



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Segunda de Decisión Laboral

DAVID A. J. CORREA STEER

Magistrado Ponente

PROCESO SUMARIO promovido por **FAMISANAR E.P.S.** contra **LA ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD – ADRES, FIDUCIARIA COLOMBIANA DE COMERCIO EXTERIOR S.A. - “FIDUCOLDEX”, FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A. - “FIDUPREVISORA”, ASESORÍA EN SISTEMATIZACIÓN DE DATOS S.A., SERVIS OUTSOURCING INFORMÁTICO S.A. y CARVAJAL TECNOLOGÍA Y SERVICIOS S.A.S.**

EXP. 11001 31 05 000 2022 00253 01.

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de marzo de dos mil veintidós (2022).

En la fecha arriba señalada y en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto n.º 806 de 2020, se reunió la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C., integrada por los Magistrados ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO, MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA y DAVID A. J. CORREA STEER, quien actúa como ponente, con la finalidad de resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, contra la sentencia proferida el 28 de agosto de 2020, por la Superintendencia Delegada para la Función Jurisdiccional y de

Conciliación de la Superintendencia Nacional de Salud; de no ser porque en el estudio preliminar del caso, se evidencia la existencia de una causal de nulidad que hace inviable adoptar una decisión de fondo, por cuanto que esta jurisdicción carece de competencia para conocer del presente asunto, en la medida en que debe ser decidido por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, por las razones que se pasan a explicar en el siguiente,

AUTO

I. ANTECEDENTES

Pretendió la entidad demandante, que se condene a las entidades demandadas al pago de las facturas relacionadas en la demanda por prestación de tecnologías en salud no POS del Sistema General de Seguridad Social en Salud, en virtud de lo dispuesto en los Artículos 41 de la Ley 1122 de 2007, modificado y adicionado por el Artículo 126 de la Ley 1438 de 2011; consecuentemente, se les condene al pago de los intereses corrientes y los intereses de mora previstos y calculados de acuerdo al Artículo 4.º del Decreto 1281 de 2002, para cada una de las cuentas de recobro cuya obligación en favor de la parte actora resulte reconocida en el proceso, causados desde la fecha en que se hizo exigible el pago del recobro hasta que se profiera la respectiva sentencia.

Adicionalmente, solicitó que se le reconozca y pague el valor correspondiente al gasto administrativo que ha tenido que asumir la entidad con ocasión de la atención al usuario favorecido con la decisión del juez de tutela o del Comité Técnico Científico, según el caso, que como mínimo deberá corresponder al 10% por recobro, porcentaje que se reconoce por gastos administrativos de los servicios contemplados dentro del Plan Obligatorio de Salud, o lo que sea resultado de la prueba (f.º 1-735).

La demanda fue admitida por la Superintendencia Delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación de la Superintendencia Nacional de Salud el 10 de noviembre de 2015, ordenándose correr traslado y notificar a las reclamadas.

También, se requirió a LA NACIÓN - MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL - FONDO DE SOLIDARIDAD Y GARANTÍA DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD EN SALUD (FOSYGA), el respectivo ADMINISTRADOR FIDUCIARIO y a FAMISANAR E.P.S. para que aportasen el resultado de la auditoría integral realizada por la UT NUEVO FOSYGA a cada uno de los recobros radicados en los paquetes por concepto de medicamentos no pos y fallos de tutela, relacionando la fecha de notificación a la E.P.S. FAMISANAR con su respectivo recibido legible (f.º 809 - 816).

La **UNIÓN TEMPORAL NUEVO FOSYGA**, integrada por CARVAJAL TECNOLOGÍA Y SERVICIOS S.A.S., GRUPO ASESORÍA EN SISTEMATIZACIÓN DE DATOS S.A.S., y SERVIS OUTSOURCING INFORMÁTICO S.A.S., contestó con oposición y formuló como excepciones las que denominó falta de jurisdicción y competencia de la Superintendencia Nacional de Salud, prescripción del derecho, pago por el Fosyga de algunos de los valores reclamados a través de la Unidad de pago por capitación, cumplimiento estricto de obligaciones de orden legal y contractual, inexistencia de la obligación de pago con recursos propios por parte de la Unión Temporal Nuevo Fosyga, e improcedencia del reconocimiento de intereses de mora u otras sanciones pecuniarias,(f.º 842-894).

El **CONSORCIO SAYP 2011**, integrado por la FIDUPREVISORA S.A. y FIDUCOLDEX S.A., contestó con oposición y formuló como excepciones las de falta de legitimación en la causa por parte pasiva del Consorcio SAYP 2011, inexistencia de la obligación

indemnizatoria - ausencia de nexo causal frente a la imputación del daño antijurídico del Estado, el Consorcio SAYP 2011 no reemplaza ni responde solidariamente al Consorcio FIDUFOSYGA 2005, imposibilidad jurídica, inexistencia del daño antijurídico, caducidad de la acción, y falta de jurisdicción y competencia (f.º 959-984).

