# REPÚBLICA DE COLOMBIA



**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA**

**SECCIÓN TERCERA**

# SUBSECCIÓN B

**Magistrada Ponente: Clara Cecilia Suárez Vargas**

# Bogotá, D. C., quince (15) de diciembre de dos mil veintitrés (2023)

**Expediente:** 25000 23 26 000 **2009** 0**1009** 01

**Demandante:** Entidad Promotora de Salud ALIANSALUD EPS S.A., antes COLMÉDICA EPS (en adelante, “Aliansalud EPS”)

**Demandados:** Nación – Ministerio de Salud y Protección Social – Consorcio FIDUFOSYGA y otros

**Asunto:** Remite por competencia a la Sección Primera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca

1. **ANTECEDENTES**
2. El nueve (9) de diciembre de dos mil nueve (2009), Colmédica EPS interpuso ante esta Corporación demanda de reparación directa en contra de la Nación – Ministerio de la Protección Social – Consorcio FIDUFOSYGA 2005 integrado por las sociedades fiduciarias Fiduciaria Bancolombia S. A., Sociedad Fiduciaria “Fiduciaria Bancolombia”, Fiduciaria “La Previsora” S. A., Fiduciaria Cafetera S. A., Fiduciaria de Occidente S. A. – “FIDUOCCIDENTE”, Sociedad Fiduciaria de Desarrollo Agropecuario S. A. y/o Fiduciaria Popular S. A. “FIDUCIAR S. A.”, Fiduciaria Bogotá S. A., Fiduciaria Colombiana de Comercio Exterior S. A. – FIDUCOLDEX, con el fin de que se les declare responsables por los daños antijurídicos que les fueron causados, como consecuencia del no pago de los medicamentos NO POS que han sido suministrados a los usuarios y pagados por la E. P. S. y las actividades, intervenciones, medicamentos, procedimientos y servicios suministrados por la E. P. S. dando cumplimiento a los fallos proferidos por los Jueces de la República que han resuelto acciones de tutela y actas de comité técnico científico.
3. Repartida la demanda a esta Subsección, se asignó el conocimiento al despacho presidido por el magistrado Carlos Alberto Vargas Bautista, quien mediante auto de veintisiete (27) de enero de dos mil diez (2010), admitió la demanda de la referencia, sin embargo, posteriormente, advertida la falta de jurisdicción, mediante providencia de seis (6) de marzo de dos mil diecisiete (2017) se ordenó la remisión de las actuaciones a los Juzgados Laborales del Circuito Judicial de Bogotá – Reparto.
4. Mediante acta individual de reparto de veintiséis (26) de abril de dos mil diecisiete (2017), fueron asignadas bajo el número de radicación: 110013105010201700240 00 las actuaciones al Juzgado Décimo (10) Laboral del Circuito Judicial de Bogotá.
5. Con ocasión del traslado de expedientes dispuesto en los acuerdos PCSJA 20-11686 de diez (10) de diciembre y CSJBTA 20-109 de treinta y uno (31) de diciembre de dos mil veinte (2020), las presentes diligencias fueron remitidas al Juzgado Cuarenta (40) Laboral del Circuito de esta ciudad, despacho que mediante auto de veintitrés (23) de febrero de dos mil veintiuno (2021) resolvió no avocar conocimiento del asunto de la referencia y devolver inmediatamente el proceso con radicado No. 110013105010201700240 00 a su Despacho de origen.
6. En audiencia pública celebrada el dieciocho (18) de abril de dos mil veintidós (2022), el Juzgado Décimo (10) Laboral del Circuito de Bogotá resolvió declarar probada la excepción de falta de jurisdicción y competencia para seguir conociendo del proceso ordinario con número de radicación: 110013105010201700240 00, adelantado por Aliansalud EPS S. A. en contra de la ADRES y, en consecuencia, fue remitido el expediente a la H. Corte Constitucional para que se dirima el conflicto de jurisdicción y competencia.
7. Mediante Auto No. 2150 de trece (13) de septiembre de dos mil veintitrés (2023) proferido por la Sala Plena de la Corte Constitucional, con ponencia del H. magistrado Alejandro Linares Cantillo, resolvió dirimir el conflicto de jurisdicciones suscitado entre el Juzgado Décimo (10) Laboral del Circuito de Bogotá y esta Corporación, para acto seguido, dirimir el conflicto de competencias de carácter negativo y declarar que el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección B es la autoridad judicial con jurisdicción para conocer de la demanda de la referencia.
8. **CONSIDERACIONES**
   1. **ACLARACIÓN PREVIA – COMPETENCIA DE LA SALA PARA PROFERIR LA PRESENTE PROVIDENCIA**

La Ley 1437 de 2011 –CPACA– estableció la regla general de competencia de los jueces colegiados para proferir providencias, sin determinar en su artículo 125, modificado por el artículo 33 de la Ley 2080 de 2021, si aquellas que declaran la falta de competencia de una Subsección del Tribunal debían ser proferidas por la Sala de Subsección.

Circunstancia que también se encontraba presente antes de la entrada en vigencia de la Ley 2080 de 2021, no obstante, en virtud de lo dispuesto en el artículo 158 del CPACA antes de la reforma, correspondía a la Sala de Subsección y no al Magistrado Ponente, dictar la providencia que declaraba la falta de competencia, lo anterior por cuanto, dicho artículo establecía:

Artículo 158. Conflictos de competencia. (…) **Cuando una Sala o sección de un tribunal** o un juez administrativo **declarare su incompetencia para conocer de un proceso por considerar que corresponde a otro Tribunal o a un juez administrativo de otro distrito judicial, ordenará remitirlo a este,** mediante auto contra el cual sólo procede el recurso de reposición. Si el tribunal o juez que recibe el expediente también se declara incompetente, remitirá el proceso al Consejo de Estado para que decida el conflicto. (Resaltado nuestro)

