



**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA
SALA PLENA**

Magistrada Ponente Dra. BEATRIZ HELENA ESCOBAR ROJAS

Bogotá D.C., once (11) de diciembre de dos mil veintitrés (2023)

Actuación: Conflicto negativo de competencia
Radicado N°: 25000-23-15-000-**2023-00690-00**
Demandante: **E.P.S. FAMISANAR S.A.**
Demandado: MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL y OTROS
Llamado en Garantía: ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD- ADRES

Procede la Sala Plena del Tribunal Administrativo de Cundinamarca a dirimir el conflicto negativo de competencias suscitado entre la Sección Primera, Subsección A (expediente **25000-23-41-000-2022-00825-00**) y la Sección Tercera 3°, Subsección A (expediente **25000-23-36-000-2023-00072-00**) de esta Corporación, para conocer de la demanda presentada por la Entidad Promotora de Salud **FAMISANAR S.A.** contra la NACIÓN – MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL, FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A., FIDUCIARIA COLOMBIANA DE COMERCIO EXTERIOR (FIDUCOLDEX), GRUPO ASESORÍA EN SISTEMATIZACIÓN DE DATOS, SERVIS OUTSOURCING INFORMÁTICO S.A. y CARVAJAL TECNOLOGÍA Y SERVICIOS SAS.

I. ANTECEDENTES

1.1. E.P.S. FAMISANAR S.A. mediante apoderada judicial, interpuso demanda ordinaria laboral contra la NACIÓN – MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL y OTROS, con el fin de que se les condene al pago de 5000 cuentas de recobro por servicios No POS, las cuales están identificadas con el número del recobro y el valor correspondiente en el acápite de pretensiones de la demanda.

Como consecuencia de ello, solicitó que se condene a las demandadas a pagar a E.P.S. FAMISANAR S.A. los intereses moratorios de cada una de las cuentas de recobro de conformidad con lo previsto en el artículo 4° del Decreto 1281 de 2002, desde la fecha en que se hicieron exigibles hasta que se profiera sentencia.

Así mismo, pidió que se ordene a las demandadas pagar a E.P.S. FAMISANAR S.A. el valor de los gastos administrativos en los que ha incurrido con ocasión de la prestación del servicio a los usuarios favorecidos con decisiones de tutela o

del Comité Técnico Científico. Dicho valor no podrá ser inferior al 10% por recobro.

Requirió que dichos pagos se realicen incluyendo el monto de los intereses corrientes por cada cuenta de recobro, que sean debidamente indexados y que se pague *“el resarcimiento de cualquier otro perjuicio, demostrado en el transcurso del proceso”*, así como los gastos en los que incurre por concepto de la demanda.

1.2. La demanda fue repartida al Juzgado 35 Laboral del Circuito de Bogotá, despacho que adelantó algunas actuaciones judiciales, entre ellas, aceptar el llamamiento en garantía de la ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD (en adelante ADRES).

Mediante providencia del 8 de junio de 2022¹ dicha autoridad consideró que no era competente para conocer del asunto de conformidad con el Auto del 22 de julio de 2021, proferido por la H. Corte Constitucional, con Ponencia del Dr. ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO, en la que sostuvo lo siguiente:

El conocimiento de los asuntos relacionados con los recobros de servicios y tecnologías en salud no incluidos en el POS, hoy PBS, corresponde a los jueces contencioso administrativos, en virtud de lo dispuesto en el inciso primero del artículo 104 de la Ley 1437 de 2011, por cuanto a través de estos se cuestiona por parte de una EPS un acto administrativo proferido por la ADRES.

Este tipo de controversias no corresponde a las previstas en el numeral 4° del artículo 2 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, en la medida en que no se relacionan, en estricto sentido, con la prestación de los servicios de la seguridad social. En cambio, se trata de litigios presentados exclusivamente entre entidades administradoras y relativos a la financiación de servicios ya prestados, que no implican a afiliados, beneficiarios o usuarios ni a empleadores.

En ese sentido, afirmó que resulta aplicable la cláusula de competencia contenida en el inciso 1° del artículo 104 del CPACA, por tratarse de un proceso surgido por la controversia de un acto administrativo que debe conocer la jurisdicción contencioso administrativa. En consecuencia, ordenó la remisión a esta jurisdicción.

