



JUZGADO TERCERO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE SINCELEJO

Sincelejo, veinte (20) de octubre de dos mil diecisiete (2017)

Medio de Control: Reparación Directa.

Radicado N°: 70-001-33-33-003-2017-00278-00.

Demandante: Jairo de Jesús Narváez Rodríguez y otros.

Demandado: Nación – Superintendencia Nacional de Salud –
Nueva E.P.S. – Clínica oftalmológica de Sucre S.A.S.

Asunto: Remite por Competencia.

Revisada la demanda para decidir sobre su admisión, se percata el despacho, que la misma está presentada contra La Nación – Superintendencia Nacional de Salud – Nueva E.P.S. – Clínica Oftalmológica de Sucre S.A.S.

De los hechos de la demanda, se desprende que la misma va dirigida a que se declare administrativa y patrimonialmente a las entidades demandadas, con ocasión de una presunta falla médica en la ejecución de una cirugía de catarata del ojo derecho practicada por galeno adscrito a la I.P.S. Clínica Oftalmológica de Sucre, al señor JAIRO DE JESÚS NARVÁEZ RODRÍGUEZ.

El artículo 104 del C.P.A.C.A. preceptúa:

***Artículo 104. De la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.** La Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo está instituida para conocer, además de lo dispuesto en la Constitución Política y en leyes especiales, de las controversias y litigios originados en actos, contratos, hechos, omisiones y operaciones, sujetos al derecho administrativo, en los que estén involucradas las entidades públicas, o los particulares cuando ejerzan función administrativa.*

(...)

Parágrafo. Para los solos efectos de este Código, se entiende por entidad pública todo órgano, organismo o entidad estatal, con independencia de su denominación; las sociedades o empresas en las que el Estado tenga una participación igual o superior al 50% de su capital; y los entes con aportes o participación estatal igual o superior al 50%.

Frente al caso concreto se tiene que, como bien lo establece el decreto 2462 de 2013, por medio del cual se modifica la estructura de la Superintendencia Nacional de Salud, esta es una entidad de carácter técnico, adscrita al Ministerio de Salud y Protección Social, con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio independiente.

Sus funciones están determinadas en el artículo 6 del decreto 2462 de 2013, entre las que se destacan la de dirigir, coordinar y ejecutar las políticas de inspección, vigilancia y control del Sistema General de Seguridad Social en Salud; ejercer la inspección, vigilancia y control del cumplimiento de las normas constitucionales y legales que reglamentan el Sistema General de Seguridad Social; promover el mejoramiento de la calidad en la atención en salud; y fortalecer la inspección, vigilancia y control del aseguramiento en salud.

De lo anterior se puede evidenciar que, la Superintendencia Nacional de Salud, es una entidad de coordinación, vigilancia y control del Sistema de Seguridad Social en Salud y que en nada interviene en la prestación material del servicio que vigila, por lo que carece de falta de legitimación en la causa por pasiva frente a los hechos que originan esta demanda.

Por su parte, Acerca de la naturaleza jurídica de la NUEVA E.P.S., la Corte Constitucional ha expresado, que esta es una institución constituida como una sociedad de economía mixta, que en sus inicios fue creada sólo con capital privado, y luego cambio por la participación de capital Estatal, además indicó que sin importar cuál sea el aporte realizado por el Estado, sea superior o no al 50%, es descrita como sociedad de economía mixta, expresando además que la Nueva E.P.S. se encontraba constituida con un aporte del Estado de un 50% menos una acción del capital social:

“Consciente de la necesidad de mantener la participación pública en el Régimen Contributivo del sistema de salud, el Gobierno Nacional incluyó en el Plan de Desarrollo 2006-2010 un artículo en el cual se autorizó “a las entidades públicas para

que se asocien entre sí o con particulares para la constitución de sociedades que administran (pensiones, salud y riesgos profesionales) o participen en el capital de las existentes o para que las entidades públicas enajenen alguno o algunos de los negocios a otras entidades públicas o que los particulares inviertan o participen en el capital de las entidades públicas”[15], y empezó la búsqueda de alternativas por parte del Gobierno con el fin de delinear la nueva forma de participación del Estado en el Régimen.