Sin embargo, con la expedición de la Ley 2080 de 2021, se modificó el referido artículo 158 del CPACA, quedando redactado así:

**ARTÍCULO 33. Modifíquese el artículo 158 de la Ley 1437 de 2011, el cual quedará así:**

**ARTÍCULO 158**. Conflictos de competencia. (…) **Cuando un tribunal o un juez administrativo declaren su incompetencia para conocer de un proceso,** por considerar que corresponde a otro tribunal o a un juez administrativo de otro distrito judicial, ordenará remitirlo a este. Si el tribunal o juez que recibe el expediente también se declara incompetente, remitirá el proceso al Consejo de Estado para que decida el conflicto. (Resaltado nuestro)

Ahora bien, con la entrada en vigencia de la Ley 2080 de 2021, se dispuso que el recurso de súplica procedía contra el auto que declare la falta de competencia o de jurisdicción en cualquier instancia, en los siguientes términos:

**«Artículo 66.** Modifíquese el artículo 246 de la Ley 1437 de 2011, el cual quedará así:

Artículo 246. Súplica. El recurso de súplica procede contra los siguientes autos **dictados por el magistrado ponente**:

* 1. Los que declaren la falta de competencia o de jurisdicción en cualquier instancia. (…)» (Resaltado nuestro)

La relación normativa anterior resulta relevante, por cuanto, aun cuando el artículo 246 del CPACA, modificado por el artículo 66 de la Ley 2080 de 2021, sugiere, que los conflictos de competencia deben ser dictados por el Magistrado Ponente, ello no sucede específicamente cuando la declaratoria de falta de competencia se realiza a nombre de una Sección, de cara a la remisión del proceso a otra Sección de la misma Corporación.

Afirmación que encuentra sustento en dos disposiciones normativas: en el contenido del artículo 158 del CPACA, que si bien fue modificado por la Ley 2080 de 2021, no estableció en el Magistrado Ponente la facultad para declarar la falta de competencia de una Sección o Subsección, sino en el “Tribunal”, entendido este, como un órgano colegiado; y (ii) en el contenido del artículo 123 del CPACA, que no fue objeto de modificación por la Ley 2080 de 2021, y que señala que los conflictos de competencia se pueden suscitar por secciones o subsecciones de un mismo tribunal (no por el Magistrado Ponente en nombre de la subsección o sección), al respecto obsérvese:

«**Artículo 123.** Sala Plena. La Sala Plena de los Tribunales Administrativos ejercerá las siguientes funciones:

1. Dirimir los conflictos de competencias **que surjan entre las secciones o subsecciones del mismo tribunal** y aquellos que se susciten entre dos jueces administrativos del mismo distrito.» (Resaltado nuestro)

De conformidad con la citada norma, se observa que el auto mediante el cual se decida remitir un proceso a otra Sección o Subsección del mismo Tribunal debe ser proferido por la Sala de Sección o Subsección a la que pertenezca el Magistrado Ponente.

Determinación que encuentra fundamento en la situación que puede llegar a presentarse, en aquellos casos en que la Sección o Subsección al que se remita el proceso, se considere de igual manera incompetente, toda vez que la decisión tomada al remitir el proceso conllevaría a comprometer a la totalidad de la Sala en el conflicto de competencias que se suscitaría, lo que significa que la decisión de declararse incompetente en un determinado tema, debe ser tomada por la Sala de decisión cuando se esté ante un juez plural, pues de ser tomada únicamente por uno de los magistrados que la integran, puede conllevar a que se suscite un conflicto de competencias para la Sección o Subsección, sin que los demás magistrados compartan la decisión tomada.

En consecuencia, concluye la Sala, que los autos por medio de los cuales, la subsección declare su falta de competencia y ordene la remisión de los procesos a otra sección o subsección de esta Corporación, deberán ser proferidos por la Sala y no por el Magistrado Ponente.

Con fundamento en lo expuesto, el presente auto, mediante el cual se declarará la falta de competencia de la Sección Tercera de este Tribunal Administrativo, será proferido por la Sala de la Subsección.

* 1. **DE LA DISTRIBUCIÓN DE FUNCIONES POR SECCIONES EN EL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA**

En vigencia de la Constitución Política de 1886, el Congreso de la República aprobó la Ley 30 de 1987, por medio de la cual se concedieron facultades extraordinarias al Presidente de la República, y en ejercicio de estas se expidió el Decreto 2288 de 1989, decreto ley que constituye la única disposición que se refiere en el ordenamiento jurídico a la distribución de funciones entre las Secciones que conforman el Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

Si bien, con posterioridad, el Consejo Superior de la Judicatura expidió el Acuerdo 207 de 1997, este se refiere a aspectos administrativos y logísticos de las salas de los tribunales, pero no a temas de competencias, así mismo, con el advenimiento de la Constitución Política de 1991, además de las leyes 1437 de 2001 y 2080 de 2021, normas que modificaron competencias, ninguna de ellas se refiere directamente a la asignación de trabajo correspondiente a la Sección Tercera del Tribunal.

Es por lo anterior, que la Sala Plena de esta Corporación, al resolver conflictos de competencias entre otros, ha venido otorgando el conocimiento de ciertos asuntos a las diversas secciones, entre ellas el tema de repetición; y en ese orden de ideas, el Decreto 2288 de 1989, vigente en la actualidad, se constituye en la única fuente jurídica en materia de atribución de competencias.

Bajo esta óptica, el artículo 18 del Decreto Ley 2288 de 1989 contiene las atribuciones de las secciones que conforman el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, así:

**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.
  2. Los electorales de competencia del Tribunal.
  3. Los promovidos por el Gobernador de Cundinamarca, los alcaldes del mismo Departamento o el del Distrito Especial de Bogotá, en los casos contemplados en los artículos 249 del Decreto-ley 1222 de 1986 y 101 del Decreto-ley 1333 de 1986.
  4. Las observaciones formuladas a los Acuerdos Municipales o Distritales y a los actos de los alcaldes, por motivos de inconstitucionalidad o ilegalidad.
  5. Las objeciones a los proyectos de Ordenanza o de Acuerdo, en los casos previstos en la ley.
  6. Los conflictos de competencia administrativa asignados al Tribunal.
  7. La revisión de contratos, de conformidad con la ley.
  8. Los recursos de insistencia en los casos contemplados en la Ley 57 de 1985.
  9. De los demás asuntos de competencia del Tribunal, cuyo conocimiento no esté atribuido a las otras Secciones.

