

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN TERCERA “SUBSECCIÓN B”

Consejero Ponente: Danilo Rojas Betancourth

Bogotá D.C., diecinueve (19) de enero de dos mil quince (2015).

Expediente: 49829
Radicación: 760012331000201200193 01
Actor: Asociación Mutual Empresa Solidaria de Salud-EMSSANAR E.S.S.
Demandado: Nación-Ministerio de Salud y Protección Social-FOSYGA
Naturaleza: Acción de reparación directa

Decide el despacho el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la decisión adoptada en la audiencia inicial de que trata el artículo 180 de la Ley 1437 de 2011, llevada a cabo el 24 de octubre de 2013, mediante la cual el magistrado ponente en el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca declaró probada la excepción de caducidad respecto de algunas solicitudes de recobro de facturas cuya ausencia de pago constituye, para la demandante, un enriquecimiento sin causa.

ANTECEDENTES

I. La demanda

1. El 16 de agosto de 2012, la Asociación Mutual Empresa Solidaria de Salud-EMSSANAR E.S.S. presentó demanda, en ejercicio de lo que denominó “*medio de control in rem verso*”, contra la Nación-Ministerio de la Protección Social-FOSYGA, con el objeto de que se le declarara patrimonial y extracontractualmente responsable por enriquecimiento sin causa y, en consecuencia, se le condenara a indemnizar los perjuicios

derivados de “recobros realizados con base en fallos de tutela, en los que se ordenó a EMSSANAR la prestación de diferentes servicios y suministros de medicamentos no incluidos dentro del Plan Obligatorio de Salud del régimen subsidiado y así mismo se le autorizó para recobrar el valor de los mismos al FOSYGA” (f. 9 c.1).

II. El trámite procesal

2. Mediante auto de 8 de febrero de 2013, el magistrado a cargo de la sustanciación del expediente en el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, admitió la demanda con fundamento en lo decidido en sentencia de unificación de la Sección Tercera de esta Corporación, en pleno, proferida el 19 de noviembre de 2012, exp. 24897, a propósito de la procedencia de la reparación directa para tramitar pretensiones de enriquecimiento sin causa (f. 51-54 c.1).

3. En el escrito de contestación de la demanda, la apoderada de la Nación-Ministerio de Salud y Protección Social propuso la excepción de caducidad por estimar que habrían transcurrido más de dos años entre el momento en que la EPS recibió la comunicación mediante la cual el administrador fiduciario de los recursos del FOSYGA le informó de las razones del rechazo de algunos de los recobros respecto de los cuales se invoca el enriquecimiento sin causa –momento a partir del cual se conoce que dichas sumas no serán pagadas- y la fecha de presentación de la demanda (f. 77 c.1).

4. Durante el término de traslado de las excepciones, el apoderado de la demandante indicó que, de acuerdo con la normativa que rige los recobros al FOSYGA, la caducidad de la acción debe empezar a computarse a partir del momento en que este último se pronuncia a propósito de cada una de las objeciones planteadas por la EPS contra las glosas por las cuales se rechazó el recobro, es decir, desde el día en que hay una

decisión definitiva, pues es sólo desde de ese momento que se tiene plena certeza sobre la falta de pago de estos últimos y, en el caso de aquellos objeto de sus pretensiones, está demostrado que, en oficio de 25 de octubre de 2012, el gerente de la Unión Temporal Nuevo FOSYGA admitió que aun no había informado sobre el resultado de la auditoría de las objeciones formuladas por EMSSANAR ESS. Adicionalmente insistió en que, tal como queda consignado en los formatos aportados para solicitar el pago de cada recobro, una es la fecha en la que la IPS prestadora del servicio radica en EMSSANAR ESS la factura de los servicios que serán objeto de recobro y otra aquella en la que se adelanta la solicitud de este último ante el FOSYGA (f. 151-155 c.1).

