en la que la demandada debió haber realizado el mismo, circunstancia por la cual no era necesario acreditar la totalidad de los fallos de tutela ni las facturas canceladas.

c) El dictamen pericial debe ser valorado, brinda elementos suficientes para acreditar el daño y los perjuicios sufridos por la demandante, ya que los artículos 241 del CPC y el 268 del CCA no prohíben que este tipo de prueba se fundamente en documentación que no obra en el proceso, es más, se desconoce la razón de ser del dictamen porque si hubiese existido suficiente prueba documental el peritazgo no era necesario, por lo tanto, salta a la vista un grave de error de valoración probatoria en que incurrió el *a quo*.

d) Si no se puede valorar el dictamen pericial debe tenerse en cuenta que la omisión de las entidades demandadas (impago - conducta omisiva) constituye una negación indefinida que traslada la carga de la prueba, es decir, a la parte demandada le correspondía demostrar que había pagado de manera integral el recobro.

6. Actuación surtida en segunda instancia

El 15 de noviembre de 2013 se admitió el recurso de apelación (fl. 370 cdno. apelación) y el 12 de mayo de 2013 (fl. 372 cdno. apelación) se corrió traslado a las

Expediente: 25000-23-26-000-2005-01546-01 (49.146)
Demandante: Compañía Suramericana de Servicios de Salud SA
Reparación directa – CCA
Apelación de sentencia

partes para alegar de conclusión por el término común de diez (10) días y, por el mismo lapso al Ministerio Público para que emitiera concepto.

6.1 La parte demandante

Reiteró lo expresado en el recurso de apelación en torno a *i)* la ausencia *de caducidad*, *ii)* la plena prueba de los elementos de la responsabilidad, *iii)* la inversión de la carga de la prueba por tratarse de una negación indefinida, *iv)* la improcedencia de aplicación analógica de la regulación de las resoluciones que regulan los Comités Técnico Científicos a recobros por vía de tutela (fls. 373 a 375 cdno. de apelación).

6.2 Fisalud

El consorcio insistió en lo expresado durante el proceso y agregó que en el presente caso las pruebas no prestan soporte suficiente a las pretensiones de la demanda, máxime cuando incumplió la carga de probar los supuestos de hecho relativos al pago de los recobros realizados (fls. 376 a 384 cdno. de apelación).

6.3 El Ministerio de Salud y Protección Social

En escrito presentado el 20 de junio de 2014 (fls. 395 a 404 cdno. de apelación) sostuvo lo siguiente:

a) El recurso de apelación carece de fundamento toda vez que el presente litigio no es de puro derecho, en la medida que la existencia de los fallos de tutela y de los recobros es un tema por probar por cuanto la parte pasiva jamás aceptó las afirmaciones vertidas en la demanda.

b) La aplicación analógica de la Resolución no. 2312 de 1998 del Ministerio de Salud (hoy Ministerio de Salud y Protección Social) a los recobros constituye un hecho pero,

Expediente: 25000-23-26-000-2005-01546-01 (49.146)
Demandante: Compañía Suramericana de Servicios de Salud SA
Reparación directa – CCA
Apelación de sentencia

jamás plena prueba del daño o perjuicio alegado, es decir, la existencia de una norma y su aplicación a nivel nacional no exoneraba a la parte demandante de probar los cargos de la demanda lo cual desvirtúa de plano la inversión de la carga de la prueba.

7. El concepto del Ministerio Público

La Procuraduría Quinta Delegada ante el Consejo de Estado presentó concepto el 18 de junio de 2014 (fls. 386 a 404 cdno. apelación) en el que solicitó que se confirme la sentencia apelada con sustento en lo siguiente:

a) Operó la caducidad parcial respecto de las cuentas de cobro que fueron glosadas antes de junio de 2003 debido a que la demanda fue presentada en junio de 2005 y el término de dos años para el ejercicio oportuno de la acción debía contarse a partir del momento en el que aquellas fueron objeto de glosa por la actora, pues, ese hecho acredita el pago del 50% de los recobros.

