

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN PRIMERA

Consejero Ponente: **GUILLERMO VARGAS AYALA**

Bogotá, D. C., dieciocho (18) de septiembre de dos mil catorce (2014)

Radicación núm.: 68001 2333 000 **2013 00412 01**

Actor: **CONSORCIO SAYP 2011 – Sistema de Administración y Pagos**

Demandado: Caja de Compensación Familiar de Barrancabermeja - CAFABA

La Sala decide el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la sociedad demandante contra el auto proferido el 5 de mayo de 2014 por el Tribunal Administrativo de Santander, mediante el cual declaró la nulidad de todo lo actuado y rechazó la demanda promovida en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho.

Para el efecto, **SE CONSIDERA:**

I.- La demanda

Por conducto de apoderado, el CONSORCIO SAYP 2011 integrado por Fiduciaria La Previsora S.A. (en adelante Fiduprevisora) y Fiducoldex S.A. (en adelante Fiducoldex) promovió demanda en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho previsto en el artículo 138 del CPACA., contra la Resolución No. 0007 del 12 de diciembre de 2012 expedida por CAFABA *"Por la cual se determinan las sumas y bienes excluidos de la masa y de los créditos a cargo de la masa de liquidación del Programa de Entidad Promotora de Salud del régimen Subsidiado en Liquidación, de la Caja de Compensación Familiar de Barrancabermeja –*

CAFABA; respecto de las reclamaciones oportunamente presentadas, para su aceptación o rechazo, la indicación de su naturaleza, su cuantía, el orden de restitución, la prelación para el pago y las preferencias que establece la ley”.

La siguiente es la pretensión de la actora:

“5. PRETENSIÓN PRINCIPAL

Se declare nulo el artículo primero de la resolución 0007 de diciembre 12 de 2012 expedida por la CAJA DE COMPENSACIÓN FAMILIAR DE BARRANCABERMEJA – CAFABA, específicamente por no determinar la exclusión de los recursos del Sistema de Seguridad Social en Salud, tanto de la NO MASA como de la MASA DE LIQUIDACIÓN, lo cual le imponía al liquidador el deber de responsabilidad de restituir lo adeudado por tales conceptos antes de la calificación y graduación de los créditos.

Como consecuencia de lo anterior, se ordene que en la mencionada resolución se reconozca al FOSYGA como acreedor privilegiado y no sometido a la calificación y graduación de los créditos del Sistema General de Seguridad Social en Salud.

En concordancia con lo anterior, se condene a pagar las sumas de dinero a los recursos adeudados por CAFABA por concepto de LMA – Liquidación Mensual de Afiliados y a favor del FOSYGA por una suma de \$ MIL CIENTO TREINTA Y TRES MILLONES TRESCIENTOS CUARENTA Y UN MIL TRESCIENTOS SETENTA PESOS CON SETENTA Y TRES CENTAVOS MONEDA CORRIENTE (\$ 1.133.341.370.73), más los correspondientes rendimientos generados hasta el momento de su pago efectivo, según el siguiente detalle:

(...)¹

II.- Actuaciones previas

2.1. El CONSORCIO SAYP 2011 que administra los recursos del Fondo de Solidaridad y Garantía (en adelante FOSYGA) presentó demanda de Nulidad y Restablecimiento del derecho el 15 de abril de 2013².

2.2. Mediante auto del 17 de mayo de 2013 el Tribunal Administrativo de Santander admitió la demanda y dispuso el trámite de rigor³.

¹ Folio 2018 del Cuaderno del Tribunal.

² Folios 192 a 228 ibídem.

2.3. El 23 de agosto de 2013 el apoderado de CAFABA contestó la demanda y presentó la excepción previa de falta de agotamiento de la etapa de conciliación prejudicial⁴.