III. La providencia apelada

5. En la audiencia inicial de 24 de octubre de 2013, el magistrado a cargo del expediente en el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca consideró que, respecto de varias de las facturas cuyo recobro se solicitó, la demanda de reparación directa fue instaurada por fuera del período de dos años consagrado para su ejercicio oportuno. Lo anterior teniendo en cuenta que el término de caducidad de la acción debe empezar a contarse a partir del vencimiento de aquel con que contaba el Ministerio de Salud y Protección Social para pronunciarse sobre las solicitudes de recobro presentadas y sobre las objeciones formuladas contra los rechazos de aquellas. Así pues, consideró que, de acuerdo con los artículos 13, 22, 23 y 24 de la Resolución n.º 3099 de 2008 *“por la cual se reglamentan los comités técnico-científicos y se establece el procedimiento de recobro ante el Fondo de Solidaridad y Garantía-FOSYGA, por concepto de suministro de medicamentos, servicios médicos y prestaciones de salud no incluidos en el Plan Obligatorio de Salud, Pos, autorizados por Comité Técnico-Científico y por fallos de tutela”*, dicho término era de cinco meses distribuidos así: i) dos meses para estudiar las solicitudes de recobro, ii) dos meses para presentar objeciones, y iii) un mes para que se responda

sobre la objeción. En consecuencia, realizó un cuadro en el que discriminó el n.º de la factura, la fecha de radicación de la misma, aquella en que debía cancelarse –esto es, cinco meses después de la radicación-, la fecha de la solicitud de conciliación extrajudicial, la conclusión sobre si se presentó en tiempo o no y, finalmente, el folio y el cuaderno del expediente en el que obra la respectiva solicitud de recobro (f. 189-191 c. ppl.).

IV. El recurso de apelación

6. En el trámite de la audiencia, la apoderada de la demandante interpuso recurso de apelación que sustentó así: i) en los términos del artículo 6.10 de la Resolución 832 de 2013, para el caso de los recobros de prestaciones no incluidas en el POS, la caducidad debe contarse a partir del momento en que el Fosyga da respuesta a la objeción que Emssanar presenta a la glosa que formula el consorcio, es sólo cuando el Fosyga emite su decisión final frente a los recobros que se tiene certeza sobre si estos serán pagados o no; y ii) debe quedar claro que las fechas de radicación consignadas en cada uno de los MYT que se presentan para el recobro de las facturas es aquella en la cual el proveedor o IPS solicitó el pago a Emssanar (audiencia en medio magnético, f. 187 c.1).

V. La oposición al recurso

7. La apoderada del Ministerio de Salud y Protección Social se opuso a la prosperidad del recurso por estimar que le asistió razón al magistrado conductor de la audiencia al decidir que había operado el fenómeno de caducidad de la acción respecto de algunas de las facturas relacionadas en la demanda. Lo anterior por cuanto el momento a partir del cual debe empezar a computarse el término de caducidad es aquel en el cual la administración profiere una decisión negativa sobre el pago de dichas facturas (audiencia en medio magnético, f. 187 c.1).

CONSIDERACIONES

I. La competencia

8. El despacho es competente para decidir el recurso de apelación interpuesto contra la decisión adoptada por el magistrado ponente en el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, en la audiencia inicial llevada a cabo el 24 de octubre de 2013, mediante la cual se declaró probada la excepción de caducidad respecto de algunas de las facturas a propósito de las cuales la actora alega la existencia de un enriquecimiento sin causa, en una demanda que, por su cuantía, tiene vocación de doble instancia¹. Lo anterior según lo dispuesto en los artículos 125² y 180³ del CPACA y de conformidad con la *ratio decidendi* del auto de unificación de jurisprudencia proferido por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo el 25 de junio de 2014⁴, en el cual se consideró:

¹ En efecto, de conformidad con el artículo 152.6 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo –en adelante, CPACA–, los Tribunales Administrativos conocen en primera instancia de los asuntos de reparación directa “cuando la cuantía exceda de quinientos (500) salarios mínimos legales mensuales vigentes” y, en el caso bajo análisis, la parte actora estimó que la pretensión de indemnización de perjuicios materiales ascendía a \$ 1 500 856 173 (f. 9 c.1), suma que excede la de \$ 283 350 000, a que equivalían 500 smlmv en 2012, año de presentación de la demanda.