**SECCIÓN SEGUNDA.** Le corresponde el conocimiento de los procesos de nulidad y de restablecimiento del derecho de carácter laboral, de competencia del Tribunal.

**PARÁGRAFO.** La Sección Segunda estará dividida en tres (3) Subsecciones denominadas A, B y C, cada una integrada por cuatro (4) Magistrados. Los casos de empate que resulten en las Subsecciones serán dirimidos por la Sección Segunda en pleno.

La Sección en pleno también conocerá de los procesos que le remitan las Subsecciones, por su importancia jurídica o trascendencia social, si por estimar fundado el motivo resuelve asumir competencia.

**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.

**SECCIÓN CUARTA.** Le corresponde el conocimiento de los siguientes procesos:

1. De nulidad y restablecimiento del derecho relativos a impuestos, tasas y contribuciones.
2. De Jurisdicción Coactiva, en los casos previstos en la ley.

**PARÁGRAFO.** Cada Sección designará y removerá el personal que le corresponde, de conformidad con la ley.

* 1. **NATURALEZA JURÍDICA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD**

El artículo 66 de la Ley 1753 de 2015[[1]](#footnote-1) «Por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018 “Todos por un nuevo país”» estableció que la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud –ADRES– es una entidad descentralizada que se asimila a una empresa industrial y comercial del Estado –EICE–, sin señalar que estuviera sometida a las mismas condiciones de las EICE, así mismo, del análisis de motivos de la norma que la creó, tampoco resulta clara la razón por la cual se asimiló.

No obstante, se tiene que esta entidad coincide con las características planteadas por el legislador para las EICE, toda vez que, cuenta con personería jurídica, autonomía administrativa y financiera y patrimonio independiente. Al respecto, entre los antecedentes se encuentran los siguiente:

* La Gaceta del Congreso y Senado de veintiuno (21) de septiembre de dos mil dieciocho (2018) “*Conversatorio sobre ADRES de 2018”,* en relación con los antecedentes y las diferencias existentes entre el FOSYGA y la ADRES, señaló que:

«[Si] miramos los antecedentes podríamos decir que, como ustedes conocen, la Ley 100 define que lo que llamábamos el Fosyga, que eran unas cuentas, deberían ser administradas a través de encargos fiduciarios, en los primeros años de la Ley 100 que podríamos denominar de alto empleo y de crecimiento económico, los recursos de las diferentes subcuentas generaron ingresos mayores a los gastos que se necesitaban y generaron unos buenos portafolios que eran de todo el interés de estas administraciones fiduciarias. La crisis de finales de los noventa, que ustedes conocieron como la crisis no solamente de empleo, sino económica, llevó a que, a pesar de esta crisis, lo que existía en las subcuentas que deberían respetarse, porque no había unidad de caja, se sorteara sin mayores dificultades para los recursos que estaban en portafolio, pero ya luego, entre el 2008 y 2010, los recursos del portafolio bajaron, se agudizaron los problemas de recobros y reintegros y las fiducias privadas que fueron las que administraron, digamos, el Fosyga, dejaron de aspirar o de concursar por estos encargos, y luego a partir de 2010-2012 las fiducias públicas Fiduprevisoria, Fiduagraria, etc., siempre expresaron su intención o no deseo de seguir gestionando estos recursos, especialmente porque se veían demandadas en procesos que no venía con su razón de ser, entonces de allí es que nace, entre otras, la necesidad de darle a esta situación una solución de Estado y es cuando (la siguiente por favor), se crea entonces la ADRES; la ADRES se crea por la Ley 1753, que es el “Plan Nacional de Desarrollo” del Gobierno anterior y se reglamenta en unos decretos específicos de su estructura, donde resaltaría que además de lo que es la gestión financiera, resalto en negrilla que la ADRES tiene una función de adelantar las verificaciones que promuevan la eficiencia en la gestión de los recursos y es por eso que hemos realizado algunos estudios, algunos con mayor detalle de otros, pero tratando de buscar las soluciones que el Sistema de Salud tiene.

(…)

Si nosotros hacemos un paralelo cómo eran las fiducias y cómo es hoy la ADRES, podríamos tener una serie de diferencias importantes. Las fiducias son unas cuentas adscritas que se manejaban, como les digo, por encargos fiduciario, pero lo que existía en una subcuenta debería respetarse para esas subcuentas. Una fiducia tiene, como un banco, tiene una razón de ser, y es en la fiducia manejar el portafolio y el banco mantener el dinero de los ahorradores el máximo del tiempo posible. **La ADRES tiene una razón de ser diferente, que es fluir los recursos rápidamente a los agentes, no es que nos queme la plata, porque si hay alguna plata que pueda estar en portafolio hay que tenerla en el mejor rendimiento posible, pero cambiamos la dinámica que había con las fiducias, donde siempre se criticaban, porque el dinero se retenía en portafolios, nosotros, como ya les mostraré en seguida, hemos agotado el portafolio, porque los recursos lo necesitan para la garantía del derecho a la salud, ese sería uno de los temas, las fiducias se concentran en esa administración financiera**; y había un tema muy importante, las fiducias solamente le daban la información al Ministerio, la ADRES, a diferencia, transparenta la información, como les mostraré más adelante, los dineros de la salud son de la gente y la información sobre la gestión de esos dineros también debe ser pública, por eso en nuestra web ustedes pueden encontrar todos los giros que la ADRES ha hecho desde agosto de 2017 hasta el presente, y cada mes vamos adicionando los giros.

(…)

La ADRES es una entidad de naturaleza especial, se puede asimilar a una empresa industrial y comercial del Estado y tiene una gestión directa del riesgo y la optimización de los procesos, la ADRES no regula, no formula políticas, es el Ministerio quien la hace, nosotros no tenemos ninguna facultad en ese sentido.

(…)

Miren ustedes lo que han sido los giros en el presente año, en comparación con el año pasado; este año hemos girado por NO PBS, recuerden que los giros también van directo a prestadores y a EPS, debe ser más a prestadores; nuestro planteamiento es, el giro previo que existe desde el año 2012 es precisamente para darle liquidez al sistema, pero la liquidez debe llegar fundamentalmente al prestador, por eso, si ustedes observan en la barra azul, es este año comparado con el año pasado, en lo que podríamos llamar época ADRES comparada con época fiducias, observen ustedes que en el cuadro aparece, arriba en la gráfica aparece lo que se giró a las EPS, y abajo lo que se les giró a los prestadores, obviamente, crece más el giro a prestadores, como debe ser, pero en el conjunto de pagos, si comparamos el año pasado con este, este año hemos girado, a julio, 2.043 billones o 2 billones 43.000, y el año pasado fueron 1.5 billones; siendo sinceros, nos consumimos el portafolio, precisamente para dar flujo y garantizar el pago y garantizar el derecho.»

* La Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, el seis (6) de junio de dos mil dieciocho (2018), en el radicado número: 11001-03-06-000-2018-00034-00 (2369), estableció respecto de la naturaleza jurídica de la ADRES:

«La Ley 1753 de 2015 *“Por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018 “Todos por un nuevo país”,* en su artículo 66[[2]](#footnote-2) creó la Entidad Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud –ADRES- como una entidad de naturaleza especial, del nivel descentralizado del orden nacional, asimilada a una Empresa Industrial Comercial del Estado, que forma parte del Sistema de Seguridad Social en Salud, adscrita al Ministerio de Salud y Protección Social, dotada de personería jurídica, autonomía administrativa y financiera y patrimonio independiente.

El objeto de la ADRES es el de *“administrar los recursos que hacen parte del Fondo de Solidaridad y Garantías (Fosyga), los del Fondo de Salvamento y Garantías para el Sector Salud (Fonsaet), los que financien el aseguramiento en salud, los copagos por concepto de prestaciones no incluidas en el plan de beneficios del Régimen Contributivo, los recursos que se recauden como consecuencia de las gestiones que realiza la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP)…”*

Los ingresos de la entidad están *“conformados por los aportes del Presupuesto General de la Nación definidos a través de la sección presupuestal del Ministerio de Salud y Protección Social, los activos transferidos por la Nación y por otras entidades públicas del orden nacional y territorial y los demás ingresos que a cualquier título perciba. Los recursos recibidos en administración no harán parte del patrimonio de la Entidad. Los gastos requeridos para el desarrollo del objeto de la Entidad se financiarán con un porcentaje de hasta el cero coma cinco por ciento (0,5%) de los recursos administrados con situación de fondos”*.

Igualmente, dicha norma señala que la contratación que realice la entidad se rige por el derecho público.

El artículo 67 de la citada Ley 1753 de 2015[[3]](#footnote-3) señala los recursos que serán administrados por la entidad y la destinación que debe dárseles.

En desarrollo de lo dispuesto en el parágrafo primero del artículo 66 ibidem[[4]](#footnote-4), el Gobierno Nacional expidió el Decreto 1429 de 2016[[5]](#footnote-5) mediante el cual reglamentó la estructura de la ADRES y fijó las funciones de sus diferentes dependencias.

* De igual manera, en la Gaceta 223 de 2015 se consignó la proposición del senador Rodrigo Villalba Mosquera, así:

|  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- |
| **Artículo Ponencia 1 debate** | **Artículo aprobado 1 debate** | **Autor** | **Proposición** |
| 62 | 67 | **Rodrigo Villalba** | Adiciona inciso segundo³: “El régimen presupuestal de la Entidad Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud será el aplicable a las Empresas Industriales y Comerciales del Estado dedicadas a actividades financieras” |

* Por su parte, la Corte Constitucional mediante Auto 389 de veintidós (22) de julio de dos mil veintiuno (2021)[[6]](#footnote-6) explicó las actuaciones administrativas que se encontraban en cabeza de la ADRES y concluyó que su control estaba a cargo de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa:

«39. Todo lo anterior demuestra que la ADRES no solamente se rige por normas de derecho público, sino que la decisión de reconocer o no el pago de obligaciones por concepto de prestación de servicios y tecnologías en salud subyace a un conjunto de actuaciones administrativas regladas. Esto último no es gratuito. La creación de la Administradora de los Recursos del SGSSS, como se expuso en líneas anteriores (supra 27), tuvo como orientación primordial que el Estado jugara un papel más protagónico en la gestión y veeduría de los recursos, de suerte que se pudiera lograr el saneamiento definitivo de los recobros por concepto de servicios y tecnologías de salud no financiados con cargo a la UPC.

40. Así las cosas, comoquiera que los procedimientos de recobro son la expresión de actuaciones administrativas regladas en cabeza de una entidad pública, es razonable que su control deba estar a cargo de la jurisdicción contencioso administrativa, especialmente si se tiene en cuenta que el artículo 104 de la Ley 1437 de 2011 dispone expresamente que dicha jurisdicción “está instituida para conocer […] 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”.

* En oficio de primero (1) de septiembre de dos mil diecisiete (2017), la viceministra de la cartera de Salud y Protección Social, encargada de las funciones de directora general de la ADRES, explicó al secretario general de la Cámara de Representantes lo correspondiente al manejo financiero y presupuesta, como se relaciona a continuación:

«La ADRES en lo que se asimila a una empresa industrial y comercial del Estado es en el manejo presupuestal y por lo tanto la rige el Decreto 115 de 1996 que establece las normas sobre la elaboración, conformación y ejecución de los presupuestos de las empresas industriales y comerciales del Estado que son aprobados por el CONFIS.»

