



**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA
SALA PLENA**

Bogotá D.C., veintidós (22) de abril de dos mil veinticuatro (2024)

MAGISTRADA PONENTE: DRA. GLORIA ISABEL CÁCERES MARTÍNEZ

EXPEDIENTE No.:	25000-23-15-000-2024-00016-00
DEMANDANTE :	EPS FAMISANAR LTDA
DEMANDADO:	NACIÓN- MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL, FIDUCIARIA DE COMERCIO EXTERIOR S.A., FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A., ASESORÍA ASD SA, SEVIS OUTSOURCING INFORMÁTICO SAS, Y ASSENDA SAS- HOY CARVAJAL TECNOLOGÍA Y SERVICIOS SAS

CONFLICTO DE COMPETENCIA

Procede la Sala a dirimir el conflicto negativo de competencia suscitado entre las Secciones Primera y Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

I. ANTECEDENTES

1. La Demanda

La EPS FAMISANAR LTDA, actuando a través de apoderada, presentó demanda ante la Superintendencia Nacional de Salud solicitando que se tramitara el pago de las facturas por prestación de tecnologías en salud no POS del SGSSS, conforme lo dispuesto en el artículo 41 de la Ley 1122 de 2007, modificado y adicionado por el literal f) del artículo 126 de la Ley 1438 de 2011, en contra de la Nación- Ministerio de Salud y Protección Social, la Fiduciaria de Comercio Exterior S.A., la Fiduciaria La Previsora S.A., Asesoría ASD SA, Sevis Outsourcing Informático SAS, y Assenda SAS- Hoy Carvajal Tecnología y Servicios SAS (Doc. 2 del link referido en el archivo 2 del Zip contenido en el índice 1 Samai).

En auto del 1° de septiembre de 2022 la Superintendencia Nacional de Salud declaró la falta de jurisdicción y competencia, y ordenó la remisión del asunto a los Juzgados Administrativos de Bogotá, argumentando que asuntos como el presente

deben ser conocidos por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, de conformidad con el criterio de la Corte Constitucional (Doc. 3 del link referido en el archivo 2 del Zip contenido en el índice 1 Samai).

2. Trámite ante los Juzgados Administrativos del Circuito Judicial de Bogotá y el Tribunal Administrativo de Cundinamarca

- La demanda fue recibida en la Oficina de Apoyo de los Juzgados Administrativos de Bogotá, siendo repartida al Juzgado 5° Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá el 4 de mayo de 2023 bajo el No. 11001-33-34-005-2023-00232-00 (Doc. 4 del link referido en el archivo 2 del Zip contenido en el índice 1 Samai).
- En auto del 30 de junio de 2023 el Juzgado 5° Administrativo de Bogotá declaró su falta de competencia por la cuantía del asunto y ordenó la remisión del expediente a la Sección Primera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca (Doc. 9 del link referido en el archivo 2 del Zip contenido en el índice 1 Samai).
- Recibida la actuación en esta Corporación le correspondió su conocimiento al Despacho del Magistrado Dr. Felipe Alirio Solarte Maya, conforme al reparto efectuado el 17 de julio de 2023, bajo el No. 25000-23-41-000-2023-00915-00 (Doc. 13 del link referido en el archivo 2 del Zip contenido en el índice 1 Samai).
- En providencia del 31 de agosto de 2023 la Sala de decisión de la Subsección A de la Sección Primera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, con ponencia del Magistrado Dr. Felipe Alirio Solarte Maya, dispuso la remisión del expediente a la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

En sustento, anota que en el presente caso la parte demandante pretende una declaratoria de responsabilidad a las demandadas por el no pago de los dineros en los que incurrió de intervenciones, procedimientos, suministros y medicamentos no incluidos en el POS, suministrados en cumplimiento de fallos de tutela, y se ordene que estos sean reconocidos, por lo que se considera que lo pretendido es obtener la declaratoria de un daño antijurídico y el reconocimiento de los perjuicios, por una presunta omisión del Estado, pretensión propia del medio de control de reparación Directa, que es de conocimiento de la Sección Tercera de esta Corporación (Doc. 16 del link referido en el archivo 2 del Zip contenido en el índice 1 Samai).

- En cumplimiento a lo anterior, el 11 de septiembre de 2023 el proceso se repartió al Despacho de la Magistrada Dra. Bertha Lucy Ceballos Posada, bajo el No. 25000-23-36-000-2023-00447-00 (archivo 1 del Zip contenido en el índice 1 Samai).
- En auto del 16 de noviembre de 2023 la Subsección A de la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, con ponencia de la Magistrada Dra. Bertha Lucy Ceballos Posada, declaró su falta de competencia y propuso conflicto negativo de competencia con la Sección Primera de la Corporación.