2.4. Surtido el respectivo traslado el actor se pronunció sobre la citada excepción⁵.

2.5. El 3 de septiembre de 2013 el Magistrado Sustanciador fijó fecha y hora para llevar a cabo la Audiencia Inicial⁶.

2.6. El 30 de septiembre de 2013 se celebró la anotada audiencia en la cual se resolvió declarar la nulidad de todo lo actuado e inadmitir la demanda para que el actor acreditara el agotamiento de la conciliación prejudicial⁷.

2.7. En escrito allegado el 15 de octubre de 2013 la apoderada del Consorcio adjuntó la corrección⁸.

2.8. El Tribunal Administrativo de Santander admitió la demanda mediante proveído del 14 de noviembre de 2013.

2.9. En escrito presentado el 25 de marzo de 2014 el apoderado de CAFABA insiste en que se declare probada la excepción previa de falta de agotamiento de la conciliación prejudicial⁹.

2.10. Mediante auto calendado el 2 de abril de 2014 se fijó fecha y hora para la realización de la Audiencia Inicial¹⁰.

³ Folios 2030 a 231 ibídem.

⁴ Folios 268 a 277 ibídem.

⁵ Memorial presentado el 29 de agosto de 2013 (folios 381 a 395 ibídem).

⁶ Folio 397 ibídem.

⁷ Folios 399 a 400 ibídem.

⁸ Folios 402 a 404 ibídem.

⁹ Folios 444 a 448 ibídem.

¹⁰ Folio 506 ibídem.

II.- El auto recurrido

Llegado el día y la hora fijada para la celebración de la Audiencia Inicial el Tribunal Administrativo de Santander decidió declarar la nulidad de todo lo actuado y rechazar la demanda de la referencia.

Sostuvo que la conciliación prejudicial celebrada no cumplía con los requisitos previstos en los artículos 5 y 6 del Decreto 1716 de 2009, como quiera que con la solicitud de conciliación no se allegó copia del acto administrativo acusado, tal petición se presentó con posterioridad a la instauración de la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho y, el apoderado de CAFABA acudió a la Audiencia sin el correspondiente poder para actuar.

Para el Juzgador de Primera Instancia los anteriores vicios hacen que se no se entienda agotado el requisito de procedibilidad de conciliación extrajudicial. Para respaldar su análisis trajo a colación el auto del 24 de mayo de 2012 proferido dentro del proceso número 05001 2331 000 2011 00106 01 (42254) proferido por la Sección Tercera del Consejo de Estado, C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

III.- El recurso de apelación

Inconforme con la anterior decisión el CONSORCIO SAYP 2011 lo apeló arguyendo lo siguiente:

3.1.- Controvirtió el auto de admisión de la demanda indicando que era ese el momento procesal indicado para rechazar la demanda por la supuesta falta de agotamiento del requisito de procedibilidad y no dejar esa decisión para adoptarla en la Audiencia Inicial.

3.2.- Aseguró que cumplió la orden legal de acudir a la Procuraduría a arreglar el conflicto que suscitó la expedición de la Resolución No. 0007 de 2012 proferida por CAFABA.

Que si bien en la audiencia no se llegó a ningún acuerdo no es menos cierto que se realizó en debida forma, toda vez que se presentó la solicitud, se surtió el trámite, se citó a las partes, las mismas se presentaron y la diligencia se consumó tal y como se evidencia del contenido del acta en la que el Procurador instala y desarrolla la audiencia.

Sobre este particular, trajo a colación la sentencia C-713 de 2008 que estudió la exequibilidad de la Ley 1285 de 2009 transcribiendo algunos apartes que consideró pertinentes para defender su petición.

3.3.-Finalmente estimó que la demanda impetrada no requería adelantar ninguna conciliación previa dado que el objeto de la acción contenciosa es la protección de recursos públicos, recursos de los que no puede disponer ni el Ministerio de Salud y Protección social, ni el FOSYGA, ni menos el consorcio demandante, ya que son de naturaleza parafiscal, es decir, destinados a financiar el Sistema General de Seguridad Social en Salud.