Entre las razones por las cuales el legislador no asimiló la ADRES a un establecimiento público, se tiene que, las empresas se denominan industriales o comerciales del Estado y esa denominación corresponde a la actividad que realizan, mientras que el establecimiento público por definición cumple funciones administrativas, de esas funciones típicamente estatales, lo que se entiende por función administrativa.

Mientras que las empresas del Estado realizan actividades de naturaleza industrial o comercial, con lo cual se diferencian por esta nota característica del establecimiento público, como quiera que, ambas forman parte de la rama ejecutiva, son creadas por la ley y hacen parte del Estado, puesto que, son una desmembración del Estado.

El establecimiento público y las empresas industriales o comerciales tienen personería jurídica, autonomía administrativa y financiera, y tiene un patrimonio o capital independiente, notas comunes entre establecimiento y empresa; pero se diferencian en:

* La actividad que realizan: mientras el establecimiento público cumple una función administrativa, la empresa comercial o industrial del Estado, como su nombre lo indica, realiza una actividad de naturaleza industrial o de naturaleza comercial igual a la que realizan los particulares[[7]](#footnote-7).
* El establecimiento público cumple función administrativa de acuerdo con normas de derecho público; la empresa realiza actividad industrial o comercial de acuerdo con normas de derecho privado, normas de derecho privado, más concretamente de derecho comercial, porque la actividad que está realizando es una actividad comercial, es una actividad industrial, que tiene que estar en condiciones de competencia con esa misma actividad que realizan los particulares y debe, por lo tanto regirse por las normas que rigen esa actividad, realizada por los particulares; de lo contrario se presentaría una situación en que el Estado no podría competir con los particulares, porque no estarían en igualdad de condiciones, porque estaría sometido a normas de derecho público, que, posiblemente, le implicaban mayores tramites, mayores controles, mayores limitaciones que no los tienen los particulares cuando realizan la actividad comercial o la actividad industrial.
* La empresa es un organismo que se crea por la ley con autorización de la ley, para que desarrolle una actividad de naturaleza industrial o comercial o de gestión económica, y si es de gestión económica, como la realizada por la ADRES, seguramente va a ser de naturaleza comercial.

Por lo anterior, de acuerdo con la jurisprudencia y la exposición de motivos disponible en las gacetas del Congreso de la República puede concluirse que la ADRES se asimila a las empresas industriales y comerciales del Estado, en cuanto al aspecto presupuestal, a que su actividad principal consiste en la gestión de recursos, y que, en razón a esto, mutó de la figura de fiducia a la de una entidad de naturaleza especial.

* 1. **ACTUACIÓN ADMINISTRATIVA**

Las decisiones que adopte, en el cumplimiento de sus funciones la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud con respecto a definir las solicitudes de recobro por servicios, medicamentos o tratamientos no incluidos en el Plan Obligatorio de Salud – No POS, en su condición de entidad pública, se realizan en ejercicio de la función administrativa y culminan con un acto administrativo particular y concreto, cuya legalidad se controvierte en la jurisdicción de lo contencioso administrativa, de conformidad con lo previsto en el artículo 104 de la Ley 1437 de 2011.

**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%.

Ahora bien, partiendo de la definición de acto administrativo como toda manifestación de voluntad de una entidad pública o de un particular en ejercicio de funciones públicas, capaz de producir efectos jurídicos[[8]](#footnote-8), con respecto al ADRES y su actuación se tiene que la **Ley 1753 de 2015** *“Por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018 “Todos por un nuevo país”,* asimiló a esta Entidad como una empresa industrial y comercial del Estado.

Posteriormente, el Decreto 1429 de 2016 modificó la estructura de la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud – ADRES – y en cuanto a sus funciones, estableció lo siguiente:

**ARTÍCULO 1o. NATURALEZA.** La Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud – ADRES **es un organismo de naturaleza especial del nivel descentralizado de la Rama Ejecutiva del orden nacional, con personería jurídica, autonomía administrativa y financiera,** patrimonio independiente, asimilada a una empresa industrial y comercial del Estado en los términos señalados en la ley de creación, adscrita al Ministerio de Salud y Protección Social, la cual se denominará para todos los efectos, Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud – ADRES (…)

**ARTÍCULO 3o. FUNCIONES.** Son funciones de la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud – ADRES, las siguientes:

1. Administrar los recursos del Sistema, de conformidad con lo previsto en los artículos [66](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1753_2015_pr001.html#66) y [67](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1753_2015_pr001.html#67) de la Ley 1753 de 2015 y las demás disposiciones que la reglamenten, modifiquen, adicionen o sustituyan.

2. Administrar los recursos del Fondo de Salvamento y Garantías para el Sector Salud (FONSAET) creado por el artículo [50](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1438_2011_pr001.html#50) de la Ley 1438 de 2011 y modificado por el artículo [7](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1608_2013.html#7)o de la Ley 1608 de 2013.

3. Efectuar el reconocimiento y pago de las Unidades de Pago por Capitación y demás recursos del aseguramiento obligatorio en salud, de acuerdo con la reglamentación que expida el Gobierno nacional o el Ministerio de Salud y Protección Social, en el marco de sus competencias.

4. Realizar los pagos, efectuar giros directos a los prestadores de servicios de salud y proveedores de tecnologías en salud, de acuerdo con lo autorizado por el beneficiario de los recursos, y adelantar las transferencias que correspondan a los diferentes agentes del Sistema.

(…)

**ARTÍCULO 9o. FUNCIONES DEL DIRECTOR GENERAL.** Son funciones del Director General de la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud – ADRES, las siguientes:

(…)

**12. Expedir los actos administrativos que se requieran para el cumplimiento de las funciones de la Entidad** y decidir sobre los recursos legales que se interpongan contra los mismos.