Lo anterior, al exponer que de conformidad con lo expuesto por el Consejo de Estado en la providencia de unificación del 20 de abril de 2023 proferida en el expediente No. 25000-23-26-000-2012-00291-01 (55085) el medio de control de reparación directa no es procedente para controvertir el pago de recobros por conceptos no incluidos en el POS, por lo que refiere que el conocimiento de este asunto corresponde a la Sección Primera del Tribunal, porque el acto administrativo fuente del daño no tiene su origen en una controversia precontractual o contractual, o de naturaleza tributaria, sino a otro tema de carácter residual, como lo es la ejecución de la suma pagada a la EPS por la UPC del régimen subsidiado, resaltando que este criterio ya ha sido expuesto por la Sala Plena de este Tribunal en varias ocasiones (archivo 4 del Zip contenido en el índice 1 Samai).

3. Trámite ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca en cuanto al conflicto de competencia suscitado

- El 18 de enero de 2024 la Secretaría General de esta Corporación asignó por reparto a la suscrita Magistrada el conocimiento del conflicto de competencias, habiéndose remitido el expediente al Despacho el 22 de enero de 2024 (índices 1-2 Samai).
- En auto del 23 de enero de 2024 se ordenó correr traslado a las partes por el término de tres (3) días para que presentaran sus alegatos, de conformidad con lo previsto en el artículo 158 de la Ley 1437 de 2011 (índice 3 Samai); providencia notificada electrónicamente el 25 de enero de 2024 (índice 7 Samai).
- Vencido el término de traslado, la Secretaría General dispuso el paso al despacho del expediente el 16 de febrero de 2024 (índice 18 Samai).

II. CONSIDERACIONES

COMPETENCIA

Le corresponde a la Sala Plena de ese Tribunal dirimir los conflictos de competencia que se susciten entre Secciones o Subsecciones del mismo, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 4 del artículo 123 de la Ley 1437 de 2011.

OBJETO DE CONTROVERSIA

Corresponde resolver el conflicto negativo de competencia suscitado entre las Secciones Primera y Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca por el conocimiento de la demanda presentada inicialmente ante la Superintendencia Nacional de Salud para obtener el pago de las facturas por prestación de tecnologías en salud no POS del SGSSS.

CASO CONCRETO

El artículo 139 del Código General del Proceso, dispone:

“ARTÍCULO 139. TRÁMITE. Siempre que el juez declare su incompetencia para conocer de un proceso ordenará remitirlo al que estime competente. Cuando el juez que reciba el expediente se declare a su vez incompetente solicitará que el conflicto se decida por el funcionario judicial que sea superior funcional común a ambos, al que enviará la actuación. Estas decisiones no admiten recurso.

El juez no podrá declarar su incompetencia cuando la competencia haya sido prorrogada por el silencio de las partes, salvo por los factores subjetivo y funcional.

El juez que reciba el expediente no podrá declararse incompetente cuando el proceso le sea remitido por alguno de sus superiores funcionales.

El juez o tribunal al que corresponda, resolverá de plano el conflicto y en el mismo auto ordenará remitir el expediente al juez que deba tramitar el proceso. Dicho auto no admite recursos.

Cuando el conflicto de competencia se suscite entre autoridades administrativas que desempeñen funciones jurisdiccionales, o entre una de estas y un juez, deberá resolverlo el superior de la autoridad judicial desplazada.

La declaración de incompetencia no afecta la validez de la actuación cumplida hasta entonces.”

El artículo 18 del Decreto 2288 de 1989, en cuanto a la competencia objetiva atribuida a las diferentes secciones de este Tribunal, según la naturaleza del asunto, establece:

“Artículo 18. Atribuciones de las Secciones. Las Secciones tendrán las siguientes funciones:

***SECCIÓN PRIMERA.** Le corresponde el conocimiento de los siguientes procesos y actuaciones:*

1. De nulidad y restablecimiento del derecho que no correspondan a las demás Secciones.

(...)

***SECCIÓN TERCERA.** Le corresponde el conocimiento de los siguientes procesos de competencia del Tribunal;*

1. De reparación directa y cumplimiento;

2. Los relativos a contratos y actos separables de los mismos;

3. Los de naturaleza agraria;

(...)”

Para resolver el conflicto de competencia suscitado y revisados los documentos que conforman el expediente, se constata que lo que reclama la parte demandante es el reconocimiento y pago de dineros que asumió por conceptos de servicios de salud no incluidos en el POS y que fueron recobrados al entonces FOSYGA, hoy ADRES.