Para el demandante ese carácter los hace ajenos a cualquier tipo de negociación toda vez que no pueden ser afectados a fines diferentes a los que previene la ley y por ello no hacen parte del flujo de caja de los ente que los administran.

IV.- Las Consideraciones

La Sala encuentra que los problemas jurídicos a resolver son: (i) si puede entenderse cumplido el requisito de procedibilidad consagrado en el numeral primero del artículo 161 del CPACA. para impetrar el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho aun cuando la solicitud de

conciliación prejudicial se presente con posterioridad a la instauración de la demanda, (ii) cuál es la oportunidad procesal con la que cuenta el juez para advertir el cumplimiento del citado requisito y, (iii) si el asunto ventilado en el presente caso cuyo objeto es el pago de recursos públicos destinados a financiar el Sistema de Seguridad Social en Salud constituye una excepción a la regla general prevista en la norma descrita.

4.1.- Oportunidad para solicitar la conciliación prejudicial

El numeral primero del artículo 161 ibidem, exige tramitar la conciliación extrajudicial como requisito **previo** para presentar una demanda de nulidad y restablecimiento del derecho, de reparación directa o de controversias contractuales. La norma es del siguiente tenor:

***“Artículo 161. Requisitos previos para demandar.** La presentación de la demanda se someterá al cumplimiento de requisitos previos en los siguientes casos:*

- 1. Cuando los asuntos sean conciliables, el trámite de la conciliación extrajudicial constituirá requisito de procedibilidad de toda demanda en que se formulen pretensiones relativas a nulidad con restablecimiento del derecho, reparación directa y controversias contractuales.***

En los demás asuntos podrá adelantarse la conciliación extrajudicial siempre y cuando no se encuentre expresamente prohibida.

Cuando la Administración demande un acto administrativo que ocurrió por medios ilegales o fraudulentos, no será necesario el procedimiento previo de conciliación.” (Subrayas de la Sala).

De la lectura del anterior precepto se desprende que **antes** de la interposición de una demanda contenciosa en la que se persiga una o varias de las pretensiones allí establecidas, el actor deberá **tramitar** la conciliación extrajudicial.

Quiere ello decir que de manera **previa** a la presentación de la demanda, el interesado debe **solicitar** ante el Ministerio Público que dicha audiencia se adelante. No le es exigible un resultado positivo o negativo, sino que tenga

el ánimo conciliatorio, de modo que de llegarse a un acuerdo pueda avitarse un litigio futuro, cuestión ésta que responde perfectamente a la naturaleza y fines de las figuras que buscan la solución alternativa de conflictos, esquemas dentro de las cuales se encuentra la conciliación. En este sentido se pronunció la Corte Constitucional cuando efectuó el análisis de exequibilidad de la Ley 1285 de 2009:

“En primer lugar, la conciliación prejudicial obligatoria en materia civil y contencioso administrativa resulta ser un medio adecuado y efectivamente conducente para garantizar el acceso a la justicia, como quiera que ofrece un espacio para dar una solución a los conflictos por la vía de la autocomposición y permite que asuntos que normalmente no llegan a la justicia estatal formal porque las partes los consideran dispendiosos, difíciles o demasiado onerosos en términos de tiempo y esfuerzos, puedan ser ventilados y resueltos rápidamente y a un bajo costo.”¹¹. (Subrayado fuera de texto).

En ese contexto, para la Sala no tiene asidero la pretensión del Consorcio demandante cuando afirma que la audiencia se llevó a cabo en debida forma y que por ello debe entenderse acreditado el citado requisito de procedibilidad pues se comenzó a tramitar después de impetrada la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho.