De manera que, por virtud de esta normativa, los actos que expida la ADRES para el cumplimiento de sus funciones, son actos administrativos. En esa línea, la Resolución No. 1885 de 2018, dispone:

Artículo 1. Objeto. La presente resolución tiene por objeto establecer el procedimiento para el acceso, reporte de prescripción, suministro y análisis de la información de tecnologías en salud no financiadas con recursos de fa Unidad de Pago por Capitación - UPC y de serv1cios complementarios, fijar los requisitos, términos y condiciones para la presentación de recobros/cobros ante la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud ADRES y establecer el procedimiento de verificación, control y pago de las solicitudes de recobro/cobro, cuando a ello hub1ere lugar y dictar disposiciones relacionadas con las correspondientes acciones de control y seguimiento.

Artículo 2. Ámbito de aplicación. Las disposiciones contenidas en la presente resolución aplican a las Entidades Promotoras de Salud - EPS a las Entidades Obligadas a Compensar - EOC. a las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud - IPS, a los profesionales de la salud y demás agentes o entidades recobrantes que suministren a sus afiliados tecnologías en salud no financiadas con los recursos de la UPC y servicios complementarios que deban recobrarlos a la ADRES.

(…)

Título III. Documentos y requisitos para la presentación de las solicitudes de recobro o cobro

Título IV. Verificación, control, reconocimiento y pago de las tecnologías en salud no financiadas con recursos de la UPC o servicios complementarios

Artículo 42. Etapas del proceso de verificación y control.

(…)

Capítulo I. Etapa de pre-radicación

Capítulo II Etapa de radicación

Capítulo III Etapa de pre-auditoría

Capítulo IV Etapa de auditoría integral

(…)

Título V Términos y plazos

Título VI Pago de las solicitudes de recobro/cobro

Ahora, sobre la actuación administrativa de la ADRES y sí la decisión de fondo de dicha actuación es y/o contiene un acto administrativo, la Corte Constitucional[[9]](#footnote-9) ha señalado que:

26. La ADRES es una entidad con una naturaleza jurídica específica. El legislador, mediante el artículo 66 de la Ley 1753 de 2015[[10]](#footnote-10), con el fin de garantizar el adecuado flujo y los respectivos controles de recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud, creó la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud (SGSSS), ADRES, como una entidad de naturaleza especial del sector descentralizado del orden nacional asimilada a una empresa industrial y comercial del Estado, con lo que adquiere la categoría de entidad pública. Adicionalmente, dispuso que la ADRES hará parte del SGSSS y estará adscrita al Ministerio de Salud y Protección Social, con personería jurídica, autonomía administrativa y financiera y patrimonio independiente, y estará encargada de administrar los recursos que hacen parte del Fondo de Solidaridad y Garantías (Fosyga), los del Fondo de Salvamento y Garantías para el Sector Salud (Fonsaet), los que financien el aseguramiento en salud, los copagos por concepto de prestaciones no incluidas en el plan de beneficios del Régimen Contributivo, y los recursos que se recauden como consecuencia de las gestiones que realiza la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP)[[11]](#footnote-11).

Entre sus funciones se encuentran: “*c) Efectuar el reconocimiento y pago de las Unidades de Pago por Capitación y demás recursos del aseguramiento obligatorio en salud*”; “*d) Realizar los pagos, efectuar giros directos, a los prestadores de servicios de salud y proveedores de tecnologías en salud, de acuerdo con lo autorizado por el beneficiario de los recursos y adelantar las transferencias que correspondan a los diferentes agentes del Sistema, que en todo caso optimice el flujo de recursos*”, y “*e) Adelantar las verificaciones para el reconocimiento y pago por los distintos conceptos, que promueva la eficiencia en la gestión de los recursos*” (art. 66, Ley 1753 de 2015)[[12]](#footnote-12). Al respecto, también puede verse el artículo 3 del Decreto 1429 de 2016[[13]](#footnote-13).

27. Es necesario precisar que la ADRES no es una entidad administradora de los planes de beneficios en salud. De acuerdo con el artículo 121.1 de la Ley 1438 de 2011[[14]](#footnote-14) se entiende poradministradoras de Planes de Beneficios en Salud (EAPBS): “*Las Entidades Promotoras de Salud del Régimen Contributivo y Subsidiado, las Empresas Solidarias, las Asociaciones Mutuales en sus actividades de Salud, las Cajas de Compensación Familiar en sus actividades de salud, las actividades de salud que realizan las aseguradoras, las Entidades que administren planes adicionales de salud, las entidades obligadas a compensar, las entidades adaptadas de Salud, las administradoras de riesgos profesionales en sus actividades de salud. Las entidades pertenecientes al régimen de excepción de salud y las universidades en sus actividades de salud […]*”[[15]](#footnote-15).

28. Por otra parte, la ADRES tampoco es una entidad prestadora –no es EPS ni IPS–. En efecto, el artículo 177 de la Ley 100 de 1993 determina que las Entidades Promotoras de Salud son las responsables de la afiliación, el registro de los afiliados y del recaudo de sus cotizaciones, por delegación del fondo de solidaridad y garantía. Su función primordial es organizar y garantizar, directa o indirectamente, la prestación del plan de salud obligatorio a los afiliados[[16]](#footnote-16). Por otra parte, de acuerdo con el artículo 185 de la misma ley, las Instituciones Prestadoras de Servicios de salud (IPS), como su nombre lo indica, son aquellas encargadas de prestar directamente los diferentes servicios de salud a los usuarios.

29. Ahora, aunque el artículo 622 del CGP, que modificó el numeral 4º del artículo 2 del CPTSS, fue expedido cuando la ADRES aún no se había creado, no puede desconocerse que se trata de una entidad administradora de los recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud y que hace parte del mismo.

