



CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN TERCERA

SUBSECCIÓN C

Consejero ponente: GUILLERMO SÁNCHEZ LUQUE

Bogotá D.C., veintinueve (29) de julio de dos mil veintiuno (2021)

Radicación número: 25000-23-26-000-2010-00453-01(51179)

Actor: COLMÉDICA EPS SA

Demandado: NACIÓN-MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL

Referencia: ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA

COPIAS SIMPLES-Valor probatorio. PRIVILEGIO DE LO PREVIO-Mecanismo a favor del ciudadano para evitar litigiosidad judicial. VÍA GUBERNATIVA O SEDE ADMINISTRATIVA-Más que un privilegio de lo previo es un mecanismo a favor de las personas. INEPTA DEMANDA-Se configura cuando se acude a la acción de reparación directa sin haber discutido un pronunciamiento previo de la Administración vía nulidad y restablecimiento del derecho. EXCEPCIONES DE FONDO-El superior puede estudiar todas las excepciones de fondo y declarar las que encuentre probadas, así no hubieran sido alegadas. FALTA DE JURISDICCIÓN CCA-La jurisdicción administrativa no conoce de controversias por el recobro de prestaciones no incluidas en el POS. COSTAS EN CCA-Improcedencia cuando no se actúa con temeridad o mala fe.

La Sala, de conformidad con el inciso 3º del artículo 63A de la Ley 270 de 1996, adicionado por el artículo 16 de la Ley 1285 de 2009, decide los recursos de apelación interpuestos contra la sentencia del 11 de diciembre de 2013 proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, que accedió parcialmente a las pretensiones.

SÍNTESIS DEL CASO

La Nación-Ministerio de la Protección Social profirió la Resolución n°. 2948 de 2003 que reguló la autorización y recobro de las Entidades Promotoras de Salud -EPS- al Fondo de Solidaridad y Garantía –Fosyga–, por el suministro de medicamentos autorizados por comités técnico científicos –CTC–. El Consejo de Estado anuló el literal b del artículo 11 de esa resolución que preveía un reintegro del 50% a las EPS. Alega un daño durante la vigencia de la resolución y solicita el



saldo no pagado. Subsidiariamente, alega enriquecimiento sin justa causa por el pago parcial.

ANTECEDENTES

El 9 de julio de 2010, Colmédica EPS SA, a través de apoderado judicial, formuló **demanda de reparación directa** contra la Nación-Ministerio de Salud y Protección Social. Solicitó por daño emergente \$3.002.189.316, por el saldo no pagado por solicitudes de recobro de comités técnico científicos –CTC–, y el saldo de 341 cuentas presentadas que debían ser objeto de dictamen pericial; y los intereses comerciales sobre el daño emergente, por lucro cesante. Subsidiariamente solicitó que se declarara que la Nación-Ministerio de Salud y Protección Social se enriqueció sin justa causa por el pago parcial de prestaciones no incluidas en el POS que fueron pagadas con fundamento en una norma declarada nula por el Consejo de Estado. 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–. Adujo que el Ministerio de la Protección Social no reembolsó el 100% del valor pagado, porque aplicó el literal b del artículo 11 de la Resolución n°. 2948 de 2003, que establecía un reintegro del 50% del valor del medicamento autorizado por el CTC. Como el Consejo de Estado anuló esa norma por sentencia del 18 de junio de 2009, sufrió un daño durante la vigencia de la Resolución 2948 de 2003, del 21 de octubre de 2003, fecha de su publicación en el Diario Oficial, al 20 de noviembre de 2004, fecha de publicación de la Resolución 3797 de 2004 que la derogó. Agregó que la acción de reparación directa era procedente, porque la causa del daño fue un acto administrativo general anulado, los pagos y las glosas del Fosyga no son actos administrativos particulares, y la caducidad de la acción se contabilizaba desde la ejecutoria de la providencia que anula la norma.

El 12 de agosto de 2010 se admitió la demanda y se ordenó su notificación. En el escrito de **contestación de la demanda**, la Nación-Ministerio de Salud y Protección Social, al oponerse a las pretensiones, sostuvo que aplicó el literal b del artículo 11 de la Resolución n°. 2948 de 2003 durante su vigencia y que la declaratoria de nulidad no afecta los recobros que la demandante solicita, porque



3
Expediente n°. 51.179
Demandante: Colmédica EPS SA
Declara ineptitud de la demanda y falta de jurisdicción

eran una situación consolidada antes de la declaratoria de nulidad de la norma. Agregó que como aplicó la norma a todas las Empresas Promotoras de Salud, no vulneró el principio de igualdad frente a las cargas públicas. El 9 de octubre de 2013 se corrió traslado a las partes y al Ministerio Público para **alegar de conclusión** y presentar concepto, respectivamente. La parte demandante reiteró lo expuesto y agregó que la prueba de los perjuicios fue que el Ministerio de Protección Social pagó el 50% de los recobros y adujo que solicitó el dictamen pericial para ratificar las sumas adeudadas. La demandada agregó que no procede el pago, porque los recobros de la demandante fueron auditados, liquidados y pagados según la norma vigente y constituyen una situación jurídica particular que estaba consolidada cuando se anuló el acto administrativo general. El Ministerio Público guardó silencio.

El 11 de diciembre de 2013, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca en la **sentencia** accedió parcialmente a las pretensiones. Consideró que la acción de reparación directa era procedente para solicitar los perjuicios causados por el literal b del artículo 11 de la Resolución n°. 2948 de 2003, porque el Consejo de Estado anuló esa norma y la demanda se interpuso dentro de los dos años siguientes a la ejecutoria de la sentencia de anulación. Sostuvo que el régimen de responsabilidad aplicable era objetivo, y que la Nación-Ministerio de Salud y Protección Social actuó en forma desproporcionada, porque la Resolución n°. 2948 de 2003 rompió el principio de igualdad ante las cargas públicas, ya que impidió que las EPS recuperaran la totalidad de lo que invirtieron en la prestación del servicio de salud. Condenó al pago del valor actualizado de diez cuentas de cobro que verificó el perito al realizar un muestreo y negó el pago de intereses. Las partes interpusieron **recursos de apelación**, que fueron concedidos el 29 de abril de 2014 y admitidos el 3 de julio siguiente. La demandante esgrimió que probó la existencia y cuantía de todos los recobros, porque el Ministerio de la Protección Social los reconoció cuando pagó el reintegro del 50%, que el muestreo que realizó el perito es un método científico válido y que si había dudas sobre la cuantía, el Tribunal debía condenar en abstracto. La demandada esgrimió que operó la caducidad, porque la Resolución n°. 2948 de 2003 fue derogada por la Resolución n°. 3797 de 2004 que comenzó a regir el 11 de noviembre de 2014 y la demandante debía formular su demanda antes del 12 de noviembre de 2006.



Reiteró que los recobros que la demandante solicitó fueron situaciones consolidadas antes de la anulación de la Resolución n°. 3797 de 2004. En agosto de 2014 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, \$257.500.000¹.

Acción procedente

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 un acto administrativo anulado.

III. Análisis de la Sala

2. Las copias simples serán valoradas, porque la Sección Tercera de esta Corporación, en fallo de unificación, consideró que tenían mérito probatorio².

¹ Suma que se obtiene de multiplicar el salario mínimo de 2010, \$515.000, por 500.

² Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 28 de agosto de 2013, Rad. 25.022 [fundamento jurídico 1]. El Magistrado Ponente no comparte este criterio jurisprudencial, sin embargo, lo respeta y acoge.



3. El artículo 164 CCA prevé que la sentencia debe decidir sobre las excepciones propuestas en el proceso y las que el juez encuentre probadas³.

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 directa⁴.

La Administración cuenta con el denominado “privilegio de lo previo”, que más que una prerrogativa a favor de la Administración, debe ser entendido como un mecanismo a favor del ciudadano, pues está concebido para evitar en lo posible la controversia judicial. En caso de negativa o ante el silencio de la Administración, la persona podrá acudir a la jurisdicción a través del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, de conformidad con el artículo 85 CCA, retomado por el artículo 138 CPACA. En criterio de unificación de la Sala Plena de esta Corporación, en la acción de nulidad y restablecimiento del derecho siempre existirá un acto atacable, por ello la acción de reparación directa no es la vía procesal adecuada si no se obtiene antes la anulación del mismo porque continuaría produciendo efectos jurídicos⁵.

Los argumentos de la inconformidad están en la aclaración de voto a la sentencia del 22 de octubre de 2015, Rad. 26.984. Estas providencias se pueden consultar en *Antología Jurisprudencias y Conceptos, Consejo de Estado 1817-2017 Sección Tercera Tomo B*, Bogotá, Imprenta Nacional, 2018, pp. 363, 364 y 365, respectivamente, disponible en <https://bit.ly/3gjduK>.

³ Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 17 de junio de 2004, Rad. 22.936 [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/3gjduK>.

⁴ 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].

⁵ Cfr. Consejo de Estado, Sala Plena, sentencia del 27 de marzo de 2007, Rad. n°. 76001-23-31-000-2000-02513-01 [fundamento jurídico 5.3], en *Antología Jurisprudencias y Conceptos, Consejo de Estado 1817-2017 Sección Tercera Tomo B*, Bogotá, Imprenta Nacional, 2018, pp. 47-48, disponible en <https://bit.ly/3gjduK>.