El **MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL**, sucedido procesalmente por LA ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD – ADRES, contestó con oposición y formuló como excepciones las que denominó falta de competencia para conocer del asunto materia de la solicitud, culpa exclusiva de quien alega el daño, inexistencia de la obligación, ausencia de la responsabilidad de la solicitada, pago de la obligación y caducidad (f.º 1033-1072).

El llamado en garantía **ALLIANZ SEGUROS S.A.**, contestó con oposición y formuló frente a la demanda, las excepciones que denominó falta de competencia por indebida escogencia de jurisdicción, falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia de daño especial, inexistencia de responsabilidad y de solidaridad de las empresas que conforman la Unión Temporal, y culpa exclusiva de la víctima, caducidad del medio de control. Así mismo, frente al llamamiento en garantía solicitado por CARVAJAL TECNOLOGÍA Y SERVICIOS S.A.S., propuso como excepciones las de ausencia de cobertura de daños patrimoniales puros, inexistencia de responsabilidad y de solidaridad algunas a cargo de Carvajal Tecnología y Servicios S.A.S., prescripción de la acción proveniente del contrato de seguro, y sujeción a las condiciones del contrato de seguro (f.º 1118-1135).

La Superintendencia Delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación de la Superintendencia Nacional de Salud, en

sentencia del 28 de agosto de 2020, negó las pretensiones de la demanda formulada por FAMISANAR E.P.S., declaró infundado el llamamiento en garantía formulado por la demandante a ALLIANZ SEGUROS S.A., y declaró la no prosperidad de las excepciones de falta de jurisdicción y competencia (f.º 1437-1454). Como consecuencia de lo anterior, la parte actora interpuso recurso de apelación contra dicha decisión (f.º 1473-1476).

II. CONSIDERACIONES

En aplicación del artículo 132 del Código General del Proceso, al realizar control de legalidad sobre las etapas procesales precedentes, se observa una irregularidad insaneable, la cual se resolverá de la siguiente manera:

El artículo 11 de la Ley 1608 de 2013, establece que: *«los recobros y reclamaciones que se realizan al Fosyga cuya glosa de carácter administrativo hubiese sido notificada con anterioridad a la expedición de la presente Ley, y sobre los cuales no haya operado el término de caducidad de la acción contenciosa administrativa correspondiente, solo se exigirán para su reconocimiento y pago los requisitos esenciales que demuestren la existencia de la respectiva obligación. Las entidades recobrantes deberán autorizar el giro directo del valor total que se llegue a aprobar a favor de las Instituciones Prestadoras de Salud habilitadas. El Ministerio de Salud y Protección Social podrá permitir que los documentos de soporte de los cobros o reclamaciones ante el Fosyga sean presentados a través de imágenes digitalizadas o de la tecnología que para tal efecto defina dicha entidad».*

El aparte respectivo de la norma, se reglamentó por el Decreto 347 de 2013, que en sus artículos 7.º y 8.º establece que:

«Art. 7º. Procedencia del reconocimiento y pago de los recobros y reclamaciones con glosa de carácter administrativo. Los recobros o reclamaciones de que trata el inciso cuarto del artículo 11 de la Ley 1608 de 2013,

en concordancia con el presente decreto, sobre los cuales procederá el reconocimiento y pago, serán aquellos:

1. Que cumplan con los elementos esenciales a que refiere el presente decreto y se acrediten según lo dispuesto en el artículo anterior.

2. Respecto de los cuales las entidades recobrantes o reclamantes hayan sido notificadas de la imposición de la glosa antes de la entrada en vigencia de la Ley 1608 de 2013, esto es, del 2 de enero de 2013.

3. Respecto de los cuales no haya operado el término de caducidad prevista para la acción de reparación directa en el artículo 164 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

4. Tratándose de recobros, que estos no hayan sido glosados por considerar que la tecnología en salud se encontraba incluida en el Plan Obligatorio de Salud (POS), como causal única.

Art. 8º. Términos y formatos para la presentación de las solicitudes de recobro y/o reclamación objeto de esta medida. El Ministerio de Salud y Protección Social definirá los criterios de evaluación de los elementos esenciales, los períodos de radicación que las entidades recobrantes o reclamantes deberán atender, los formatos que deberán diligenciar, así como los términos en que se surtirá el trámite de reconocimiento y pago de los recobros y reclamaciones de que trata el inciso cuarto del artículo 11 de la Ley 1608 de 2013»

Por otra parte, los artículos 218 de la Ley 100 de 1993, y 1.º del Decreto 1283 de 1996, establecen que el Fosyga, es una cuenta adscrita al Ministerio de Salud y de la Protección Social, manejada por encargo fiduciario, sin personería jurídica, ni planta de personal propia, cuyos recursos se destinan a la inversión social en salud.