Precisamente la Corte Constitucional en la citada sentencia, que por demás transcribe parcialmente el recurrente, determina que el interesado en demandar al Estado debe allegar constancia que acredite que radicó la solicitud de conciliación extrajudicial dada la naturaleza consensual de dicho mecanismo. Para el efecto esa corporación destacó el pronunciamiento hecho en sentencia C-417 de 2002, en la que se abordó el análisis de constitucionalidad de las normas de la Ley 640 de 2001, oportunidad en la que al respecto señaló:

“En la sentencia C-417 de 2002 se reafirma la constitucionalidad de la conciliación como requisito de procedibilidad para acudir ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo. No obstante, la Corte aclara que lo que se exige no es la celebración de un acuerdo conciliatorio, sino el intento de conciliación como paso previo y necesario para acudir ante la administración de justicia:

¹¹ Sentencia C-713 de 2008. M.P. Clara Inés Vargas Hernández

“La distinción entre la conciliación como acuerdo y el intento de conciliación como proceso es entonces decisiva, pues esa diferencia muestra que no hay nada de contradictorio en defender el carácter autocompositivo y voluntario de la conciliación con la posibilidad de que la ley imponga como requisito de procedibilidad que las partes busquen llegar a un acuerdo.

(...)

Por todo lo anterior, la Corte concluye que el cargo del demandante es equivocado. El intento de conciliación prejudicial obligatoria no desconoce la naturaleza consensual de ese mecanismo y el principio de habilitación del artículo 116 superior. Con todo, la Corte precisa que esa doctrina obviamente no excluye que la ley, con el fin de estimular las posibilidades de elección de las personas, pueda en el futuro establecer que las partes deben gozar de la facultad de seleccionar libremente al conciliador. Esa es una posibilidad que bien puede desarrollar el Congreso en ejercicio de su libertad de configuración en este campo. En la presente sentencia, la Corte simplemente está señalando que la ley puede, en materia contencioso administrativa, establecer que la audiencia de conciliación representa un requisito de procedibilidad, sin desconocer por ello la naturaleza consensual de la conciliación ni el principio de habilitación previsto en el artículo 116 de la Carta. Esta Corte ratifica entonces la doctrina desarrollada en las sentencias C-160 de 1999, C-247 de 1999 y C-1195 de 2001, según la cual la consagración de un intento de conciliación como requisito de procedibilidad no viola en sí misma la Carta, pero es necesario que el juez constitucional examine siempre si las distintas regulaciones son proporcionadas y razonables, ya que algunas de ellas podrían desconocer el derecho de acceder a la justicia o vulnerar otras cláusulas constitucionales”. (Resaltado fuera de texto).” (Resaltado de la Sala).

Tal posición fue reiterada en la Sección Tercera del Consejo de Estado cuando decidió la apelación del auto de rechazo de una demanda de reparación directa en el sentido de confirmar tal providencia:

“De manera que es requisito obligatorio y necesario para instaurar las acciones de que tratan los artículos 85, 86 y 87 del Código Contencioso Administrativo, que la parte actora acredite que adelantó el trámite de la conciliación extrajudicial, es decir, que radicó la solicitud ante el Ministerio Público, porque la exigencia tiene que ver con crear la oportunidad y no con que la entidad pública efectivamente cite a las partes, como tampoco con que estas concurren, en cuanto se atiende al resultado.

En consecuencia, se deja en claro que, a partir de la expedición de la Ley 1285 de 2009, para interponer las demandas de reparación directa, contractuales y de nulidad y restablecimiento del derecho, se debe allegar constancia que acredite el inicio del trámite de la conciliación extrajudicial, pues, de no ser ello así, la demanda no podrá admitirse y si no se subsana en tiempo habrá de rechazarse.”¹² (Subrayas de la Sala).

¹² Auto del 26 de julio de 2012 proferido dentro del proceso número 25000-2326-000-2011-00568-01 (43257). C. P. Stella Conto Díaz Del Castillo.

Este es sin duda el fundamento constitucional que tuvo en cuenta el Legislador a la hora de exigir como requisito de procedibilidad el que se tramitara de manera previa a la presentación de las demandas contenciosas, donde se formularan pretensiones de nulidad y restablecimiento del derecho, reparación directa y controversias contractuales.