(…)

32. En este punto es necesario precisar que el procedimiento de recobro constituye una garantía a favor de las EPS, con la finalidad de que estas puedan reclamar el reembolso de los servicios y tecnologías prestados en virtud de una orden judicial en el marco de una acción de tutela, o de una orden proferida por los comités técnicos científicos[[17]](#footnote-17); siendo que su prestación se ordenó a pesar de que, en principio, no podía ser cubierta por la EPS pues, estas tienen la obligación de “*[…]* *suministrar, dentro de los límites establecidos en el numeral 5 del artículo*[*180*](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0100_1993_pr003.html#180)*, a cualquier persona que desee afiliarse y pague la cotización o tenga el subsidio correspondiente, el Plan Obligatorio de Salud* […]”[[18]](#footnote-18).

33. Mediante la Ley 1608 de 2013[[19]](#footnote-19) el legislador adoptó una serie de medidas tendientes a mejorar la liquidez y el uso de algunos recursos del sector salud. Con miras a lograr tal objetivo, en su artículo 11, dispuso que “*en el caso de 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*”. A su turno, este artículo fue reglamentado por el Decreto 347 de 2013[[20]](#footnote-20), el cual, en su artículo 4, enunció los elementos esenciales que debían ser tenidos en cuenta por las entidades recobrantes a fin de demostrar la existencia de la obligación.

34. Posteriormente, una vez creada la ADRES, mediante el Decreto 2265 de 2017[[21]](#footnote-21) se establecieron las condiciones generales de operación de la entidad. Así, en la subsección 1 de la sección 5, se establecieron normas relativas al reconocimiento de servicios y tecnologías en salud no financiadas con cargo a la UPC, entre las que destacan aquellas que definen *(i)* el término para presentar las solicitudes; *(ii)* los requisitos para el pago; *(iii)* el proceso de verificación, control y pago; y, *(iv)* el término para resolver, reconocer y pagar las solicitudes presentadas.

35. Actualmente, los artículos 35 a 71 de la Resolución 1885 de 2018[[22]](#footnote-22), permiten confirmar que **el recobro es un** **procedimiento administrativo** que se surte en las etapas de presentación[[23]](#footnote-23), pre radicación, radicación,verificación, pre-auditoría, auditoría integral[[24]](#footnote-24) 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 (artículo 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 administradora de los recursos del Sistema de Seguridad Social en Salud 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 jurídicos[[25]](#footnote-25), 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 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 administrativo[[26]](#footnote-26).

38. En ese orden, vale la pena anotar que en Sentencia del 3 de abril de 2020[[27]](#footnote-27), la Sección Tercera del Consejo de Estado destacó que el procedimiento de recobro persigue un fin legítimo amparado en la Constitución, esto es, la defensa del patrimonio público, el cual se logra “***mediante la adopción de procedimientos administrativos que permitan verificar que los cobros con cargo al Fosyga*** *[hoy a la Adres],* ***correspondan a verdaderas deudas de la administración***” (negrillas fuera de texto). Así las cosas, el procedimiento de recobro, señaló el alto tribunal, se caracteriza por ser un procedimiento administrativo reglamentado que involucra la presentación de las respectivas facturas, de suerte que, con posterioridad a su radicación, la administración realice la respectiva verificación en un plazo razonable; verificación que consiste en una revisión jurídica, médica, administrativa y financiera de los soportes.

39. Todo lo anterior demuestra que la ADRES no solamente se rige por normas de derecho público, sino que la decisión de reconocer o no el pago de obligaciones por concepto de prestación de servicios y tecnologías en salud subyace a un conjunto de actuaciones administrativas regladas. Esto último no es gratuito. La creación de la Administradora de los Recursos del SGSSS, como se expuso en líneas anteriores (*supra* 27), tuvo como orientación primordial que el Estado jugara un papel más protagónico en la gestión y veeduría de los recursos, de suerte que se pudiera lograr el saneamiento definitivo de los recobros por concepto de servicios y tecnologías de salud no financiados con cargo a la UPC.

40. Así las cosas, comoquiera que los procedimientos de recobro son la expresión de actuaciones administrativas regladas en cabeza de una entidad pública, es razonable que su control deba estar a cargo de la jurisdicción contencioso administrativa, especialmente si se tiene en cuenta que el artículo 104 de la Ley 1437 de 2011 dispone expresamente que dicha jurisdicción “*está instituida para conocer […] 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*” (negrillas fuera de texto).

Planteamiento que se refuerza en el hecho de que, por medio de la demanda, también se busca el pago de perjuicios y las reparaciones de daños causados por el hecho y la omisión de una entidad pública, en las modalidades de daño emergente y lucro cesante (*supra* 1).

Con fundamento en la jurisprudencia de la Sala Plena de la Corte Constitucional, que ha sido reiterada en varias oportunidades (Autos 841/21, 849/21, 869/21, 877/21), se puede concluir:

El control de los actos proferidos en el marco del trámite de recobros judiciales por prestaciones no incluidas en el extinto POS, hoy PBS, así como por las devoluciones o glosas a las facturas entre entidades del SGSSS, deba estar a cargo de la jurisdicción contencioso administrativa. Esto, porque el procedimiento de recobro es (i) más que una simple presentación de facturas al cobro, en la medida en que constituye un verdadero procedimiento administrativo y (ii) **concluye con la expedición de un acto administrativo que consolida o niega la existencia de la obligación**.

* 1. **DE LOS HECHOS RELEVANTES[[28]](#footnote-28)**

La sociedad demandante Entidad Promotora de Salud ALIANSALUD EPS S. A., antes COLMÉDICA EPS, promovió una acción de reparación directa en contra de la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud (en adelante, “ADRES”), con el fin de reclamar el pago de mil cuatrocientos noventa y siete millones cientos setenta siete mil ciento cincuenta y ocho pesos M/Cte. ($1.497.177.158), junto con sus respectivos intereses, que corresponden a los valores dejados de pagar por 228 cuentas de recobros por servicios, medicamentos y tecnologías no incluidas en el Plan Obligatorio de Salud (en adelante, “POS”), hoy Plan de Beneficios en Salud (en adelante, “PBS”).