1.3. El proceso fue repartido a la Sección Primera, Subsección A bajo el radicado No. **25000-23-41-000-2022-00825-00**², despacho del Magistrado LUIS MANUEL LASSO LOZANO. A través de auto del 20 de enero de 2023³, ese Despacho requirió en forma previa a la demandante que adecuara *“la demanda de modo que esta corresponda al trámite propio de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, esto es, en los términos de la Ley 1437 de 2011”*.

¹ Archivo "07 - OneDrive_1_8-9-2021 (1)\5.3. Demanda D-66.pdf".

² Archivo "23_AUTODEPETICIONPREVIA_REQUIERE(.pdf) NroActua 5".

³ Archivo "12.AutoProponeConflicto.pdf".

La parte actora respondió la orden anterior adecuando la demanda a una reparación directa⁴ en la que solicitó como pretensiones, entre otras, las siguientes:

PRIMERA.- Que se declare **solidariamente responsable** a la (i) La Nación - Ministerio de Salud y Protección Social- ADRES (ii) Fiduciaria La Previsora S.A y (iii) Fiduciaria Colombiana de Comercio Exterior S.A. Fiducoldex como integrantes del Consorcio SAYP 2011, (iv) Grupo Asesoría en Sistematización de Datos Sociedad por Acciones Simplificadas Grupo ASD SAS -antes Asesoría en Sistematización de Datos Sociedad Anónima A.S.D. S.A.- (v) Servis Outsourcing Informático sociedad por Acciones Simplificadas SERVIS SAS antes SERVIS, OUTSOURCING INFORMÁTICO S.A.-SERVIS S.A , y (vi) Carvajal Tecnología y Servicios S.A.S -antes Assenda S.A.S como integrantes de la Unión Temporal Nuevo Fosyga y la Unión Temporal Fosyga 2014, por los daños antijurídicos causados por estos ocasionados a EPS FAMISANAR SAS, como consecuencia del no pago de las actividades, intervenciones, procedimientos, suministros, medicamentos no incluidos en el Plan de Beneficios de Salud (NO PBS) y demás gastos no incluidos en este plan, suministrados por la EPS, dando cumplimiento a los fallos proferidos por los Jueces de la República que han resuelto Acciones de Tutela y las órdenes del Comité Técnico Científico de la EPS, según sea el caso, como se sustenta en los hechos que han dado origen a la demanda.

SEGUNDA.- Como consecuencia de lo anterior, se condene a las entidades públicas y las personas jurídicas las cuales fueron claramente identificadas en el acápite pertinente, al pago de los perjuicios materiales, daño emergente y lucro cesante a favor de **EPS FAMISANAR SAS** por un valor total de por un valor de **MIL CIENTO CINCUENTA Y OCHO MILLONES QUINIENTOS VEINTICINCO MIL OCHOCIENTOS SESENTA PESOS MCTE (\$1.158.525.860.00)**, que corresponde al importe de 5.000 cuentas por concepto de recobros por servicios NO PBS suministrados por la EPS actora en favor de los afiliados en cumplimiento de las ordenes de los Jueces de Tutela y las órdenes del Comité Técnico Científico de la EPS, cuyas cuentas fueron glosadas y no pagadas a la actora y que se encuentran detalladas en el ARCHIVO ELECTRÓNICO incorporado en el cd de pruebas documentales de la demanda que dio origen al proceso ordinario laboral por el que se tramitó el presente proceso.

TERCERA. - Que se reconozca y pague a **EPS FAMISANAR SAS**, el monto de los intereses corrientes generados por cada una de la cuenta de recobro entre el momento en que la EPS pagó la prestación del servicio y la fecha en que los demandados debieron haber cancelado oportunamente el importe del respectivo recobro.

(...).

A través de providencia del 2 de febrero de 2023⁵ la Sección Primera, Subsección A, de esta Corporación declaró que carece de competencia para conocer del asunto y ordenó la remisión del expediente a la Sección Tercera, teniendo en cuenta que E.P.S. FAMISANAR S.A. adecuó la demanda a una reparación directa, cuyo trámite corresponde a dicha Sección en virtud de lo previsto en el artículo 18 del Decreto 2288 de 1989.

⁴ Archivo "24_RECIBEMEMORIALES_21RESPUESTAAREQUE(.pdf) NroActua 9".

⁵ Archivo "27_AUTOQUEREMITEPROCESOPORCOMPETENCIA(.pdf) NroActua 11".