El momento entonces para acudir a la conciliación extrajudicial es antes de incoar la demanda, y NO después de haberla impetrado, pues ello desconoce, por un lado, la naturaleza de este requisito de procedibilidad, cual es, se repite, precaver una controversia judicial, y por otro, dejaría sin ningún sustento jurídico ni práctico la disposición del artículo 3º del Decreto 1716 de 2009 que ordena la suspensión del término de caducidad de la acción contenciosa cuando quiera que se solicite la conciliación prejudicial. El precepto en cita es el siguiente:

***“Artículo 3º.** Suspensión del término de caducidad de la acción. La presentación de la solicitud de conciliación extrajudicial ante los agentes del Ministerio Público suspende el término de prescripción o de caducidad, según el caso, hasta:*

- a) Que se logre el acuerdo conciliatorio, o*
- b) Se expidan las constancias a que se refiere el artículo 2º de la Ley 640 de 2001, o*
- c) Se venza el término de tres (3) meses contados a partir de la presentación de la solicitud; lo que ocurra primero.*

En caso de que el acuerdo conciliatorio sea improbadado por el juez o magistrado, el término de caducidad suspendido con la presentación de la solicitud de conciliación se reanuda a partir del día hábil siguiente al de la ejecutoria de la providencia correspondiente.

La improbación del acuerdo conciliatorio no hace tránsito a cosa juzgada.”

En este sentido se ha pronunciado ésta Sección en auto del 28 de noviembre de 2013, en el proceso número 05001-2300-000-2012-00099-01, con ponencia de la Consejera de Estado María Claudia Rojas Lasso:

“Se les insiste a los actores que teniendo en cuenta las disposiciones del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (en adelante CPACA), la conciliación extrajudicial se consagró como requisito previo para demandar en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho.

En este orden de ideas, la Sala considera que le asistió razón al a quo y, por ende, el auto apelado debe confirmarse, toda vez, que los demandantes debieron atender cada uno de los requerimientos exigidos en la providencia del 30 de julio de 2012, por la cual se dispuso inadmitir la demanda y, proceder a integrar en debida forma la litis y cumplir con el requisito de procedibilidad.”

En tal orden, se negará la solicitud de admisión de la demanda por este motivo.

4.2.- Oportunidad procesal para que el Juez advierta el cumplimiento del requisito de procedibilidad de que trata el numeral 1º del artículo 161 del CPACA

Sin duda el Juez Contencioso debe examinar el cumplimiento de los requisitos de procedibilidad, sustanciales y formales de una demanda cuando la misma es puesta a su disposición para estudiar su admisibilidad.

No obstante, en la Audiencia Inicial el Juez Administrativo debe también considerar el saneamiento del proceso y resolver las excepciones previas que la parte demandada o los terceros hayan formulado, en aras de que el proceso se encuentre libre de vicios que puedan llevar a las proscritas sentencias inhibitorias.

En tal orden, como el apoderado de CAFABA propuso la excepción previa de falta de agotamiento del requisito de procedibilidad de conciliación prejudicial en las dos oportunidades en que se admitió la demanda¹³, y el

¹³ Auto del 17 de mayo de 2013 y Audiencia Inicial del 30 de septiembre de ese año en la que se declaró la nulidad de todo lo actuado y se inadmitió la demanda. Y el Auto del 14 de noviembre de

Tribunal las resolvió según consta a folios 399 a 400 y 509 a 511 del Cuaderno del Tribunal, debe entenderse que se encontraba dentro de una de las oportunidades en las que la ley habilita al operador judicial a advertir la omisión de requisitos formales, sustanciales o de procedibilidad, como ocurrió en el caso que se examina.