Sin embargo, el artículo 66 de la Ley 1753 de 2015, creó la Entidad Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud- ADRES, para garantizar el adecuado flujo de los recursos y los respectivos controles, y como tal está adscrita al Ministerio de Salud y Protección Social, con personería jurídica, autonomía administrativa y financiera y patrimonio independiente, y dispuso que una vez entre en operación, se suprimirá el Fosyga.

Ahora bien, las normas transcritas establecen que en esta clase de eventos, resulta aplicable el medio de control de reparación directa de que trata el artículo 164 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, y además, la Sala de lo Contencioso Administrativo - Subsección A Sección Tercera del Consejo de Estado, rememoró en providencia del 11 de abril de 2019, dictada dentro de la radicación n.º 25000 23 36 000 2016 01506 01 (62057), que por regla general, la acción idónea para buscar el pago de los dineros adeudados por recobros efectuados al Ministerio de Salud y Protección Social, si tuvo origen en un acto administrativo, es la de nulidad y restablecimiento del derecho, pero si consistió en un hecho, omisión u operación administrativa, la responsabilidad de la Administración deberá verificarse a través de la acción de reparación directa.

Incluso, la misma Corporación, en sentencia del 19 de febrero de 2018, proferida dentro de la radicación n.º 52000 23 31 000 2009 00534 01 (42757), confirmó la sentencia de primera instancia dictada por el Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca, que declaró la caducidad de la acción de reparación directa ventilada entre la E.P.S. Sanitas S.A. y La Nación - Ministerio de Protección Social, con ocasión de recobros ante el Fosyga, por medicamentos y servicios médicos no incluidos en el plan obligatorio de salud P.O.S. Se pueden consultar al respecto, igualmente, las sentencias del 29 de septiembre de 2006, rad. 41001 23 31 000 2004 01533 01 (30550) y del 19 de septiembre de 2007, rad. 76001 23 31 000 1994 00916 01 (16010).

Queda claro entonces, que como las actuaciones del Fosyga, hoy ADRES, se asumen en nombre y representación del Estado, el hecho de «glosar, devolver o rechazar» las solicitudes de recobro por servicios, medicamentos, insumos o tratamientos no incluidos en el Plan

Obligatorio de Salud –NO POS-, constituyen actos administrativos, particulares y concretos, y por ende, es viable la remisión a la cláusula de competencia general prevista en el artículo 104 de la Ley 1437 de 2011, para la jurisdicción de lo contencioso administrativa; criterio este, que acogió igualmente la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia en las decisiones APL1531 y APL3522 ambas de 2018, en las que se resolvieron conflictos suscitados entre juzgados laborales y civiles, respecto de materias similares a la que hoy se ventila, disponiendo su remisión a los Juzgados Administrativos del Circuito de Bogotá.

Es más, en reciente auto n.º A-389-2021 del 22 de julio de 2021, que trajo a colación entre otras providencias las sentencias 25000-23-26-000-2010-00281-01(45650) del 3 de abril de 2020, de la Sección Tercera del Consejo de Estado, C-383-2020 y C-162 de 2021, de constitucionalidad del Decreto Legislativo 800 de 2020, y la Ley 1949 de 2019, la Corte Constitucional, concluyó por una parte que el proceso judicial de recobro no corresponde, en estricto sentido, a una controversia relativa a la prestación de servicios de la seguridad social, porque tal procedimiento se adelanta cuando ya la entidad prestó el servicio (tratamiento o suministro de insumos excluido del P.B.S.), en virtud de la orden proferida por un comité técnico científico –en su momento– o por un juez de tutela.

Por ende, no tiene por objeto decidir sobre la prestación del servicio sino sobre su financiación y resuelve un desequilibrio económico entre el Estado y una E.P.S., por haber asumido esta última, obligaciones que considera ajenas a lo que estaba legal y reglamentariamente obligada a cumplir, sin que intervengan en modo alguno afiliados, beneficiarios, usuarios ni empleadores, como lo prevé el artículo 622 del Código General del Proceso, que modificó el numeral 4.º del artículo 2.º del Código Procesal del Trabajo y de la

Seguridad Social; pues constituye una garantía a favor de las E.P.S., con la finalidad de que estas puedan reclamar el reembolso de los servicios y tecnologías prestados (artículo 3.13 de la Resolución n.º 1885 de 2018, del Ministerio de Salud y Protección Social).