b) No se acreditó el daño consistente en las erogaciones que debió efectuar la actora para el suministro de medicamentos no POS por vía de acciones de tutela y cuyo valor no le fue reembolsado y, este aspecto no es un asunto de puro derecho -como lo consideró el apelante-, sino que, el actor debió probar *i)* que le fue ordenado el suministro de medicamentos no POS por sentencia de tutela, *ii)* el pago y suministro efectivo de los medicamentos, y *iii)* las constancias del recobro y las glosas que materializaron la negativa de la administradora del FOSYGA para pagar el 100%.

c) El dictamen pericial no es suficiente para demostrar los hechos y el daño objeto de la causa debido a que no se allegaron al expediente los referidos 1.006 fallos de tutela, las constancias de radicación de las cuentas de recobro, las facturas de la IPS con los respectivos sellos de cancelación por parte de las EPS ni las glosas devolutivas; de hecho, la muestra de 36 casos de los 1006 aducidos no es suficiente para crear convicción en el juzgador de la existencia de los hechos alegados, en conclusión, el dictamen pericial no puede sustituir la prueba documental.

Expediente: 25000-23-26-000-2005-01546-01 (49.146)
Demandante: Compañía Suramericana de Servicios de Salud SA
Reparación directa – CCA
Apelación de sentencia

d) Si bien en el presente proceso hay una discusión en derecho en relación con el recobro, el demandante tenía que probar la existencia del título para repetir contra la demandada, por lo tanto, no es admisible el argumento de la negación indefinida.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

Cumplidos los trámites propios del proceso sin que exista causal alguna de nulidad que invalide lo actuado procede la Sala a resolver el presente asunto sometido a consideración con el siguiente derrotero: 1) síntesis de la controversia y decisión que se adoptará, 2) análisis de procedencia de la acción de reparación directa 3) conclusión y 4) condena en costas.

1. Síntesis de la controversia y decisión que se adoptará

El objeto de la controversia consiste en determinar si la acción de reparación directa es la idónea para reclamar los perjuicios irrogados a la parte demandante y, solo si se supera ese análisis se estudiará si se reúnen los elementos requeridos para declarar extracontractual y patrimonialmente responsables al Ministerio de Salud y Protección Social y al consorcio Fisalud por el presunto daño ocasionado a la parte demandante con ocasión de pagos parciales de recobros por el suministro de medicamentos no POS ordenados en fallos de acción de tutela anteriores a la vigencia de la Resolución no. 2949 del año 2003⁶.

El tribunal de primera instancia negó las pretensiones de la demanda por estimar, por un lado, que se configuró parcialmente la caducidad respecto de los recobros que fueron glosados por fuera de los dos años anteriores en relación con la fecha de

⁶ Resolución no. 2949 de 2003 expedida por el Ministerio de Protección Social “*Por la cual se establece el procedimiento de recobro ante el Fosyga por concepto de prestaciones ordenadas por fallos de tutela y se determinan los documentos que se deben anexar como soporte a las solicitudes de pago*”.

Expediente: 25000-23-26-000-2005-01546-01 (49.146)
Demandante: Compañía Suramericana de Servicios de Salud SA
Reparación directa – CCA
Apelación de sentencia

presentación de la demanda y, en segundo lugar, porque con las pruebas que obran en el proceso (principalmente una base de datos en excel y un dictamen pericial) no se acreditó el daño antijurídico.

La sentencia de primera instancia será revocada porque en el presente caso la Sala considera que la acción de reparación directa no es la idónea para reclamar los perjuicios reclamados con la demanda, por cuanto el daño proviene de actos administrativos expedidos por el Ministerio de Protección Social y el consorcio Fisalud en los cuales se le negó a la parte demandante el reconocimiento del 100 % de los medicamentos recobrados, luego, si la parte actora veía lesionados sus intereses con esa decisión debía demandar tales actos administrativos que, dada su naturaleza jurídica, gozan de presunción de legalidad y que por tanto debían ser sometidos a control de legalidad a través del instrumento procesal preestablecido legalmente para el efecto; en otros términos, la fuente del daño cuya reparación se pretende no es una omisión sino un acto administrativo para cuya discusión la acción de reparación directa no es la idónea según la regulación normativa aplicable sobre la materia.