1.4. Según acta de reparto del 10 de febrero de 2023⁶, el proceso le fue repartido al Magistrado JUAN CARLOS GARZÓN MARTÍNEZ de la Sección Tercera con el radicado No. **25000-23-36-000-2023-00072-00.**

La Sección Tercera, Subsección A, profirió auto del 23 de marzo de 2023⁷ provocando conflicto de competencias ante la Sala Plena del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, al considerar que no es competente para conocer de los procesos relacionados con el recobro de servicios médicos no incluidos en el POS.

Argumentó que de conformidad con los Autos 389 y 744 de 2021, proferidos por la H. Corte Constitucional:

El conocimiento de los asuntos relacionados con los cobros de servicios y tecnologías en salud no incluidos en el POS, hoy PBS, corresponde a los jueces de lo contencioso administrativo, en virtud de lo dispuesto en el inciso primero del artículo 104 de la Ley 1437 de 2011, **por cuanto a través de estos se cuestiona por parte de una EPS un acto administrativo proferido por la ADRES** (Resaltado en la providencia que suscitó el conflicto).

En consecuencia, consideró que comoquiera que la fuente del daño proviene de actos administrativos, el medio de control que corresponde es el de nulidad y restablecimiento del derecho. Se refirió a la sentencia del H. Consejo de Estado, del 2 de diciembre de 2021, en el radicado No. 25000232400020100022501, Consejero Ponente Dr. HERNANDO SÁNCHEZ SÁNCHEZ, de la que concluyó lo siguiente:

[L]as manifestaciones de aceptación, devolución o rechazo de cobros por concepto de medicamentos y sentencias de tutela no incluidos en el POS, **son verdaderos actos administrativos susceptibles de control jurisdiccional, dado que contienen una declaración de voluntad de la administración dirigida a producir efectos jurídicos, reiterando lo expuesto por la Sección Primera de esta Corporación, en la sentencia de primera instancia, objeto de apelación.**

Además, citó como fundamento la sentencia de la Sección Tercera del H. Consejo de Estado. Sección Tercera – Subsección B. Bogotá del 10 de junio de 2022, Consejero Ponente Dr. FREDY IBARRA MARTÍNEZ en el radicado 25000-23-26-000-2005-01546-01 (49.146).

Hizo un relato de la situación fáctica del proceso y aclaró que el daño no tiene como causa u origen una controversia precontractual, contractual o post contractual; tampoco tiene naturaleza laboral o tributaria, razón por la cual afirmó que le corresponde su conocimiento a la Sección Primera de la Corporación. En ese sentido, declaró su falta de competencia y propuso conflicto ante la Sala Plena del Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

⁶ Archivo "1_REPARTOYRADICACION_20230007200ACTA1(.pdf) NroActua 1".

⁷ Archivo "3_AUTOQUEPROVOCACONFLICTO(.pdf) NroActua 3".

II. TRÁMITE DEL CONFLICTO DE COMPETENCIA

2.1. Una vez repartido el proceso en esta Corporación, le correspondió el conocimiento a la Magistrada Ponente bajo el radicado No. 25000-23-15-000-**2023-00690-00**.

Mediante auto del 24 de noviembre de 2023 se corrió el traslado de que trata el artículo 158 de la Ley 2080 de 2021⁸.

2.2. INTERVENCIONES

2.2.1. El Magistrado JUAN CARLOS GARZÓN MARTÍNEZ, de la **Sección Tercera, Subsección A**⁹, allegó escrito reiterando los argumentos planteados por la Sección Tercera, Subsección A, en el auto a través del cual propuso el conflicto de competencias.

Insistió en que lo que se cuestiona en esta oportunidad *“es un acto administrativo proferido por la ADRES o por el Administrador Fiduciario del FOSYGA que debe ser conocido por la jurisdicción de lo contencioso administrativo”*.

Agregó que **“no es el arbitrio de la parte demandante el que determina el medio de control procedente sino la causa del daño alegado, que para el caso concreto se reitera, son unos actos administrativos a través de los cuales se negó el pago de los servicios y tecnologías recobrados por FAMISANAR”**.

Adujo que se debe tramitar el asunto a través del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, tesis que han sido acogidas tanto por la H. Corte Constitucional como por el H. Consejo de Estado.

Precisó que el hecho de tramitar la demanda a través del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho y no de una reparación directa no implica una vulneración al derecho al acceso a la administración de justicia de la entidad demandante, porque la H. Corte Constitucional mediante Auto 1942 del 23 de agosto de 2023 adoptó una serie de reglas en favor de las entidades promotoras de salud, para efectuar las solicitudes de recobro ante el FOSYGA y la ADRES para no desconocerles ese derecho.