Finalmente, importantes cajas de compensación del país, Colsubsidio, Cafam, Compensar, Comfenalco Antioquia, Comfenalco Valle y Comfandi respondieron a la convocatoria del Gobierno, y se aprestaron a constituir una sociedad anónima[16] a través de la cual participarían en el Régimen Contributivo, haciendo uso de la facultad que les confiere a las Cajas de Compensación la Ley 100 de 1993 para la constitución de Entidades Promotoras de Salud[17], en un negocio que luego vería el asocio de una entidad estatal que entraría a capitalizar la sociedad recién creada luego de que obtuviera el respectivo permiso de funcionamiento de parte de la Superintendencia Nacional de Salud, como mecanismo para mantener la participación estatal en el sistema.

Surgió entonces la Nueva EPS, entidad de carácter privado encaminada a la prestación del Plan de Salud Obligatorio, que luego de demostrar su viabilidad técnica y financiera, obtuvo autorización de la Superintendencia Nacional de Salud mediante Resolución 371 del 3 de abril de 2008. La EPS así constituida recibió entonces capital estatal de manos de POSITIVA SEGUROS S.A.[18], Empresa Industrial y Comercial del Estado, que adquirió el 50% menos una acción de la participación de la Nueva EPS, que quedó entonces constituida tal como la conocemos hoy en día.

Todo lo anterior nos lleva a concluir en primer lugar que el Instituto de Seguros Sociales EPS, no se transformó, escindió o privatizó para formar a la Nueva EPS, por lo que las disposiciones legales aplicables a aquel no son extensibles a esta última.

(...)

Por otro lado es preciso resaltar que la Nueva EPS surgió como una empresa privada, pero al hacerse socio el sector público mediante la inversión de POSITIVA Seguros S.A., realizada previa autorización legal contenida en el artículo 155 de la Ley 1151 de 2007 –Ley del Plan de Desarrollo 2006-2010–, lo que surgió fue una sociedad de economía mixta, ya que de acuerdo con la Ley 489 de 1998, que en su artículo 49 dispone sobre la creación de organismos y entidades administrativas, “Corresponde a la ley, por

iniciativa del Gobierno, la creación de los ministerios, departamentos administrativos, superintendencias, establecimientos públicos y los demás organismos y entidades administrativas nacionales. Las empresas industriales y comerciales del Estado podrán ser creadas por ley o con autorización de la misma. Las sociedades de economía mixta serán constituidas en virtud de autorización legal."[21]"¹ (Negrilla y cursiva fuera de texto).

De igual forma, esta posición quedó ratificada con posterioridad, por la misma corporación de lo constitucional de la siguiente manera:

"En efecto, sobre la naturaleza jurídica de la Nueva E.P.S. la Corte ha señalado que es una sociedad de economía mixta teniendo en cuenta que "en la constitución de una sociedad de economía mixta la participación de capital estatal puede ser mínima, mientras que los particulares pueden tener la participación mayoritaria, o al contrario."^[2] Por tanto, en la misma providencia se afirmó que:

"2. Analizada la situación planteada, se observa que la acción de tutela es contra la Nueva EPS, que es una sociedad anónima, en donde el 5º por ciento más una acción es aporte de capital privado social, que son las cajas de compensación, y el 50 por ciento menos una acción es aporte de La Previsora Vida, empresa estatal y comercial del Estado del orden nacional.

*Frente a lo descrito anteriormente y a la luz de lo dispuesto en el inciso 2º del numeral 1º, artículo 1 del Decreto 1382 de 2000, "A los jueces del circuito o con categoría de tales, le serán repartidas para su conocimiento, en primera instancia, las acciones de tutela que se interpongan contra cualquier organismo o entidad del **sector descentralizado por servicios del orden nacional** o autoridad pública del orden departamental" (se resalta en negrilla).*

De otra parte, y teniendo en cuenta el artículo 97 de la Ley 489 de 1998, esta Corte señaló mediante providencia del 18 de febrero de 2009,^[3] que las sociedades de economía mixta se constituirían "bajo la forma de sociedades comerciales con aportes estatales y de capital privado, que desarrollan actividades de naturaleza industrial o comercial conforme a las reglas de Derecho Privado, salvo las excepciones que consagra la ley".