Al respecto, se verifica que en Auto A389 del 22 de julio de 2021, M.P. Dr. Antonio José Lizarazo Ocampo, la Corte Constitucional al resolver un conflicto de competencia entre jurisdicciones en un asunto de recobros por prestaciones no incluidas en el Plan Obligatorio de Salud – POS, hoy Plan de Beneficios en Salud, y de devoluciones o glosas a facturas entre entidades del Sistema General de Seguridad Social en Salud, concluyó que la competencia judicial recaía en la Jurisdicción Contenciosa Administrativa; en esta oportunidad, luego de efectuar el estudio conceptual y normativo correspondiente, la Alta Corporación puntualizó:

*“(…) 35. Actualmente, los artículos 35 a 71 de la Resolución 1885 de 2018¹, permiten confirmar que **el recobro es un procedimiento administrativo** que se surte en las etapas de presentación², pre radicación, radicación, verificación,*

¹ Por la cual se establece el procedimiento de acceso, reporte de prescripción, suministro, verificación, control, pago y análisis de la información de tecnologías en salud no financiadas con recursos de la UPC, de servicios complementarios y se dictan otras disposiciones.

² La ADRES estableció el Manual Operativo de Recobros 458 que pretende dar a conocer las funcionalidades y modo de uso de la Aplicación MYT458 (Sistema de recobros web), así como los requisitos generales para la radicación del recobro y la pre-auditoría, entre otros. Ver el siguiente enlace:

<https://www.adres.gov.co/Portals/0/Recobros/MANUAL%20DE%20USUARIO%20RECOBROS%20458%20.pdf?ver=2017-08-18-170857-023>.

pre auditoría, auditoría integral³ y pago. En el marco de dicho procedimiento o trámite, la ADRES puede adoptar una de las siguientes decisiones: (i) aprobar totalmente los ítems del recobro, (ii) aprobar con reliquidación o (iii) aprobar parcialmente (art. 53, Resolución 1885 de 2018).

La determinación adoptada en virtud del trámite se recogerá en una comunicación que contiene, entre otros datos: a) la fecha de expedición, b) el resumen de la información de cantidad y valor de recobros, c) las causales de glosa (si hubo lugar a ello), d) el resultado de la auditoría integral, e) la relación de los ítems aprobados parcialmente y e) las causales de no aprobación, cuando fuere el caso (art. 55, Resolución 1885 de 2018). Contra la decisión de la entidad es posible presentar una objeción dentro de los dos meses siguientes al recibo de la comunicación, precisando las razones de la inconformidad por cada uno de los ítems del recobro (art. 56, Resolución 1885 de 2018). En el término indicado, igualmente se podrán enmendar las glosas aplicadas.

Finalmente, la ADRES dará respuesta al mecanismo de objeción o subsanación dentro de los dos meses siguientes a la radicación del documento y el pronunciamiento que efectúe será definitivo (art. 59, Resolución 1885 de 2018).

*36. La normativa descrita permite concluir que **el recobro no es una simple presentación de facturas, sino que constituye un verdadero trámite administrativo** que busca garantizar el propósito de la ADRES consistente en administrar las fuentes y el uso de los recursos que financian el Sistema General de Seguridad Social en Salud, bajo los principios de eficiencia, transparencia y calidad.*

37. Adicionalmente, es posible considerar que en el trámite descrito para la presentación, verificación y pago de las solicitudes de recobro, la ADRES profiere actos administrativos que logran consolidar o negar la existencia de la obligación.

Siendo el acto administrativo una declaración de voluntad de la administración dirigida a producir efectos jurídicos⁴, al proferir la comunicación referida (supra 36), la entidad crea una situación jurídica concreta para la EPS, en el sentido de aceptar o rechazar el pago de los servicios y tecnologías en salud que dispensó y que no hacían parte del PBS. Dicha declaración de voluntad de la ADRES, pese a que no tiene la denominación formal de resolución o decreto, materialmente presenta las características de un acto administrativo, pues produce efectos jurídicos, en la medida en que : (i) es expedida por la autoridad competente; (ii) cuenta con una motivación respecto a la información de cantidad y valor de los recobros, las causales de la glosa, el resultado de la auditoría integral, la relación de los ítems aprobados parcialmente y las

³ La ADRES estableció el Manual Operativo de Auditoría que describe las etapas y pasos que deberán efectuarse para organizar, presentar, revisar y verificar, validar, reconocer y pagar las facturas o documentos equivalentes relacionadas con los servicios y tecnologías en salud no financiadas con la UPC. Ver el siguiente enlace: https://www.adres.gov.co/Portals/0/MYT/Manuales/VALR-MA04_Manual%20Operativo%20y%20de%20auditor%C3%ADa%20Recobros_V04.pdf?ver=2021-02-28-110709-700.