² “De la expedición de providencias: Será competencia del juez o Magistrado Ponente dictar los autos interlocutorios y de trámite; sin embargo, en el caso de los jueces colegiados, las decisiones a que se refieren los numerales 1, 2, 3 y 4 del artículo 243 de este Código serán de la sala, excepto en los procesos de única instancia. Corresponderá a los jueces, las salas, secciones y subsecciones de decisión dictar las sentencias. Los autos que resuelvan los recursos de súplica serán dictados por las salas, secciones y subsecciones de decisión con exclusión del Magistrado que hubiere proferido el auto objeto de la súplica”. Se recuerda que, en los numerales 1, 2 y 3 del artículo 243 del CPACA se refieren a los autos que: i) rechazan la demanda; ii) decretan una medida cautelar y resuelven los incidentes de responsabilidad y desacato en ese mismo trámite, y iii) pongan fin al proceso.

³ “Vencido el término de traslado de la demanda o de la de reconvenición 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. (...) El auto que decida sobre las excepciones será susceptible del recurso de apelación o del de súplica, según el caso”.

⁴ Exp. 49299, C.P. Enrique Gil Botero, con salvamento de voto de varios magistrados, entre ellos, quien proyecta esta decisión. Es importante precisar que, al margen de los

*...el numeral 6 del artículo 180 del CPACA, determina que “el auto que decida sobre las excepciones será susceptible del recurso de apelación o del de súplica, **según el caso...**”, lo que significa que en procesos de primera instancia será procedente la apelación, mientras que tratándose de asuntos de única instancia lo procedente será el recurso de súplica.*

Como se aprecia, la expresión “según el caso” sirve de inflexión para dejar abierta la posibilidad de la procedencia del recurso de apelación o de súplica dependiendo la instancia en que se desarrolle el proceso, puesto que si se trata de un asunto cuyo trámite corresponde a un Tribunal Administrativo o al Consejo de Estado en única instancia, el medio de impugnación procedente será el de súplica, mientras que si se tramita en primera instancia por un Tribunal Administrativo procederá el de apelación, bien que sea proferido por el Magistrado Ponente –porque no se le pone fin al proceso– o por la Sala a la que pertenece este último –al declararse probado un medio previo que impide la continuación del litigio– (negrillas de la providencia).

II. El problema jurídico

9. Debe el despacho establecer si le asistió razón al *a quo* al declarar probada la excepción de caducidad respecto de las pretensiones de enriquecimiento sin causa derivadas del no pago, por parte de la demandada, de algunas facturas presentadas para el recobro de servicios y suministro de medicamentos no incluidos en el POS del régimen subsidiado. Para ello es indispensable determinar el momento a partir del cual debe empezar a computarse el término de caducidad.

III. Análisis del despacho

10. En primer lugar se recuerda que, de acuerdo con lo definido en la sentencia de unificación de jurisprudencia de 19 de noviembre de 2012⁵,

diferentes temas abordados, dicha providencia tenía por objeto decidir el recurso de queja interpuesto contra el rechazo por improcedente el de apelación instaurado contra la decisión mediante la cual se resolvieron excepciones previas. En virtud de las consideraciones transcritas, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo estimó mal denegado el recurso de apelación interpuesto y, en consecuencia, ordenó darle trámite.

⁵ Exp. 24897, C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa, con salvamento de voto de la magistrada Stella Conto Díaz del Castillo; reiterada en las sentencias de 30 de enero de

proferida por el pleno de la Sección Tercera, “*todo lo atinente a la competencia y a los términos de caducidad en los casos de enriquecimiento sin causa se rigen por los de la reparación directa porque esa pretensión se hace valer mediante esta acción*”. Así pues, de conformidad con el artículo 136.8 del Código Contencioso Administrativo, modificado por el 44 de la Ley 446 de 1998, vigente al momento en que ocurrieron los hechos que dieron lugar a la demanda –el suministro de servicios y medicamentos no cubiertos por el POS ordenados mediante fallos de tutela y el no pago de los recobros formulados⁶-, el término para interponerla era de dos años contados a partir del día siguiente de aquel en el que se produjo la conducta dañina invocada, esto es, el no pago de los recobros, el cual es invocado como constitutivo de enriquecimiento sin causa.