Solicitó a la Sala Plena que al resolver el conflicto se defina que el conocimiento del asunto le corresponde a la Sección Primera de la Corporación.

2.2.2. FAMISANAR¹⁰, a través de su apoderada, intervino en el trámite del conflicto de competencias con el fin de solicitar que en caso de la competencia sea asignada a la Sección Primera, se le conceda la posibilidad

⁸ Archivo “6_AUTODETRASLADO(.pdf) NroActua 3”.

⁹ Archivo “11_RECIBEMEMORIALES_MEMORIALDE_MEMORIALDESCORRETRAS(.pdf) NroActua 9”.

¹⁰ Archivo “11_MemorialWeb_Alegatos(.pdf) NroActua 10”.

de adecuar la demanda de conformidad con los parámetros fijados por la H. Corte Constitucional en el Auto 1942 del 23 de agosto de 2023, por medio del cual fijó las reglas de transición “**frente al cambio jurisprudencial y al tratamiento de los procesos judiciales iniciados para reclamar el reconocimiento y pago de estas sumas de dinero**”.

Lo anterior, por cuanto para el momento en el que se le ordenó adecuar la demanda, no había sido proferido dicho pronunciamiento y se hace necesario ajustarla para acceder a las garantías brindadas por la Alta Corporación Constitucional.

III. CONSIDERACIONES

3.1. DE LA COMPETENCIA PARA RESOLVER CONFLICTOS DE COMPETENCIA ENTRE DIFERENTES SECCIONES DE LA MISMA CORPORACIÓN

El numeral 4° del artículo 123 del CPACA atribuye la competencia a la Sala Plena de los Tribunales Administrativos para “*Dirimir los conflictos de competencia que surjan entre Secciones o Subsecciones del mismo Tribunal*”.

3.2. DE LA DISTRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS EN LAS SECCIONES DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA

El Presidente de la República, en uso de las facultades otorgadas por la Ley 30 de 1987, expidió el Decreto 2288 de 1989, por medio del cual se dictaron “*disposiciones relacionadas con la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo*”, por el que se atribuyen funciones jurisdiccionales a cada una de las Secciones del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, así:

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 la 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.

(...) (Destaca la Sala).

En consecuencia, se establece una competencia residual a cargo de la Sección Primera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, cuando los

medios de control de nulidad y restablecimiento del derecho no estén asignados previa y claramente a otra Sección, en tanto que a la Sección Tercera le corresponden los asuntos enumerados en la norma transcrita.

3.3. DE LA JURISPRUDENCIA DEL H. CONSEJO DE ESTADO EN TORNO A RECOBROS POR SERVICIOS DE SALUD NO INCLUIDOS EN EL POS

El Honorable Consejo de Estado, Sección Tercera, en sentencia del 20 de abril de 2023, proferida en el radicado No. 25000-23-26-000-2012-00291-01. Consejero Ponente Dr. GUILLERMO SÁNCHEZ LUQUE, unificó su jurisprudencia frente al tema objeto de estudio así:

Unificación de jurisprudencia sobre la acción procedente para solicitar el recobro de servicios de salud no incluidos en el POS

10. La primera parte del CCA (hoy CPACA) y algunas disposiciones especiales regulan el procedimiento administrativo, es decir, aquellas reglas que deben cumplir las autoridades o las entidades privadas al ejercer función administrativa y producir sus decisiones (art. 1 CCA, hoy art. 2 CPACA). Por regla general, el procedimiento puede entenderse en tres fases: el inicio de la actuación, el trámite propiamente dicho y la adopción de la decisión – expedición del acto administrativo–. El acto administrativo es una declaración unilateral que se expide en ejercicio de una función administrativa y que produce efectos jurídicos sobre un asunto y, por lo mismo, es vinculante.

El administrador del Fosyga, en ejercicio de función administrativa, decide definitivamente sobre el reconocimiento de los cobros 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 procedimiento constituye sin duda un acto administrativo.**

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 límite, 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 (Destaca la Sala).

4. DEL CASO CONCRETO

Le corresponde a la Sala Plena del Tribunal Administrativo de Cundinamarca resolver el conflicto negativo de competencias suscitado entre las Secciones Primera y Tercera de esta Corporación.