2. Análisis de la procedencia de la acción de reparación directa

En relación con la procedencia del medio de control de reparación directa resulta pertinente analizar la causa del daño alegado con el fin de establecer si dicha acción era la idónea en el presente asunto.

1) Según la demanda, el daño consiste en el posible detrimento patrimonial ocasionado por eventos de pagos parciales de recobros por el suministro de medicamentos no POS ordenados por vía de sentencias en sendos procesos de acción de tutela frente a los cuales, por lo tanto, la actora tenía el derecho que le reembolsaran el 100% y no el 50% del valor de los medicamentos ordenados por los jueces de tutela que reconocían el derecho de repetición sin limitación alguna.

Ahora bien, la parte demandante señaló que entre los años 1997 a 2003 se le ordenó por vía de acción de tutela, en 1.006 fallos, reconocer el pago de medicamentos no

Expediente: 25000-23-26-000-2005-01546-01 (49.146)
Demandante: *Compañía Suramericana de Servicios de Salud SA*
Reparación directa – CCA
Apelación de sentencia

incluidos en el POS, razón por la cual después de sufragarlos radicó con posterioridad varios recobros que fueron objeto de glosas por parte del Ministerio de la Protección Social y Fisalud en los cuales reconoció solo el 50% del valor de los medicamentos pagados.

2) Luego, se impone definir el carácter de las decisiones que glosaron los recobros referidos para efectos de determinar si se trata o no de actos administrativos, pues, de ello depende la viabilidad del medio de control escogido y ejercido con la demanda.

a) En primer lugar, es necesario señalar que el Ministerio de la Protección Social (hoy Ministerio de Salud y Protección Social) es el máximo órgano que dirige el Sistema General de Seguridad Social en Salud y, es el responsable de la reglamentación del procedimiento administrativo de recobro ante el Fondo de Solidaridad y Garantía – FOSYGA⁷- por concepto de suministro de medicamentos y servicios no incluidos en el POS⁸.

En ese orden de ideas, el Ministerio de Salud (hoy Ministerio de Salud y Protección Social) expidió la Resolución no. 5061 de 1997⁹, que reguló, entre otros temas, lo concerniente a la integración y operación de los comités técnico científicos, así como los criterios de autorización de medicamentos no incluidos en el POS.

b) Posteriormente, este ministerio profirió la Resolución no. 2312 de 12 de junio de 1998¹⁰ que modificó el artículo 1 de la resolución antes citada y reglamentó el recobro

⁷ El FOSYGA se creó en el artículo 218 de la Ley 100 de 1993, como una cuenta adscrita al Ministerio de Salud y Protección Social, que se maneja por encargo fiduciario, sin personería jurídica ni planta de personal propia, y está conformada por cinco subcuentas independientes, a saber: 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; y e) de garantías para la salud.

⁸ Conforme a lo previsto en el numeral 3º del artículo 173 de la Ley 100 de 1993.

⁹ “Por la cual se reglamentan los Comités Técnico Científicos dentro de la Entidades Promotoras de Salud, Administradoras del Régimen Subsidiado e Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud, y se dictan otras disposiciones”.

Expediente: 25000-23-26-000-2005-01546-01 (49.146)
Demandante: Compañía Suramericana de Servicios de Salud SA
Reparación directa – CCA
Apelación de sentencia

de medicamentos autorizados por los comités técnico científicos por parte de las EPS, cuyo artículo 3, numeral 3 fue declarado nulo por esta Corporación¹¹.

c) Seguidamente, expidió también la Resolución número 2949 del año 2003 por medio de la cual estableció *“el procedimiento de recobro ante el Fosyga por concepto de prestaciones ordenadas por fallos de tutela y se determinan los documentos que se deben anexar como soporte a las solicitudes de pago”*.

d) Ahora bien, como en el presente caso no había entrado a regir la Resolución 2949 de 2003, los recobros con ocasión de reconocimiento por fallos de tutela fueron tramitados en el marco de las Resolución 2312 de 1998, artículo 2¹², según la cual la potestad de decidir sobre la procedencia y el reconocimiento del recobro estaba radicada en el Ministerio de Salud (Hoy Ministerio de Salud y Protección Social).

¹⁰ *“Por la cual se modifica el artículo 1º de la Resolución 5061 de 1997, y se reglamenta el recobro de medicamentos autorizados por los Comités Técnico-Científicos de las EPS, ARS y entidades adaptadas”*.

¹¹ La Sección Primera de esta Corporación en sentencia del 4 de septiembre de 2008, exp. 00327-01, MP Camilo Arciniegas Andrade, declaró la nulidad del reconocimiento del 50% de los recobros que hicieran las EPS previstos en el numeral 3º del artículo 3º de la Resolución 2312 de 1998, en virtud del cumplimiento de las autorizaciones emitidas por los Comités Técnico Científicos como por fallos de tutela, de medicamentos, tratamientos y procedimientos no incluidos en el POS, con el propósito de permitir el reconocimiento y pago de estos en una cuantía del 100%.

¹² Resolución 2312 de 1998 artículo 2. *“Procedimiento para la presentación del recobro. Una vez autorizado por parte del Comité Técnico-Científico el medicamento no incluido en el POS o en el POS-S, la EPS deberá garantizar el acceso del usuario al tratamiento y tendrá los treinta (30) días calendario posteriores para solicitar el recobro correspondiente, a través del siguiente procedimiento: 1. Enviar a la Dirección General de Seguridad Social del Ministerio de Salud: a) La sustentación escrita de cada medicamento, presentada por el médico tratante ante el Comité Técnico-Científico; b) Una copia del acta del Comité Técnico-Científico con la autorización respectiva, inclusive la de aquellos medicamentos dispensados en situaciones de urgencia y examinados posteriormente por el Comité; c) Una cuenta de cobro que en Régimen Contributivo irá dirigida contra el rubro Pago Otros Eventos de la subcuenta de Compensación del Fosyga; d) En Régimen Subsidiario la cuenta de cobro irá dirigida contra la Subcuenta de Solidaridad del Fosyga; 2. La Dirección General de Seguridad Social, en coordinación con la Dirección de Desarrollo de Servicios de Salud, adelantarán la auditoría médica que se requiera para atender oportunamente el trámite de las reclamaciones, y verificarán el cumplimiento de las condiciones y criterios contenidos en el Acuerdo 83, en la Resolución 5061/97 y en las disposiciones que los adicionen o modifiquen. En el evento que se requiera, podrá solicitarse a la EPS aclaración de los soportes del recobro. 3. Realizado lo anterior, la Dirección General de Seguridad Social, con el apoyo de la Dirección de Estudios Económicos, determinará el monto de los recobros y comunicará a la Dirección General de Gestión Financiera para que se proceda a su pago”*.

Expediente: 25000-23-26-000-2005-01546-01 (49.146)
 Demandante: Compañía Suramericana de Servicios de Salud SA
 Reparación directa – CCA
Apelación de sentencia

e) En este orden debe observarse que según la regulación existente para el momento de los hechos, dado que con cargo al Fosyga (a través del Ministerio de Salud o el encargo Fiduciario) y en desarrollo de su objeto y de sus funciones se efectúan un sinnúmero de liquidaciones, operaciones y reconocimientos económicos derivados de reclamaciones por vía administrativa presentadas por las EPS y operadores del sistema de salud para el recobro de medicamentos, procedimientos y/o intervenciones no incluidos en el POS, ordenados por comités técnico científicos y/o fallos de tutela (como en este caso), para la Sala resulta claro que los documentos (glosas) que reconocieron el 50% del valor de los medicamentos recobrados contienen una declaración unilateral de una autoridad administrativa (Ministerio de Salud y Protección Social), que produjo efectos jurídicos directos al crear una situación jurídica (reconocimiento o no del valor recobrado) que, por sí misma, una vez en firme, es vinculante tanto para la EPS, el operador de salud como para la administración y, además, fue expedida en ejercicio de la función administrativa asignada a este ministerio¹³.

f) En relación con la naturaleza jurídica del acto administrativo, la jurisprudencia de la Sección Primera de la Corporación ha señalado lo siguiente:

“[...] para que un acto jurídico constituya acto administrativo debe consistir en una i) declaración unilateral, ii) que se expida en ejercicio de la función administrativa, que lo puede ser por una autoridad estatal de cualquiera de sus ramas u organismos, o incluso por entidades privadas en virtud de autorización legal, a menos que por norma especial de orden Constitucional o legal dicha declaración, no siendo expedida en ejercicio de función administrativa sea demandable en acción contencioso administrativa y (iii), que ella produzca efectos jurídicos por sí misma, de manera directa sobre el asunto o la situación jurídica de que se trate y, por ende, vinculante [...] Ese carácter esencial de tales elementos aparece advertido también por la Sección Quinta de esta Corporación, al considerar que “El sistema colombiano no exige formalidades determinadas para la conformación del acto administrativo, de tal manera que puede ser verbal, escrito y hasta simbólico. Lo único importante es que reúna

¹³ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 5 de marzo de 2021 MP Jaime Enrique Rodríguez Navas.

Expediente: 25000-23-26-000-2005-01546-01 (49.146)
Demandante: Compañía Suramericana de Servicios de Salud SA
Reparación directa – CCA
Apelación de sentencia

los requisitos esenciales que la doctrina y la jurisprudencia le han venido indicando, esto es que sea una declaración de la voluntad administrativa con consecuencias jurídicas¹⁴.
(negrillas propias).

g) Por consiguiente, las declaraciones unilaterales que glosaron las reclamaciones presentadas por la Compañía Suramericana de Servicios de Salud Susalud SA y que reconocieron el 50% para el recobro de medicamentos, no incluidos en el POS y ordenados por vía de tutela constituyen, sin lugar a duda, actos administrativos particulares y concretos, en los que se reconoció parcialmente los créditos reclamados por la entidad demandante y negó lo que ahora se reclama judicialmente, con lo cual se crearon situaciones jurídicas concretas y obligatorias mientras no sean anuladas por la jurisdicción contencioso administrativa.

Es verdad que las glosas fueron efectuadas por Fisalud pero en nombre y representación del Ministerio de Salud en virtud del encargo fiduciario (Contrato 255 de 4 de diciembre de 2000 y contrato adicional no. 01 de 25 de noviembre de 2002, fls. 154 a 194 y 195 a 200) que ordenó el legislador para manejar la cuenta del Fosyga, debido a que el ministerio conserva la dirección del fondo y la ordenación del gasto tal como lo dispone la Ley 100 de 1993 y el Decreto 1283 de 1996.

En efecto, el fideicomitente estatal encargó al consorcio, entre otras actividades, la gestión de los recobros de fallos de tutela para su ulterior pago por parte del aquel, lo cual, por tratarse de recursos públicos, necesariamente obligaba al consorcio a auditar las cuentas pendientes por esos conceptos y realizar las glosas respectivas; de ahí que si los acreedores del sector salud no se avenían a subsanar las glosas tenían el deber de enjuiciarlas.

3) Por consiguiente, se entiende que las decisiones de «glosar o rechazar» las solicitudes de recobro por servicios, medicamentos o tratamientos no incluidos en el

¹⁴ Consejo de Estado, Sección Primera, sentencia del 31 de marzo de 2005, Exp. 11001-0324-000-1999-02477-01 MP Rafael Osteau de Lafont Pianeta.

Expediente: 25000-23-26-000-2005-01546-01 (49.146)
Demandante: Compañía Suramericana de Servicios de Salud SA
Reparación directa – CCA
Apelación de sentencia

Plan Obligatorio de Salud no POS fueron adoptadas por el Ministerio de Protección Social a través de la fiduciaria y, en tal virtud, constituyeron actos unilaterales susceptibles de ser impugnadas ante la jurisdicción de lo contencioso administrativa a través de la acción procesal específicamente preestablecida para el efecto.

4) La jurisprudencia de la Corporación ha sido pacífica en señalar que “(...) *la fuente del daño determina la acción procedente para analizar los supuestos que fundan la controversia y esta, a su vez, determina la técnica apropiada para la formulación de las pretensiones de la demanda y la oportunidad en el tiempo para hacerlas valer por la vía jurisdiccional*”¹⁵; así las cosas, las normas que regulan las condiciones para el ejercicio de cada medio de control no están al arbitrio de la escogencia del interesado, pues, se trata de normas de orden público y de imperativo cumplimiento.

5) Finalmente, se hace hincapié en que los daños reclamados en esta causa provienen de actos administrativos que el demandante cuestiona, básicamente, porque el pago debía ser del 100% y no del 50% de los medicamentos recobrados y se aplicó analógicamente una normativa para otro tipo de recobros, lo cual, sin duda, pone en evidencia que el demandante no hace otra cosa que censurar la legalidad de las decisiones administrativas proferidas por el Ministerio del Protección Social a través del encargo fiduciario, razón por la cual no es procedente la acción de reparación directa incoada en esta oportunidad.

3. Conclusión

No prospera el recurso de apelación por cuanto se encuentra demostrado que la acción de reparación directa no es la idónea para reclamar los perjuicios aquí demandados, por cuanto, el daño proviene de actos administrativos expedidos por el Ministerio de Protección Social y el consorcio Fisalud en los cuales se le negó a la

¹⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 12 de mayo de 2011. exp. 26.758. Así mismo, ver, entre otras, las sentencias de 7 de junio de 2007, exp. 16.474; del 19 de julio de 2007. exp. 30.905; del 31 de agosto de 2005. exp. 29.511.

Expediente: 25000-23-26-000-2005-01546-01 (49.146)
Demandante: Compañía Suramericana de Servicios de Salud SA
Reparación directa – CCA
Apelación de sentencia

parte demandante el reconocimiento del 50% de los medicamentos recobrados, luego, la parte actora debía demandar tales actos administrativos.

De esta forma, la Sala revocará la sentencia del 23 de noviembre de 2012 del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección C de Descongestión mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda, para en su lugar declarar de oficio la excepción de *ineptitud sustantiva de la demanda por indebida escogencia de la acción* y, por consiguiente, se inhibirá de pronunciarse sobre el fondo de la Litis, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 164 del Código Contencioso Administrativo¹⁶.

4. Costas

No hay lugar a la imposición de costas debido a que no se evidencia en el caso concreto actuación temeraria de alguna de las partes, condición exigida por el artículo 55 de la Ley 446 de 1998 para que se proceda de esta forma.

En mérito de lo expuesto, **EL CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, SUBSECCIÓN B**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

F A L L A

1º) Revócase la sentencia del 23 de noviembre de 2012 del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección C de Descongestión que negó las pretensiones de la demanda la cual queda así:

¹⁶ Normatividad aplicable al asunto por ser la vigente para el momento de presentación de la demanda y lo previsto sobre ese punto en la norma de transición legislativa contenida en el artículo 308 de la Ley 1437 de 2011.

Expediente: 25000-23-26-000-2005-01546-01 (49.146)
Demandante: Compañía Suramericana de Servicios de Salud SA
Reparación directa – CCA
Apelación de sentencia

2) Declárase de oficio la excepción de *ineptitud sustantiva de la demanda por indebida escogencia de la acción* y, en consecuencia, **inhíbese** de pronunciamiento sobre el fondo de las pretensiones de la parte demandante.

2º) Abstiénese de condenar en costas en esta instancia procesal a la parte demandante.

3º) Ejecutoriada esta providencia, por secretaría **devuélvase** el expediente al Tribunal de origen con las correspondientes constancias.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

ALBERTO MONTAÑA PLATA
Presidente de la Subsección
(Firmado electrónicamente)

FREDY IBARRA MARTÍNEZ
Magistrado ponente
(Firmado electrónicamente)

MARTÍN BERMÚDEZ MUÑOZ
Magistrado
(Firmado electrónicamente)
Salva voto

Constancia. La presente providencia fue firmada electrónicamente por los magistrados en la plataforma SAMAI, en consecuencia, se garantiza la autenticidad, integridad, conservación y posterior consulta de conformidad con el artículo 2 del Decreto Legislativo 806 de 2020.