10.1. No obstante, comoquiera que esta falta de pago constituye una conducta que se prolonga en el tiempo, esta Corporación ha considerado que, en los casos de enriquecimiento sin causa, el momento para empezar a contabilizar el término de caducidad es aquel en el cual el daño se entiende consolidado⁷:

...la Sala considera necesario reiterar que, en casos como el presente, el término de caducidad debe contarse a partir de la fecha en que se deba entender consolidado el daño reclamado, lo que aquí habría ocurrido en la fecha en que se le comunicó oficialmente al señor Eulises Barón, por

2013, exp. 19.045, C.P. Enrique Gil Botero y 13 de febrero de 2013, exp. 24969, C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

⁶ Se tiene que, de acuerdo con los datos consignados en los formatos de “*solicitud de recobro por concepto de medicamentos, servicios médicos y prestaciones de salud no POS-ordenados por fallos de tutela*”, todas las prestaciones y suministros cuyo recobro se solicitó ante el Fosyga fueron realizados entre el 2009 y el 2011, es decir, antes de la entrada en vigencia de la Ley 1437 de 2011, lo cual ocurrió el 2 de julio de 2012.

⁷ Lo cual resulta coherente con lo que se ha sostenido sobre la caducidad de la acción en los casos en que la fuente del daño es una omisión. En efecto, sobre el particular la Sección Tercera, en sentencia de 28 de septiembre de 2006, exp. 32628, consideró: “*Cuando el daño por el cual se reclama indemnización proviene de una conducta omisiva de la Administración, la prolongación en el tiempo de esa actitud omisiva, característica que es connatural a la omisión, no conduce a concluir la inexistencia del término para intentar la acción; en este evento, tal término empezará a contarse a partir del día siguiente en que se consolidó la omisión, es decir, del momento en el cual se puede predicar el incumplimiento de un deber por parte de la Administración*”.

parte de la entidad demandada, la imposibilidad de cancelarle las cuentas de cobro presentadas por los bienes que, según sus afirmaciones, le había suministrado. Reitera la Sala, en relación con este tema, lo expresado en la sentencia del 6 de septiembre de 1991, citada anteriormente, en el sentido de que 'Exigirle a la actora una actividad jurisdiccional previa a la negativa oficial de pago y sancionarla porque no demandó el reconocimiento de un derecho cuya negativa antes ignoraba, sería ir en contra del sentido común y de una equitativa valoración de lo sucedido'.

Si bien, como se expresó en fallo reciente, la formulación de una solicitud de pago, en estos casos, no es obligatoria, ya que en nuestro sistema, a diferencia del francés, no procede la denominada decisión préalable, es decir, la exigencia legal de obtener un pronunciamiento administrativo previo al ejercicio de la acción, encuentra la Sala que, en aquellos casos en que las partes realizan negocios con alguna frecuencia, los cuales se ejecutan de buena fe, efectuándose los pagos luego de transcurrido un término prudencial desde la entrega de los bienes, la prestación del servicio o la realización de la obra de que se trate, el contratista no tiene conocimiento de su perjuicio sino cuando es informado de que, efectivamente, el pago reclamado no se va a realizar, sea porque ello le sea comunicado verbalmente o por escrito, o porque dadas otras circunstancias, pueda llegar a tal convicción. Este hecho sucedió, en el caso del señor Barón Gómez, necesariamente, con posterioridad al mes de mayo de 1993, cuando el alcalde Ricardo Alvarado Bestene le informó que los valores reclamados no serían cancelados (..)»⁸.

10.2. Ahora bien, en situaciones como la del *sub examine*, esto es, cuando el procedimiento para obtener el pago de los valores respecto de los cuales se alega la existencia de un enriquecimiento sin causa ha sido expresamente regulado por el ordenamiento, el momento a partir del cual debe entenderse consolidado el daño es aquel en el que, de conformidad con ese procedimiento, los demandantes adquieren certeza sobre el hecho de que la administración se abstendrá de pagar las sumas reclamadas.

10.3. En el caso de los recobros con cargo al FOSYGA, es de recordar que, de acuerdo con lo prescrito por la Resolución n.º 3099 de 2008,

⁸ Sección Tercera, sentencia de 30 de noviembre de 2000, exp. 11895, C.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez, reiterada en auto de 29 de enero de 2004, exp. 25347, con ponencia del mismo magistrado.

proferida por el Ministerio de la Protección Social⁹, una vez presentada la solicitud de recobro por parte de la EPS, el Ministerio de la Protección Social o la entidad que se defina para el efecto deberá estudiarla e informar a la reclamante del resultado de la misma *“a más tardar dentro de los dos (2) meses siguientes a su radicación, plazo dentro del cual se efectuará el pago de las solicitudes de recobro presentadas oportunamente y en debida forma”* –artículo 13-. Ahora bien, de acuerdo con la misma norma, en los eventos en los que las solicitudes han sido objeto de rechazo, la EPS reclamante podrá presentar objeciones dentro de los dos meses siguientes a aquel en el cual se le comunicó el resultado de la auditoría –artículos 22 y 23¹⁰-, objeciones que deberán ser respondidas en un plazo de un mes y la norma consagra expresamente

⁹ *“Por la cual se reglamentan los Comités Técnico - Científicos y se establece el procedimiento de recobro ante el Fondo de Solidaridad y Garantía, Fosyga, por concepto de suministro de medicamentos, servicios médicos y prestaciones de salud no incluidos en el Plan Obligatorio de Salud, POS, autorizados por Comité Técnico-Científico y por fallos de tutela”.*

¹⁰ Normas según las cuales: *“Artículo 22. La comunicación del resultado de la auditoría, efectuada por el Ministerio de la Protección Social o la entidad que se defina para tal efecto, en la cual se informa en qué estado se encuentra el recobro y cada uno de los datos en él contenidos podrá ser objeto de cuestionamiento por la entidad recobrante, acudiendo ante quien emitió dicha comunicación, para que confirme o modifique su decisión inicial, acogiendo siempre a los términos y formalidades establecidos para tal efecto por la presente resolución. // Parágrafo. El documento mediante el cual la entidad recobrante expone su desacuerdo no puede versar sobre nuevos hechos, ni debatir asuntos diferentes a los estimados en la comunicación previamente enviada. // En caso de existir causales que se soporten en carencias documentales o de insuficiencia de información contenidas en el recobro, deberá indicarse el folio en el cual, la entidad reclamante considera se encuentra el documento o la información que soporta la objeción en el recobro originalmente entregado. // Artículo 23. Oportunidad para sustentar la objeción. Una vez efectuada la comunicación al representante legal de la entidad recobrante, contará con un término de dos (2) meses para suministrar por escrito y en medio magnético, junto con el diligenciamiento del formato "Objeción a la Auditoría Realizada" que se adopta con la presente resolución, los motivos que justifican su desacuerdo con la comunicación emitida.// Las solicitudes de "Objeción a la Auditoría Realizada" deberán presentarse dentro del día 16 y el día 20 calendario de cada mes. Aquellas solicitudes que, transcurrido el término de radicación aquí previsto, se les vence el término de los dos (2) meses, se entenderán presentadas oportunamente, siempre y cuando su radicación se efectúe dentro del día 16 y el día 20 calendario del siguiente mes. // Los recobros objeto de la solicitud de "Objeción a la Auditoría Realizada" deben ingresar con el mismo número de radicado y el mismo número del recobro suministrado por la entidad recobrante.// Parágrafo. La solicitud de "Objeción a la Auditoría Realizada" en caso de versar sobre recobros rechazados o devueltos, deberá acompañarse del medio físico que, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 20 de la presente resolución, previamente ha sido entregado por parte del Ministerio de la Protección Social o la entidad autorizada que se defina para tal efecto”.*

que “*el pronunciamiento que allí se efectúe se considerará definitivo*” – artículo 24¹¹-.

10.4. En estos términos debe concluirse que, mientras la entidad reclamante haya hecho uso del procedimiento establecido para efectos de formular objeciones contra el rechazo de las solicitudes de recobro y tenga la expectativa legítima, otorgada por el mismo ordenamiento, de que sus objeciones serán estudiadas y resueltas, el daño cuya indemnización puede pretenderse a través de la reparación directa, esto es, el enriquecimiento sin causa derivado del no pago de dichos recobros, aun no se encuentra consolidado y, por ende, mal podría empezar a computarse el término de caducidad de la acción.

10.5. Vale la pena recordar que, en concordancia con esta posición, la Resolución n.º 832 de 2013 “*Por la cual se definen los términos, requisitos, formatos, periodos de radicación y criterios de evaluación de los recobros y reclamaciones de que trata el Decreto 347 de 2013*”, también expedida por el Ministerio de Salud y Protección Social, estableció en su artículo 6 que:

Este Ministerio o la entidad que se defina para el efecto y conforme con la información contenida en cada solicitud de recobro, efectuará las correspondientes validaciones y verificaciones que le permitan establecer. // 10. Que sobre los recobros presentados no haya operado el fenómeno de la caducidad de que trata el artículo 164 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Para el efecto, el término de caducidad deberá contarse a partir de la fecha en que la entidad recobrante recibió la comunicación mediante la cual el administrador fiduciario de los recursos del Fondo de Solidaridad y Garantía, (Fosyga), informó sobre el último rechazo o devolución del correspondiente recobro.

10.7. En el **caso concreto** se tiene que, de acuerdo con las pruebas

¹¹ “*Respuesta a la objeción presentada por la entidad recobrante. El Ministerio de la Protección Social o la entidad que se defina para tal efecto, contará con un (1) mes para informarle a la entidad recobrante la respuesta a la objeción presentada. El pronunciamiento que allí se efectúe se considerará definitivo*”.

obrantes en el expediente remitido a esta Corporación, que son aquellas relacionadas con las facturas respecto de las cuales el *a quo* decretó la caducidad del medio de control¹², no es posible establecer el momento en el cual se produjo y comunicó a la reclamante el rechazo de las solicitudes de recobro elevadas, ni aquel en el que se presentaron las supuestas objeciones que, de acuerdo con lo indicado en la demanda, aun no han sido resueltas. De modo que por el momento no hay elementos de juicio suficientes para concluir sobre la ocurrencia del fenómeno de caducidad. En efecto, las pruebas tenidas en cuenta por el *a quo* son los formatos de “*solicitud de recobro por concepto de medicamentos, servicios médicos y prestaciones de Salud No Pos-ordenados por fallos de tutelas- MYT02*”, pero nada obra sobre la respuesta dada a las mismas¹³, ni sobre las objeciones a las que se refiere la demandante como formuladas y no respondidas aun.

10.6. En ese sentido es indispensable aclarar que el análisis efectuado por el *a quo* fue equivocado pues, por una parte, tuvo en cuenta, como si se tratara de un único término, la sumatoria de todos aquellos previstos para etapas distintas y, por la otra, no consideró los trámites efectivamente surtidos respecto de cada una de las solicitudes de recobro.

10.6.1. A propósito del primer punto vale la pena insistir en que, en la

¹² De acuerdo con acta individual de reparto de la demanda, esta última constaba en un cuaderno con 7064 folios (f. 24 c.1), hecho que resulta corroborado por el cuadro elaborado por el *a quo* en el acta de la diligencia en el marco de la cual se profirió la decisión objeto del recurso pues allí se da cuenta de, al menos, 7012 folios (f. 218 c.ppl.). Sin embargo, de acuerdo con el oficio mediante el cual se remitió el expediente a esta Corporación, se envió únicamente un cuaderno principal con 276 folios y un anexo que constituye un cuaderno con 803 folios y que, verificado, contiene únicamente documentos relacionados con las solicitudes de recobro respecto de los cuales el *a quo* declaró la caducidad.