Sin embargo, debe observarle la Sala al *a quo* que aun cuando tenía la descrita oportunidad para inadmitir y rechazar la demanda, el paso que el ordenamiento jurídico previene para casos en los que llegada la Audiencia Inicial no se acredita el cumplimiento de un requisito de procedibilidad lo que procede es requerirlo en la diligencia y de no acreditarse dar por terminado el proceso. Así lo dispone el numeral 6º del artículo 180 del CPACA., que es del tenor que a continuación se transcribe:

“Artículo 180. Audiencia inicial. Vencido el término de traslado de la demanda o de la de reconvención según el caso, el Juez o Magistrado Ponente, convocará a una audiencia que se sujetará a las siguientes reglas:

(...)

6. Decisión de excepciones previas. El Juez o Magistrado Ponente, de oficio o a petición de parte, resolverá sobre las excepciones previas y las de cosa juzgada, caducidad, transacción, conciliación, falta de legitimación en la causa y prescripción extintiva.

Si excepcionalmente se requiere la práctica de pruebas, se suspenderá la audiencia, hasta por el término de diez (10) días, con el fin de recaudarlas. Al reanudar la audiencia se decidirá sobre tales excepciones.

*Si alguna de ellas prospera, el Juez o Magistrado Ponente dará por terminado el proceso, cuando a ello haya lugar. **Igualmente, lo dará por terminado cuando en la misma audiencia advierta el incumplimiento de requisitos de procedibilidad.***

El auto que decida sobre las excepciones será susceptible del recurso de apelación o del de súplica, según el caso.” (Resaltado de la Sala).

4.3.- Excepciones al cumplimiento del requisito de procedibilidad de agotamiento de conciliación extrajudicial

Resta por resolver si el asunto que se ventila configura una excepción al cumplimiento del citado presupuesto de procedibilidad del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho.

El CONSORCIO SAYP 2011 afirma que por la naturaleza de los recursos que se controvierten en el proceso no debe exigírsele el agotamiento de la conciliación prejudicial, habida cuenta de que esos dineros no tienen carácter negociable dado que son destinados al financiamiento del Sistema de Seguridad Social en Salud.

4.3.1.- Sobre el particular, se advierte que tal excepción no se enmarca dentro de los supuestos que trata el artículo 2º del decreto 1716 de 2009 reglamentario de la Ley 1285 de ese mismo año, toda vez que la controversia que nos ocupa no gira en torno a asuntos tributarios, ni laborales, ni es un ejecutivo que deba tramitarse con los lineamientos del artículo 75 de la Ley 80 de 1993 y tampoco se trata de un arbitramento que resuelva controversias contractuales. La citada norma es del siguiente tenor:

“Artículo 2º. Asuntos susceptibles de conciliación extrajudicial en materia contencioso administrativa. Podrán conciliar, total o parcialmente, las entidades públicas y las personas privadas que desempeñan funciones propias de los distintos órganos del Estado, por conducto de apoderado, sobre los conflictos de carácter particular y contenido económico de los cuales pueda conocer la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo a través de las acciones previstas en los artículos 85, 86 y 87 del Código Contencioso Administrativo o en las normas que los sustituyan.

Parágrafo 1º. No son susceptibles de conciliación extrajudicial en asuntos de lo contencioso administrativo:

– Los asuntos que versen sobre conflictos de carácter tributario.

– Los asuntos que deban tramitarse mediante el proceso ejecutivo de que trata el artículo 75 de la Ley 80 de 1993.

– Los asuntos en los cuales la correspondiente acción haya caducado.