¹ Auto 081/09 de la Corte Constitucional, referencia: expediente ICC-1374, Accionante: Henry Lopera Montoya, Accionados: Nueva E.P.S., Conflicto de competencia negativo: entre el Juzgado Treinta y Seis Penal Municipal de Medellín y el Juzgado Veintiocho Penal del Circuito de Medellín, Magistrado sustanciador: Mauricio González Cuervo., Bogotá, D.C., dieciocho (18) de febrero de dos mil nueve (2009).

Además, agregó que “en la Sentencia C-953 de 1999, esta Corporación dijo que la existencia de una sociedad de economía mixta sólo requiere que su capital esté formado por aportes estatales y privados sin importar los porcentajes mínimos de participación.” Esto es, que “la naturaleza jurídica surge siempre que la composición del capital sea en parte de propiedad de un ente estatal y en parte por aportes o acciones de los particulares, que es precisamente la razón que no permite afirmar que en tal caso la empresa respectiva sea ‘del Estado’ o de propiedad de ‘particulares’ sino, justamente de los dos, aunque en proporciones diversas, lo cual le da una característica especial, denominada ‘mixta’, por el artículo 150, numeral 7º de la Constitución. De no ser ello así, resultaría entonces que aquellas empresas en las cuales el aporte de capital del Estado o de una de sus entidades territoriales fuera inferior al cincuenta por ciento (50%) no sería ni estatal, ni de particulares, ni ‘mixta’, sino de una naturaleza diferente, no contemplada por la Constitución.”¹⁴¹”²

Por último, en referencia a la Clínica Oftalmológica de Sucre, del certificado de existencia y representación legal expedido por la cámara de Comercio de Sincelejo, aportado por la parte demandante, se tiene que, esta es una sociedad comercial conformada con capital privado.

Por todo lo anterior, se concluye con base a las sentencias de la Corte Constitucional, que clarifica la naturaleza Jurídica de la Nueva E.P.S., de la certificación existencia y representación legal de la sociedad Clínica Oftalmológica de Sucre aportada al expediente, y de la falta de legitimación en la causa por pasiva de la Superintendencia Nacional de Salud, que la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, no es la autoridad judicial competente para conocer del presente proceso.

Es pertinente manifestar que, al existir una falta de legitimación en la causa por pasiva frente a la única entidad de naturaleza pública demandada, no se configura fuero de atracción que permita a esta jurisdicción administrativa conocer del presente asunto.

Por tal razón, en aplicación del principio de celeridad, eficiencia y economía procesal, se decretará desde ya, la falta de jurisdicción de esta Unidad Judicial para conocer de esta actuación, por lo que se remitirá el presente proceso a la Oficina Judicial, para que realice el reparto entre los Juzgados Civiles del Circuito de la Ciudad de Sincelejo.

² Auto 108/09 de la Corte Constitucional, Referencia: expediente ICC-1381, Conflicto de competencia entre el Juzgado 4º Penal Municipal de Cúcuta y el Juzgado 5º Administrativo del Circuito de Cúcuta, Acción de tutela promovida por Pedro León Guarín Plata contra Nueva E.P.S. S.A., Magistrado Ponente: Dr. LUIS ERNESTO VARGAS SILVA, Bogotá D.C., cuatro (4) de marzo de dos mil nueve (2009).

Así las cosas, en el caso bajo examen al tenor de lo dispuesto en el artículo 168 de la ley 1437 de 2011, **SE DECIDE:**

PRIMERO: DECRÉTESE la falta de jurisdicción de esta Unidad Judicial por las razones expuestas, y como consecuencia por secretaría remítase el expediente a la oficina judicial, para que se realice el nuevo reparto entre los Juzgados Civiles del Circuito (Reparto) de Sincelejo.

SEGUNDO: Esta decisión se notifica en estrados, y de la misma se corre traslado a las partes.

TERCERO: En firme este auto, **CANCÉLESE** la radicación, previa anotación en el sistema de información judicial.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

CLARA LUZ PÉREZ MANJARRÉS
JUEZ