¹³ Aunque a folios 31 a 33 obra una comunicación de 19 de agosto de 2011 mediante la cual Fidufosyga informa sobre la aprobación de 220 recobros, la aprobación condicionada de 8 y el rechazo de 135, todos radicados en el mes de junio de 2011 y contenidos en el paquete 0611, no es posible establecer que se refiera a los recobros materia de la presente demanda pues no se allegó el medio magnético anunciado en dicha comunicación.

medida en que uno es el periodo con que cuenta el Ministerio de Salud y Protección Social -o la entidad definida para el efecto- para estudiar las solicitudes de recobro, otro el consagrado para formular objeciones contra los rechazos y otro aquel en el que deben resolverse estas últimas, resulta equivocado afirmar que el término de caducidad debe contarse al vencimiento de cinco meses contados desde la radicación de la solicitud de recobro. Ello equivaldría a dar por sentado que, necesariamente, se surtieron las tres etapas y, además, que todas las actuaciones se llevaron a cabo el último día del término dentro del cual resultaban oportunas, lo cual implica desconocer que, por una parte, la formulación de objeciones es una potestad que la entidad reclamante podía o no ejercer y, por la otra, que los términos señalados constituyen períodos máximos, sin que nada permita excluir la posibilidad de que cada una de dichas actuaciones se haya llevado a cabo antes de culminar el término consagrado. Lo anterior sin mencionar que, como parece haber ocurrido en el *sub examine*, puede pasar que los términos consagrados para cada una de las etapas haya sido excedido en virtud de vicisitudes cuya incidencia jurídica le corresponderá analizar al juzgador, una vez recogido todo el material probatorio sobre el particular¹⁴.

¹⁴ Es de anotar que la parte demandante aportó copias de sendos derechos de petición elevados el 5 de octubre de 2012, mediante los cuales se solicitó a Ut Nuevo Fosyga, Fidufosyga 2005, Consorcio SAYP y al Ministerio de Salud que se “efectúe devolución de los soportes correspondientes a los recobros presentados en el periodo comprendido entre el año 2007 al 2012, según la siguiente relación, la cual está dividida por casos que comprenden las glosas de única de extemporaneidad y otros casos que tampoco tienen diferentes tipos de glosas”. En respuesta al derecho de petición, fechada el 25 de octubre de 2012, el gerente de la Unión Temporal Nuevo Fosyga dio cuenta de múltiples dificultades ligadas a la auditoría de paquetes de recobro y, en relación con los tramitados con el formato MYT04, indicó que “tanto la Unión Temporal Nuevo Fosyga como la firma auditora externa del Fosyga, atendieron la instrucción impartida por el Ministerio en la reunión del 8 de agosto de 2012”, según la cual debían suspenderse a la espera de la expedición de un acto administrativo que prolongara los términos, esto es, de la Resolución 2492, publicada en el diario oficial el 29 de agosto de 2012. Finalmente concluyó: “Así las cosas, el resultado de auditoría de los paquetes de MYT04 tramitados por la Unión Temporal Nuevo Fosyga en lo corrido del año 2012, no han sido notificados a ninguna entidad recobrante y de acuerdo a los argumentos expuestos en esta comunicación, se explican los motivos que originaron la no entrega del resultado de auditoría de los paquetes MYT04, situación que puede ser corroborada con el Ministerio de Salud y Protección Social. // En este orden de ideas, es importante precisar que la Unión Temporal Nuevo Fosyga no ha informado el resultado de auditoría de las

10.6.2. Debe agregarse además que, en la medida en que el *a quo* se limitó a extraer de los formatos de las solicitudes de recobro mencionados, el número de la factura y la fecha de radicación - sin que se sepa a ciencia cierta si esta última es aquella en la cual la IPS radicó la factura en la EPS, o en la que esta última la radicó para el recobro en el Fosyga-, en realidad, no tuvo en cuenta el trámite surtido respecto de cada una de las solicitudes, es decir, no consideró si se habían proferido respuestas a propósito de cada una de ellas o si, en caso de haber sido rechazadas, se formularon objeciones contra los rechazos; aspectos estos respecto de los cuales no obra prueba en el expediente remitido para resolver el recurso de apelación y contenido de los documentos relacionados con dichas solicitudes.

10.7. Así las cosas y comoquiera que falta el material probatorio necesario para determinar las fechas a partir de las cuales debe empezar a computarse el término de caducidad de cada una de las solicitudes de recobro cuya ausencia de pago constituye, a juicio del demandante, un enriquecimiento sin causa, en aras de garantizar el derecho fundamental al acceso a la administración de justicia, así como la aplicación de los

objeciones a glosa presentadas a través del formato MYT04 por la ESS Asociación Mutual Empresa Solidaria de Salud-Emssanar, desde que empezó la ejecución del contrato 055 de 2011, en consecuencia, una vez consultada la respectiva base de datos, se observa que la Unión Temporal Nuevo Fosyga está tramitando actualmente 707 recobros MYT-04, presentados por la entidad que representa. Así las cosas, frente a los demás recobros que indica no le han sido devueltos ni informado el resultado de auditoría, cuyo trámite se surtió ante Consorcio Fidufosyga 2005, deben ser solicitados al Consorcio SAYP, quien es el actual administrador fiduciario del Fosyga y fue la entidad que efectuó el empalme con el anterior administrador fiduciario, esto es, el consorcio Fidufosyga 2005, entidad que en su momento practicó la auditoría de los recobros radicados hasta el mes de septiembre de 2011. // Finalmente, es procedente señalar que la Unión Temporal Nuevo Fidufosyga entregará progresivamente el resultado de auditoría de los paquetes de MYT04, de acuerdo a los cronogramas concertados con el Ministerio de Salud y Protección Social (f. 135-138 c.1). En la relación mencionada en los derechos de petición en los cuales se pide información se hace referencia a números de radicación FOSYGA, sin embargo, comoquiera que este ítem no fue mencionado en el cuadro magnético allegado con la demanda, por el momento no es posible establecer que las solicitudes de recobro sean las mismas enlistadas en aquel.

principios *pro damnato*¹⁵ y *pro actione*¹⁶, hay lugar a revocar la decisión adoptada en la audiencia inicial de 24 de octubre de 2013, mediante la cual el magistrado a cargo del expediente en el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca declaró la caducidad respecto de varias facturas.

10.8. Lo anterior sin perjuicio de que *“una vez se hayan allegado al expediente suficientes elementos de juicio que permitan determinar el preciso momento a partir del cual debió iniciarse el cómputo de caducidad para el ejercicio de la acción en el caso concreto”*¹⁷, se tome una decisión definitiva sobre el particular. En consecuencia, se ordenará remitir el expediente al despacho de origen para que se continúe con el trámite del proceso teniendo en cuenta la necesidad de recaudar el material probatorio necesario para poder definir lo relacionado con la excepción de caducidad propuesta.

En mérito de lo expuesto, se

RESUELVE

PRIMERO. REVOCAR la decisión adoptada en la audiencia inicial de 24 de octubre de 2013, mediante la cual el magistrado a cargo del expediente en el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, declaró probada la excepción de caducidad respecto de algunas solicitudes de recobro de

¹⁵ *“(…) el principio pro damnato que busca aliviar los rigores de las normas que consagran plazos extintivos para el ejercicio de las acciones y aboga por la cautela y el criterio restrictivo con el que deben interpretarse y aplicarse dichas normas”* (Ricardo de Angel Yagüez. Tratado de responsabilidad Civil. Madrid, Editorial Civitas, 1993. 3ª ed., p. 154). Citado en: Consejo de Estado, Sección Tercera. Auto del 13 de diciembre de 2007. Radicación 33.991, M.P. Ramiro Saavedra Becerra.

¹⁶ *“Bajo tal precepto, se ha entendido que el sentido de interpretación del juez y en especial del juez constitucional, en cualquiera de las cuatro acciones constitucionales, debe permitir el acceso a la administración de justicia, interpretando el recurso o acción interpuesta, de la manera más favorable para la efectividad de los derechos”*. Consejo de Estado. Sección Tercera. Providencia del 8 de marzo de 2002. Radicación, ACU 1235, M.P. Jesús María Carrillo Ballesteros.

¹⁷ Sección Tercera, auto de 22 de marzo de 2007, exp. 32935, C.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez.

facturas, cuya ausencia de pago constituye, para la demandante, un enriquecimiento sin causa.

SEGUNDO. DEVOLVER el expediente al despacho de origen para lo de su cargo.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

DANILO ROJAS BETANCOURTH