⁴ Rodríguez Rodríguez, L. (2005). *Derecho Administrativo General y Colombiano*. Editorial Temis S.A.

causales de no aprobación; (iii) respeta el principio de publicidad pues debe ser puesto en conocimiento de la EPS autorizada, a través de una notificación, y (iv) puede ser impugnada a través del trámite de objeción. Aunque la objeción tiene un término especial para su presentación (dos meses), ello no excluye necesariamente la posibilidad de entender la comunicación como un acto administrativo⁵.”

De conformidad con la jurisprudencia en cita, el recobro controvertido en la demanda es un procedimiento administrativo dentro del cual se profiere comunicación en la que se decide sobre la aprobación de los ítems de recobro como resultado del proceso de auditoría integral, contra la cual se puede presentar objeción y ésta debe ser resuelta por la entidad en un pronunciamiento que es definitivo, a partir de lo cual se verifica que ADRES emite decisiones administrativas que consolidan o niegan la existencia de la obligación, creando situaciones jurídicas para las EPS en actos que, a pesar de no denominarse exactamente como tal, si constituyen actos administrativos.

Teniendo en cuenta lo anterior, para determinar la procedencia de los pagos reclamados por la parte demandante es necesario analizar la legalidad de las decisiones administrativas proferidas en el trámite de auditoría, por lo que la discusión debe ventilarse en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho.

El Despacho advierte que sobre el medio de control procedente en casos como el presente también se pronunció la Sección Tercera del Consejo de Estado en sentencia de unificación del 20 de abril de 2023, C.P. Dr. Guillermo Sánchez Luque, en la que consideró:

*“Unificación de jurisprudencia sobre la acción procedente para solicitar el recobro de servicios de salud no incluidos en el POS⁶
(...)”*

El administrador del Fosyga, en ejercicio de función administrativa, decide definitivamente sobre el reconocimiento de los recobros presentados por las EPS por los servicios no cubiertos en el POS, con fundamento en una función administrativa prevista por la ley, cuya constitucionalidad fue ratificada por la Corte Constitucional. La comunicación en la que el administrador del Fosyga daba respuesta a la objeción que presenta la EPS y que terminaba el

⁵ Se debe recordar que la Corte ha considerado que las comunicaciones de las autoridades pueden ser demandadas ante la jurisdicción contenciosa administrativa, cuando con su emisión se integre o se complete la actuación creadora o modificadora de situaciones jurídicas. Ver Sentencia SU-055 de 2018.

⁶ Sobre las sentencias de unificación de jurisprudencia, el Magistrado Ponente ha expresado algunos cuestionamientos, que se encuentran en los votos particulares a las providencias de 1 de agosto de 2019, Rad. 58371 y de 29 de noviembre de 2022, Rad. 68177.

*procedimiento constituye sin duda un acto administrativo*⁷.

11. Por ello, la Sala unifica su jurisprudencia en el sentido de señalar que la decisión definitiva del administrador del Fosyga –sobre las solicitudes de recobro por concepto de suministro de medicamentos, servicios médicos y prestaciones de salud no incluidos en el POS, autorizados por el Comité Técnico Científico o por fallos de tutela– es un acto administrativo. En consecuencia, la acción procedente para solicitar la responsabilidad de los daños derivados de las decisiones del administrador fiduciario del Fosyga, frente a las solicitudes de recobro por servicios de salud no incluidos en el POS es la nulidad y restablecimiento del derecho. La acción de reparación directa no puede interponerse sin límite⁸, ni restar –por su uso indiscriminado– eficacia a las demás acciones contenciosas.

Esta sentencia busca garantizar la unidad de interpretación respecto de la acción procedente para solicitar la responsabilidad derivada de las decisiones del administrador fiduciario del Fosyga. Por ello, será referente para resolver todas las controversias en curso a las que les aplique el régimen legal que fue estudiado en el fallo.

(...)”