Por otra parte, dicha Corporación sostuvo que como la ADRES no es una entidad administradora de los planes de beneficios en salud, ni prestadora de los mismos como E.P.S. ni como I.P.S. (artículo 66 de Ley 1753 de 2015), sino una entidad administradora de los recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud y hace parte del mismo, en las controversias relacionadas con el pago de recobros judiciales al Estado por prestaciones no incluidas en el P.B.S., y por las devoluciones o glosas a las facturas, que se susciten entre las E.P.S. y la ADRES, no resulta aplicable la cláusula de competencia general establecida en el numeral 4.º del artículo 2.º del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, modificado por el artículo 622 del Código General del Proceso.

De igual forma, estableció que de conformidad con los artículos 42 de la Ley 715 de 2001, 11 de la Ley 1608 de 2013 y 35 a 71 de la mencionada Resolución n.º 1885 de 2018, el recobro es un procedimiento administrativo, establecido incluso en los Manuales Operativos de Recobros y Auditoría de la ADRES, cuya decisión es objetable; de ahí que, no es una simple presentación de facturas, sino que constituye un verdadero trámite administrativo, en donde se profieren actos administrativos en cabeza de una entidad pública, que logran consolidar o negar la existencia de la obligación, 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.

De modo que, el conflicto propuesto no se encuentra incluido dentro de los asuntos de que trata el artículo 2.º del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, modificado por los artículos 2.º de la Ley 712 de 2001, y 622 del Código General del Proceso, pues no deriva directa ni indirectamente de una controversia referente al sistema de seguridad social integral suscitada entre los afiliados, beneficiarios o usuarios, los empleadores y la demandante como entidad prestadora de los servicios de salud de acuerdo con la cláusula genérica de competencia, sino que es originado en el incumplimiento de una obligación legal por parte de las aquí demandadas (entes administrativos), que presuntamente ha generado un detrimento patrimonial a la E.P.S. demandante, por ende es un litigio presentado 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 consecuencia, de conformidad con el mencionado artículo 104 de la Ley 1437 de 2011, se declarará que esta jurisdicción carece de competencia para dirimir esta controversia, y se ordenará el envío de las presentes diligencias a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, por ser esta la competente para determinar la procedencia de las pretensiones que dieron origen a la presente demanda, al ser prevalente la competencia establecida en consideración a la calidad de las partes y atendiendo igualmente al factor objetivo por la naturaleza del asunto.

Se aclara, que lo actuado conservará validez de acuerdo con los artículos 16 y 138 del Código General del Proceso, salvo la sentencia proferida el 28 de agosto de 2020, por la Superintendencia Delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación de la Superintendencia Nacional de Salud, y el auto del 4 de marzo de

2021, que admitió el recurso de apelación interpuesto por la entidad demandante (f.º1473-1476 y 1477-1491), de los que se decreta la consecuente nulidad.

Sin costas, ante su no causación.

En mérito de lo expuesto, la Sala Segunda de Decisión Laboral del **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.**,

RESUELVE:

PRIMERO: DECLARAR que esta jurisdicción carece de competencia para dirimir la presente controversia, precisándose que lo actuado conservará validez, salvo la sentencia proferida el 28 de agosto de 2020, por la Superintendencia Delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación de la Superintendencia Nacional de Salud, y el auto del 4 de marzo de 2021, que admitió el recurso de apelación interpuesto por la entidad demandante, pues resultan en consecuencia, estas actuaciones nulas.

SEGUNDO: REMITIR el presente proceso de manera inmediata, a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, específicamente al Centro de Servicios Administrativos Jurisdiccionales para los Juzgados Administrativos de este Circuito, para efectos que realice el Reparto dentro de los diferentes despachos Administrativos de esta ciudad y se avoque el conocimiento de la presente acción, por las razones expuestas en la parte motiva del presente proveído.

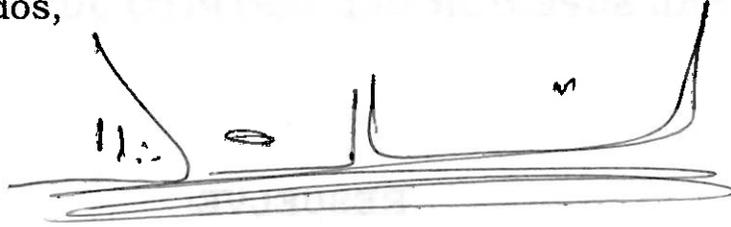
TERCERO: Efectúense las desanotaciones correspondientes en el Sistema Gestión e Información Judicial Justicia XXI y **COMUNÍQUESE** a la Superintendencia Delegada para la Función

Jurisdiccional y de Conciliación de la Superintendencia Nacional de Salud, la presente decisión.

CUARTO: SIN COSTAS ante su no causación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Los Magistrados,



DAVID A. J. CORREA STEER



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA