



CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN TERCERA

SUBSECCIÓN C

Consejero ponente: GUILLERMO SÁNCHEZ LUQUE

Bogotá D.C., diez (10) de marzo de dos mil veintiuno (2021)

Radicación número: 25000-23-26-000-2008-00444-01(45500)

Actor: EPS SANITAS SA

Demandado: NACIÓN-MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL

Referencia: ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA

APELANTE ÚNICO-Límites de la apelación. EXCEPCIONES DE FONDO-El superior puede estudiar todas las excepciones de fondo y declarar las que encuentre probadas, así no hubieran sido alegadas. INDEBIDA ESCOGENCIA DE LA ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA-La nulidad y restablecimiento del derecho procede para reparar daños provenientes de actos administrativos. DAÑO ESPECIAL-Su invocación no convierte una controversia de nulidad y restablecimiento en reparación directa. CADUCIDAD EN NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO-El término en vigencia del CCA se contabiliza a partir del día siguiente al de la publicación del acto administrativo. DERECHOS DE CONTENIDO CREDITICIO-El titular puede renunciarlos si solo afectan el interés individual y no lo prohíbe la ley. COSTAS EN CCA-Improcedencia cuando no se actúa con temeridad o mala fe.

La Sala, de conformidad con el inciso 3° del artículo 63A de la Ley 270 de 1996, adicionado por el artículo 16 de la Ley 1285 de 2009, decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia del 15 de junio de 2012 proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, que declaró la indebida escogencia de la acción.

SÍNTESIS DEL CASO

La Nación-Ministerio de la Protección Social profirió las Resoluciones n°. 3797 de 2004 y n°. 2933 de 2006 que regularon el recobro de las Entidades Promotoras de Salud -EPS- al Fondo de Solidaridad y Garantía -Fosyga-, por el suministro de medicamentos no incluidos en el POS. Alegan que la expedición, aplicación y ejecución de las resoluciones causó un daño especial, porque el Fosyga no reembolsó el 100% de los sobrecostos, según lo dispuesto en esas resoluciones.



2
Expediente n°. 45.500
Demandante: EPS Sanitas SA
Declara caducidad

ANTECEDENTES

El 29 de agosto de 2008, EPS Sanitas SA, a través de apoderado judicial, formuló **demanda de reparación directa** contra la Nación-Ministerio de la Protección Social. Solicitó \$16.542.481.215 por daño emergente y lucro cesante. En apoyo de las pretensiones, la parte demandante afirmó que suministró medicamentos no incluidos en el Plan Obligatorio de Salud -POS-, en cumplimiento de dictámenes de Comités Técnico Científicos -CTC- y fallos de tutela. Agregó que tuvo que pagar esos sobrecostos por la aplicación de las Resoluciones n°. 3797 de 2004 y n°. 2933 de 2006. Alega daño especial, pues se vulneró el principio de igualdad ante las cargas públicas, porque pagó sobrecostos que debía asumir el Sistema General de Seguridad Social.

El 21 de noviembre de 2008 se admitió la demanda y se ordenó su notificación. En el escrito de **contestación de la demanda**, la Nación-Ministerio de Protección Social, al oponerse a las pretensiones, sostuvo que la EPS Sanitas SA no tuvo que soportar una mayor carga pública, porque las Resoluciones n°. 3797 y n°. 2933 regularon a todas las EPS. El 10 de febrero de 2012 se corrió traslado a las partes y al Ministerio Público para **alegar de conclusión** y presentar concepto, respectivamente. La parte demandante sostuvo que todas las EPS sufrieron un trato desigual en comparación con otros actores del Sistema General de Seguridad Social, como el Fosyga. Agregó que probó los sobrecostos que pagó por medicamentos que no tenían homólogo en el POS, en vigencia de las Resoluciones n°. 3797 y n°. 2933. La parte demandada reiteró lo expuesto. El Ministerio Público guardó silencio.

El 15 de junio de 2012, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca en la **sentencia** declaró la excepción de indebida escogencia de la acción. Consideró que las pretensiones dependían de la declaratoria de nulidad de las Resoluciones n°. 3797 y n°. 2933, y la acción de nulidad y restablecimiento debió interponerse dentro de los cuatro meses siguientes a la expedición de las Resoluciones. La demandante interpuso **recurso de apelación**, que fue concedido el 28 de septiembre de 2012 y admitido el 1 de noviembre siguiente. Esgrimió que no formuló pretensiones de nulidad contra las Resoluciones n°. 3797 y n°. 2933 y que



3
Expediente n°. 45.500
Demandante: EPS Sanitas SA
Declara caducidad

la causa de sus perjuicios fue una actuación administrativa lícita desarrollada por un interés común, que causó un desequilibrio económico injustificado y rompió la igualdad ante las cargas públicas. Por tanto, sostuvo que la acción procedente era la de reparación directa. El 22 de noviembre de 2012 se corrió traslado para **alegar de conclusión en segunda instancia**. Las partes reiteraron lo expuesto. El Ministerio Público guardó silencio.

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 1º 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 20.2 CPC, el valor de la pretensión mayor supera los 500 SMLMV exigidos por el artículo 132.6 CCA, esto es, \$230.750.000¹.

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 la idónea para reclamar los perjuicios ocasionados por unos actos administrativos y si operó la caducidad.

¹ Suma que se obtiene de multiplicar el salario mínimo de 2008, \$461,500, por 500.



III. Análisis de la Sala

3. El artículo 164 CCA prevé que la sentencia debe decidir sobre las excepciones propuestas en el proceso y las que el juez encuentre probadas, por ejemplo, la caducidad del término para formular la demanda².

4. 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 (art. 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 general, 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 directa³.

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 cuestiona⁴, 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 y, con ello, evadir los efectos de la caducidad del término para formular la acción de nulidad y restablecimiento del derecho.

5. Según la demanda, la Nación-Ministerio de Protección Social causó daños por la aplicación de las Resoluciones n°. 3797 y n°. 2933, que regularon los recobros

² Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 17 de junio de 2004, Rad. 14.988 [fundamento jurídico III], en *Antología Jurisprudencias y Conceptos, Consejo de Estado 1817-2017 Sección Tercera Tomo B*, Bogotá, Imprenta Nacional, 2018, p. 282, disponible en <https://bit.ly/3gjjuduK>.

³ 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].

⁴ 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/3gjjuduK>.



5
Expediente n°. 45.500
Demandante: EPS Sanitas SA
Declara caducidad

de las EPS al Fosyga por el suministro de medicamentos no incluidos en el POS, y que no pretende la nulidad de las Resoluciones. Sin embargo, la demandante pidió los perjuicios causados por la expedición de las Resoluciones (f. 4 c. 1), controvertió el procedimiento establecido en esos actos administrativos (f. 9-14 c. 1) y afirmó que el Ministerio de Protección Social estableció montos máximos en las Resoluciones, con “exorbitancia” de su ámbito de responsabilidad legal (f. 17 c. 1 y f. 204 c. principal). Como la presunta ilegalidad de los actos administrativos es la fuente del daño reclamado, la acción idónea para obtener el reconocimiento de los perjuicios es la de nulidad y restablecimiento del derecho y no la de reparación directa.

6. El fenómeno de caducidad para demandar 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 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).

Así lo resaltó la Corte Constitucional, al declarar la exequibilidad de ese precepto, pues la caducidad representa el límite dentro del cual el ciudadano debe reclamar del Estado determinado derecho. Por ende, según la Corte, 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 derechos⁵.

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 ocurrencia⁶.

Por tratarse de pretensiones derivadas de actos administrativos diferentes, se estudiará la caducidad por separado para cada uno.

6.1. Está acreditado que el 11 de noviembre 2004, el Ministerio de Protección Social profirió la Resolución n°. 3797 y fue publicada en el Diario Oficial el 20 de noviembre siguiente, según da cuenta copia auténtica del Diario Oficial n°. 45.738 (f. 81-86 c. 2). De manera que, el término de cuatro meses empezó a correr el 21 de noviembre de 2004 y vencía el 22 de marzo de 2005, día hábil siguiente a la expiración del plazo (art. 121 CPC, aplicable por disposición del art. 267 CCA). Como la demanda se presentó el 29 de agosto de 2008, según da cuenta el sello de radicado y el acta de reparto (f. 23 y 24 c. 1), operó el fenómeno preclusivo de la caducidad y, por ello, se modificará la sentencia apelada.

6.2. Está acreditado que el 15 de agosto de 2006, el Ministerio de Protección Social profirió la Resolución n°. 2933 y fue publicada en el Diario Oficial el 31 de agosto siguiente, según da cuenta copia auténtica del Diario Oficial n°. 46.377 (f. 46-63 c. 2). De manera que, el término de cuatro meses empezó a correr el 1 de septiembre de 2006 y vencía el 11 de enero de 2007, día hábil siguiente a la expiración del plazo (art. 121 CPC, aplicable por disposición del art. 267 CCA). Como la demanda se presentó el 29 de agosto de 2008, según da cuenta el sello

⁵ Cfr. Corte Constitucional, sentencia C-574 de 1998 [fundamento jurídico 3.5].

⁶ Cfr. Corte Constitucional, sentencia C-832 de 2001 [fundamento jurídico 4].



7
Expediente n°. 45.500
Demandante: EPS Sanitas SA
Declara caducidad

de radicado y el acta de reparto (f. 23 y 24 c. 1), operó el fenómeno preclusivo de la caducidad y, por ello, se modificará la sentencia apelada.

7. Según 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 las partes hayan 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:

MODIFÍCASE la sentencia del 15 de junio de 2012 proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca y, en su lugar, se dispone:

PRIMERO: DECLÁRASE la caducidad del término para formular la demanda.

SEGUNDO: Sin condena en costas.

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

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

GUILLERMO SÁNCHEZ LUQUE
Presidente de la Sala

JAIME ENRIQUE RODRÍGUEZ NAVAS

NICOLÁS YEPES CORRALES
Aclaro voto