Atendiendo lo anterior, la discusión en el presente caso si involucra el estudio de legalidad de decisiones administrativas y debe ventilarse en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, no del medio de control de reparación directa; como lo reconoció la Sala Plena de esta Corporación en auto del 11 de septiembre de 2023 proferido en el expediente No. 25000-23-15-000-2023-00505-00, M.P. Dr. Luis Antonio Rodríguez Montaña: “(...)ha de indicarse que el medio de control de reparación directa está orientado a indemnizar los perjuicios ocasionados en razón a un hecho u omisión de los agentes del Estado, por lo que la órbita de acción de este medio, no reclama declaratoria de ilegalidad de un acto administrativo como condición para su prosperidad, razón suficiente para determinar que, la acción correspondiente, al caso sub examine, corresponde a la llamada Nulidad y Restablecimiento del Derecho, en cuyo ámbito es viable la pretensión subordinada de reparación de perjuicios.”

En consonancia con lo descrito, no es de recibo lo planteado por la Sección Primera del Tribunal al sostener que el presente asunto debe ser conocido por los Despachos de la Sección Tercera, por el contrario, como lo consideró ésta teniendo en cuenta el medio de control procedente en este caso y el objeto de la controversia,

⁷ Cfr. Consejo de Estado, Sección Primera, sentencia del 2 de diciembre de 2021, Rad. 25000-23-24-000-00225-01 [fundamento jurídico 109 a 126].

⁸ Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 13 de mayo de 2009, Rad. 27.422 [fundamento jurídico 2] y sentencia del 13 de mayo de 2009, Rad. 15.652 [fundamento jurídico II], con salvamento de voto. En el mismo sentido, Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 13 de septiembre de 2021, Rad. 55608 [fundamento jurídico 5], con votos particulares.

que valga aclarar no discute la determinación de contribución parafiscal, sino que versa sobre el manejo y administración de recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud, la competencia para conocer del presente proceso, según los términos del citado Decreto 2288 de 1989, corresponde a la Sección Primera, como quiera que a ésta se le asigna la competencia para conocer del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho que no corresponda a las demás Secciones, como ocurre en este caso.

La anterior posición que determina la competencia de la Sección Primera ha sido asumida en asuntos similares por la Sala Plena de esta Corporación, como por ejemplo en las providencias del 5 de junio y 9 de octubre de 2017, proferidas en los expedientes Nos. 2017-00306 y 2017-00991, con ponencia de los Magistrados Dr. Carlos Vargas y Dr. José Antonio Molina, respectivamente. Y, de manera más reciente, en providencias del 24 de julio de 2023 proferida en el expediente No. 2023-00158 M.P. Dr. Carlos Alberto Orlando Jaquel; auto del 11 de septiembre de 2023 dictado en el proceso No. 2023-00259 M.P. Dr. Alberto Espinosa Bolaños; proveído del 11 de septiembre de 2023 proferido en el proceso No. 2023-00542 M.P. Dr. Israel Soler Pedroza y, providencia del 11 de septiembre de 2023 proferida en el expediente No. 2023-00505 M.P. Luis Antonio Rodríguez Montaña, previamente referida.

En conclusión, el conocimiento del proceso es competencia de la Sección Primera de este Tribunal.

Finalmente se precisa que conforme lo decidido por la Sala Plena del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, que fuere consignado en el Acta No. 28 del 4 de septiembre de 2017, la presente providencia será suscrita únicamente por el Presidente de la Corporación y la Magistrada Ponente.

En mérito de lo expuesto, la Sala Plena del Tribunal Administrativo de Cundinamarca,

RESUELVE

PRIMERO: DIRIMIR el conflicto negativo de competencia suscitado entre las Secciones Primera y Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en el sentido de determinar que el competente para conocer de la demanda presentada por la EPS FAMISANAR LTDA. es la Sección Primera de la Corporación, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Por Secretaría **DEVUÉLVASE** el expediente al Despacho del Magistrado Dr. Felipe Alirio Solarte Maya integrante de la Subsección A de la Sección Primera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, para lo de su competencia.

TERCERO: Por Secretaría **COMUNÍQUESE** esta decisión al Despacho de la Magistrada Dra. Bertha Lucy Ceballos Posada, integrante de la Subsección A de la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca

.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Firmado Electrónicamente
JOSÉ ÉLVER MUÑOZ BARRERA
Presidente del Tribunal

Firmado Electrónicamente
GLORIA ISABEL CÁCERES MARTÍNEZ
Magistrada Ponente

Constancia: El proyecto de esta providencia fue estudiado y aprobado en sesión virtual de la fecha. La presente providencia fue firmada electrónicamente en la Plataforma del Tribunal Administrativo de Cundinamarca denominada SAMAI. En consecuencia, se garantiza la autenticidad, integridad, conservación y posterior consulta, de conformidad con el artículo 186 del CPACA.