Parágrafo 2°. *El conciliador velará porque no se menoscaben los derechos ciertos e indiscutibles, así como los derechos mínimos e intransigibles.*

Parágrafo 3°. *Cuando la acción que eventualmente se llegare a interponer fuere la de nulidad y restablecimiento de derecho, la conciliación extrajudicial sólo tendrá lugar cuando no procedan recursos en vía gubernativa o cuando esta estuviere debidamente agotada, lo cual deberá acreditarse, en legal forma, ante el conciliador.*

Parágrafo 4°. *En el agotamiento del requisito de procedibilidad de la acción de que trata el artículo 86 del Código Contencioso Administrativo, se entenderá incluida la acción de repetición consagrada en el inciso segundo de dicho artículo.*

Parágrafo 5°. *El agotamiento de la conciliación como requisito de procedibilidad, no será necesario para efectos de acudir ante tribunales de arbitramento encargados de resolver controversias derivadas de contratos estatales, cuyo trámite se regula por lo dispuesto por el artículo 121 de la Ley 446 de 1998.* (Subrayas de la Sala).

4.3.2.- No obstante, de la aplicación del Código General del Proceso se desprenden otras salvedades. El artículo 613, que entró a regir el 10 de enero de 2014 en cumplimiento de lo ordenado por el numeral 6° del artículo 627 ibídem, dispone:

“Artículo 613. Audiencia de conciliación extrajudicial en los asuntos contencioso administrativos. *Cuando se solicite conciliación extrajudicial, el peticionario deberá acreditar la entrega de copia a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica de la Nación, en los mismos términos previstos para el convocado, con el fin de que la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado resuelva sobre su intervención o no en el Comité de Conciliación de la entidad convocada, así como en la audiencia de conciliación correspondiente.*

No será necesario agotar el requisito de procedibilidad en los procesos ejecutivos, cualquiera que sea la jurisdicción en la que se adelanten, como tampoco en los demás procesos en los que el demandante pida medidas cautelares de carácter patrimonial o cuando quien demande sea una entidad pública.

Las entidades públicas en los procesos declarativos que se tramitan ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo contra particulares, podrán solicitar las medidas cautelares previstas para los procesos declarativos en el Código General del Proceso.” (Subrayado de la Sala).

Recapitulando entonces tenemos que actualmente existen las siguientes excepciones a la regla general de cumplimiento del requisito de procedibilidad en la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo relacionado con la acreditación de haber solicitado previamente a la presentación de la demanda, la conciliación ante el Ministerio Público:

- a. Cuando el asunto es de carácter tributario.
- b. Cuando se adelante un proceso ejecutivo.
- c. Para acudir a Tribunales de Arbitramento a resolver asuntos de carácter contractual en aplicación del artículo 121 de la Ley 446 de 1998.
- d. Cuando el demandante solicite medidas cautelares de carácter patrimonial.
- e. Cuando una entidad pública funja como demandante.

4.3.3.- Descendiendo al caso concreto, se pregunta la Sala si el CONSORCIO SAYP 2011, encaja en alguna de las causales que el ordenamiento jurídico dispuso como excepción para eximirlo de celebrar la conciliación prejudicial.

Podría eventualmente responderse que se ajusta a lo dispuesto en el literal e), ya que por la naturaleza de los recursos que administra se reputa como ente público.

No obstante, para llegar a esa conclusión debe revisarse si el actor ostenta la representación judicial del FOSYGA.

a.- De acuerdo con lo establecido en el artículo 218 de la Ley 100 de 1993 y el artículo 1º del Decreto 1283 de 1996, el FOSYGA es una cuenta adscrita al Ministerio de Salud y Protección Social, manejada por encargo fiduciario,

sin personería jurídica ni planta de personal propia, cuyos recursos se destinan a la inversión en salud. El artículo 1º del Decreto 1283 de 1996 la define así:

***“Artículo 1º. Naturaleza del Fondo.** El Fondo de Solidaridad y Garantía, Fosyga, es una cuenta adscrita al Ministerio de Salud manejada por encargo fiduciario, sin personería jurídica ni planta de personal propia.”*

El artículo 36 del Decreto Ley 4107 de 2011 establece como una de las funciones de la Dirección de Administración de Fondos de la Protección Social, administrar el Fondo de Solidaridad y Garantía, directamente o a través de encargos fiduciarios o fiducia pública o cualquier otro mecanismo financiero de administración de recursos.