5. La demanda pretende que se declare la responsabilidad de la Nación-Ministerio de Salud y Protección Social y se condene al reintegro de las sumas pagadas por la aplicación del literal b del artículo 11 de la Resolución 2948 de 2003, porque el Consejo de Estado anuló esa norma.

Está acreditado que la Resolución n°. 3797 de 2004 derogó la Resolución n°. 2948 de 2003 y que por sentencia del 18 de junio de 2009, el Consejo de Estado anuló el literal b del artículo 11 de la Resolución n°. 2948 (f. 289 a 205 c. 2 de pruebas). No se probó que la parte demandante haya solicitado a la demandada el reintegro de las sumas que pretende por la anulación de esa norma. El demandante debió demandar, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho previsto en el artículo 85 CCA, norma vigente para la fecha de interposición de la demanda, el acto administrativo producto de la respuesta negativa o del silencio de la Administración frente a una solicitud en ese sentido. Como el contencioso de restablecimiento o nulidad resarcitoria tiene por finalidad asegurar la regularidad de la actuación administrativa y la protección de un derecho subjetivo vulnerado por el acto, no hay lugar a reclamar directamente ante la jurisdicción un derecho, cuando no se ha reclamado previamente ante la Administración.

En tal virtud, se configuró la ineptitud sustantiva de la demanda, pues la demandante acudió a la acción de reparación directa, sin haber discutido un pronunciamiento previo de la Administración para el reintegro de lo pagado por un acto administrativo anulado, vía nulidad y restablecimiento del derecho. Por ello, la Sala modificará la decisión de primera instancia y se declarará inhibida para conocer el asunto.

6. La demanda formuló pretensiones subsidiarias. Pidió que se declarara que la Nación-Ministerio de Salud y Protección Social se enriqueció sin justa causa por el pago parcial de prestaciones no incluidas en el POS que fueron reconocidas con fundamento en una norma declarada nula por el Consejo de Estado. En consecuencia, solicitó el saldo no pagado de las solicitudes de recobro y de 341 cuentas, y el pago de intereses.

Según el artículo 82 CCA, la jurisdicción en lo contencioso administrativo está



instituida para juzgar las controversias y litigios administrativos originados en la actividad de las entidades públicas y de las personas privadas que desempeñen funciones propias de los distintos órganos del Estado. A su vez, el artículo 2.4 del Código Procesal del Trabajo y Seguridad Social, modificado por la Ley 712 de 2001 y vigente a la fecha de presentación de la demanda, dispone que la jurisdicción ordinaria, en sus especialidades laboral y de seguridad social, conoce de las controversias referentes al sistema de seguridad social integral que se susciten entre los afiliados, beneficiarios o usuarios, los empleadores y las entidades administradoras o prestadoras, cualquiera que sea la naturaleza de la relación jurídica y de los actos jurídicos que se controvertan. El Consejo Superior de la Judicatura definió que las controversias relacionadas con el recobro de una Entidad Promotora de Salud al Fosyga por prestaciones que se encuentran por fuera del Plan Obligatorio de Salud-POS, no se enmarcan en los asuntos que taxativamente conoce la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, por ello, la jurisdicción ordinaria en su especialidad laboral es la competente para conocerlas⁶.

Al resolver las pretensiones subsidiarias, la Sala tendría que pronunciarse sobre las solicitudes de recobro que Colmédica EPS SA presentó por prestaciones no incluidas en el POS. Esa controversia surgió entre entidades que pertenecen al sistema de seguridad social integral. Como la jurisdicción ordinaria —en su especialidad laboral— es la competente para conocerla, con independencia de la naturaleza de los actos jurídicos controvertidos, la Sala se declarará inhibida por falta de jurisdicción.

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,

⁶ Cfr. Consejo Superior de la Judicatura, Sala Jurisdiccional Disciplinaria, auto del 22 de junio de 2016, Rad. n°. 11001-01-02-000-2015-04003-00 [fundamento jurídico 3].



8
Expediente n°. 51.179
Demandante: Colmédica EPS SA
Declara ineptitud de la demanda y falta de jurisdicción

FALLA:

MODIFÍCASE la sentencia del 11 de diciembre de 2013 proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca y, en su lugar, se dispone:

PRIMERO: DECLÁRASE probada la excepción de inepta demanda de las pretensiones principales.

SEGUNDO: DECLÁRASE la inhibición de la Sala para conocer de las pretensiones subsidiarias, por falta de jurisdicción.

TERCERO: Sin condena en costas.

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

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

JAIME ENRIQUE RODRÍGUEZ NAVAS
Presidente de la Sala

GUILLERMO SÁNCHEZ LUQUE

NICOLÁS YEPES CORRALES