Para la Sección Primera, Subsección A, en el radicado No. **25000-23-41-000-2022-00825-00**, el hecho de que la demanda hubiera sido adecuada en la jurisdicción contencioso administrativa por E.P.S. FAMISANAR S.A. como una acción de reparación directa, implica que el conocimiento de la misma le corresponda a la Sección Tercera.

Cabe resaltar que en el auto de remisión del 20 de enero de 2023¹¹, proferido por la Sección Primera, Subsección A, de esta Corporación, a través del cual se remitió el proceso a la Sección Tercera no se hizo alusión al hecho de que la demanda debiera ser tramitada a través de uno u otro medio de control, sino que se remitió dado que E.P.S. FAMISANAR S.A. adecuó la demanda a un medio de control de reparación directa.

Para resolver el presente conflicto, la Sala Plena considera importante mencionar que en los hechos de la demanda, E.P.S. FAMISANAR S.A. manifestó que los recobros *"corresponden a los trámites (...) administrativos que adelantaba la EPS ante el FOSYGA (...) para lograr el reembolso por los servicios prestados en su momento a cada uno de los usuarios que resultaron amparados en virtud de la orden impartida por un Juez que resolvió una Acción de Tutela"*.

Explicó que E.P.S. FAMISANAR S.A. radicó los 5000 recobros *"observando la totalidad de las formalidades exigidas por el Ministerio de Salud y de la Protección Social en las resoluciones vigentes para la época"* y que *"[l]a totalidad de las cuentas de recobro señaladas en el numeral anterior no fueron canceladas por los demandados en razón a que fue aplicada glosa o negando para su cancelación y desconociendo el derecho que tienen las EPS a recobrar y el deber del Estado en garantizar el servicio a la salud"*.

Observa la Sala Plena que, de acuerdo con lo narrado en la demanda, existe un trámite administrativo iniciado por E.P.S. FAMISANAR S.A. ante las demandadas, para efectuar los recobros por servicios NO POS, razón por la cual para poder determinar si procede el pago de los *"perjuicios materiales, daño emergente y lucro cesante"* que se reclaman en esta oportunidad, debe necesariamente estudiarse la legalidad del acto administrativo que implicó la negativa del pago.

Tal como se expuso en precedencia, el Honorable Consejo de Estado ya tiene una postura unificada frente al tema, en el sentido de que en el trámite de recobro sí hay una actuación administrativa que culmina con la decisión definitiva del administrador del FOSYGA, incluso cuando presenta objeciones a las solicitudes de recobro por concepto de suministro de medicamentos, servicios médicos y prestaciones de salud no incluidos en el POS.

¹¹ Archivo "12.AutoProponeConflicto.pdf".

Así las cosas, resulta claro que a la presente demanda se le debe dar el trámite de medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, en la cual también se puede solicitar la responsabilidad de los daños derivados de las decisiones del administrador fiduciario del FOSYGA frente a las decisiones de recobro.

En consecuencia, se ordenará que se remita el expediente a la Sección Primera, Subsección A de esta Corporación, para que asuma el conocimiento del asunto objeto de debate.

En mérito de lo expuesto, se

RESUELVE:

PRIMERO: DIRIMIR el conflicto negativo de competencias suscitado entre la Sección Primera, Subsección A (expediente **25000-23-41-000-2022-00825-00**) y la Sección Tercera 3°, Subsección A (expediente **25000-23-36-000-2023-00072-00**) de esta Corporación disponiendo que el competente para conocer y decidir sobre el proceso de la referencia es la Sección Primera, Subsección A, despacho del Magistrado LUIS MANUEL LASSO LOZANO, con fundamento en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Por Secretaría, **REMÍTASE** el expediente al despacho del Magistrado LUIS MANUEL LASSO LOZANO, para lo de su competencia.

TERCERO: COMUNÍQUESE la decisión a la Sección Tercera, Subsección A, Magistrado JUAN CARLOS GARZÓN MARTÍNEZ.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE
LUIS ALFREDO ZAMORA ACOSTA
Presidente

FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE
BEATRIZ HELENA ESCOBAR ROJAS
Magistrada ponente

Constancia: La presente providencia ha sido proferida a través de las tecnologías de la información y firmada mediante el aplicativo SAMAI, con el fin de garantizar su autenticidad, integridad, conservación y posterior consulta, por virtud del artículo 186 del CPACA, modificado por el artículo 46 de la Ley 2080 de 2021.