El artículo 38 ibídem, relativo a las funciones de la Subdirección de Asuntos Jurídicos de los Fondos y Cuentas, establece que en los temas relacionados con las funciones de la Dirección de Administración de Fondos mediante poder otorgado, ésta tiene como función representar judicial y extrajudicialmente al Ministerio.

b.- De otra parte, la Sala observa que el Ministerio de la Protección Social suscribió contrato de encargo fiduciario No. 0647 con el CONSORCIO SAYP 2011, estipulando en la cláusula séptima las siguientes obligaciones:

“21.27. Presentar ante las autoridades competentes las acciones prejudiciales y judiciales pertinentes a defender ante ellas los intereses del FOSYGA, iniciando los respectivos procesos, con el fin de obtener el correspondiente pago de lo debido;

21.28. Adelantar la defensa judicial de los recursos del FOSYGA, a través de las actuaciones procesales e intervenciones que correspondan, en todas las instancias de los procesos en los que el Administrador Fiduciario o las Fiduciarias que los componen sean demanda[das], demandantes, deban constituirse como parte o víctima (Ley 906 de 2004) o tengan la condición de tercero. En caso de que los procesos de que trata el presente numeral generen costas procesales a favor del Administrador Fiduciario o de las Fiduciarias que lo conforman, el valor correspondiente deberá ser girado al

Ministerio de la Protección Social o quien haga sus veces tan pronto sea recibido por éste o por aquéllas;

21.29. Realizar el seguimiento periódico de los procesos y/o acciones que se adelanten ante las diferentes jurisdicciones, realizando todas las actuaciones que en derecho corresponda en defensa de los intereses del FOSYGA, cualquiera que sea la calidad en la que actúe.¹⁴.

4.3.4.- En ese contexto, es claro para la Sala que el Ministerio de Protección Social (hoy de Salud) entregó a un particular, es decir, al CONSORCIO SAYP 2011, la obligación de representación judicial y extrajudicial en los asuntos en que tenga interés o se afecten los recursos del FOSYGA, de modo que en éste caso en concreto, el Ministerio a través de la Subdirección de Asuntos Jurídicos de los Fondos y Cuentas NO cuenta con la facultad de representación del citado fondo.

4.3.5.- Siendo ello así, la Sala concluye que es al CONSORCIO SAYP 2011 al que le es exigible tal representación, y dado que no es un ente público sino un particular que desempeña funciones públicas al manejar recursos destinados a la financiación del Sistema de Seguridad Social en Salud, no aplica la excepción que contempla el artículo 613 del C.G.P.

4.3.6.- Fuerza concluir que el actor debió agotar el requisito de procedibilidad del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho en los términos del artículo 166 del CPACA., solicitando ante la Procuraduría General de la Nación la conciliación extrajudicial de manera **previa** a la presentación de la demanda.

Como se encuentra acreditado que no cumplió con ese deber procesal de tipo sustancial, debe la Sala revocar el auto apelado para declarar la terminación del proceso de la referencia en aplicación del inciso dos del numeral 6º del artículo 180 del CPACA.

¹⁴ Folio 148 del Cuaderno del Tribunal.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado en Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera,

R E S U E L V E:

PRIMERO: REVOCAR el auto apelado, y en su lugar **ORDENAR** al Tribunal Administrativo de Santander que declare la terminación del proceso en aplicación del inciso segundo del numeral 6º del artículo 180 del CPACA, por las consideraciones descritas en la parte motiva de esta providencia.

Ejecutoriada esta providencia, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Notifíquese y cúmplase.

La anterior providencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en sesión celebrada el 18 de septiembre de 2014.

GUILLERMO VARGAS AYALA
Presidente

MARÍA ELIZABETH GARCÍA GONZÁLEZ

MARÍA CLAUDIA ROJAS LASSO

MARCO ANTONIO VELILLA MORENO