* 1. **DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS DEMANDADOS**

De conformidad con la relación fáctica expuesta por la parte demandante, y con el objeto de determinar si le asiste competencia a la Sala para conocer de la presente controversia jurídica, se debe definir ¿cuál es el origen de los actos administrativos que se demandan?, esto es, si ¿se están demandado actos administrativos que provienen de la actividad contractual?

Sobre el particular, como se abordó con anterioridad, las decisiones adoptadas por el entonces administrador del Fondo de Garantía y Solidaridad con respecto a los recursos del Sistema de Seguridad Social en Salud en el cumplimiento de sus funciones, específicamente, las relativas a las solicitudes de recobro por servicios, medicamentos o tratamientos no incluidos en el Plan Obligatorio de Salud – No POS, hoy PBS, en su condición de entidad pública, las realiza en ejercicio de la función administrativa, las cuales culminan con un acto administrativo particular y concreto, cuya legalidad se controvierte en la jurisdicción de lo contencioso administrativo, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 104 de la Ley 1437 de 2011, y tal como ha se ha pronunciado la H. Corte Constitucional al dirimir conflictos de competencia en relación con esta materia.

Sin perjuicio de lo anterior, ya al interior de esta jurisdicción, la Sala Plena de la Sección Tercera del Consejo de Estado, en fallo de veinte (20) de abril del año en curso, unificó su jurisprudencia en el sentido de señalar que la decisión definitiva del administrador 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, lo cual tiene como consecuencia, que el medio de control procedente para solicitar la responsabilidad de los daños derivados de las decisiones frente a las solicitudes de recobro por servicios de salud no incluidos en el POS es el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, por lo cual la reparación directa no puede interponerse sin límite, ni restar eficacia a las demás acciones contenciosas[[29]](#footnote-29).

Así las cosas, como lo que se pretende con la demanda de la referencia es obtener por vía judicial el reconocimiento y pago de unas sumas de dinero junto con sus respectivos intereses, que corresponden a los valores dejados de pagar por 228 cuentas de recobros por servicios, medicamentos y tecnologías no incluidas en el Plan Obligatorio de Salud (en adelante, “POS”) y que fueron suministrados por la demandante a los afiliados, pero aunque fueron glosados no se pagaron, lo que se encuentra en discusión es el restablecimiento del derecho por los actos administrativos que negaron el reconocimiento de tales recobros, luego, el medio de control procedente es la nulidad y el restablecimiento del derecho.

* 1. **DEL JUEZ COMPETENTE PARA CONOCER DE PROCESOS RELACIONADOS**

En primer lugar, se parte del hecho que, los procesos relacionados con los recobros de servicios y tecnologías en salud no incluidos en el POS, hoy PBS, corresponde conocerlos al juez contencioso administrativo, tal como ha sido definida la competencia por la Corte Constitucional en pronunciamientos recientes, no obstante, con respecto a este punto surge el interrogante de si al estarse cuestionando en esencia un acto administrativo expedido por la ADRES que negó el reconocimiento del pago solicitado por la EPS, cuál sería el medio de control que debería ejercerse.

Según la jurisprudencia del Consejo de Estado, la escogencia de los medios de control en ejercicio de los cuales se deben tramitar los asuntos de conocimiento de esta jurisdicción no depende de la discrecionalidad del demandante, sino del origen del perjuicio alegado y del fin pretendido[[30]](#footnote-30).

En esa línea, el medio de control de reparación directa y de nulidad y restablecimiento del derecho, si bien comparten una naturaleza indemnizatoria, difieren con respecto a la fuente que genera el daño, lo cual supone una distinta formulación de las pretensiones y un término diverso de caducidad, de tal suerte que: *“Si el daño tiene origen en un acto administrativo, por regla general, la acción procedente es la de nulidad y restablecimiento del derecho, mientras que, si la fuente del daño es un hecho, omisión u operación administrativa […] se debe perseguir a través de la acción de reparación directa*”[[31]](#footnote-31).

Así las cosas, determinada la competencia radicada en la jurisdicción contencioso administrativa, se sigue que, como lo ha determinado la Sala Plena de esta Sección al unificar su jurisprudencia, en el sentido de señalar que la decisión definitiva de la ADRES –en ese entonces en cabeza de FIDUFOSYGA– 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 el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho[[32]](#footnote-32).

De manera que, la fuente del daño que alega la parte demandante proviene de unos actos administrativos no derivados de la actividad contractual del Ministerio de Salud y Protección Social ni de la administradora de los recursos del sistema general de seguridad social en salud –FIDUFOSYGA–, de modo que, el medio de control procedente en el sub judice no es el de reparación directa, sino el de nulidad y restablecimiento del derecho, pues como ha señalado la jurisprudencia en la materia, la acción de reparación directa no puede interponerse sin límite ni restar –por su uso indiscriminado– eficacia a las demás acciones contenciosas[[33]](#footnote-33).

Bajo esta óptica, si se tiene en cuenta que, según lo dispuesto en el artículo 18 del Decreto Ley 2288 de 1989, norma que contiene las atribuciones de las secciones que conforman el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, y que señala que corresponde a la Sección Tercera, a parte de la reparación directa, las controversias relativas a contratos y actos separables de los mismos, mientras que aquellos que corresponden a asuntos relativos al medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho que no correspondan a las demás secciones corresponderá a la Sección Primera, como el asunto de la referencia.

Con fundamento en lo anterior, en especial a lo sostenido por la Corte Constitucional, en lo relativo a los procesos en los que se discute el recobro de servicios no incluidas en el POS o PBS, se refieren en estricto sentido al cuestionamiento de una EPS a un acto administrativo proferido por una administradora de los recursos del Sistema de Seguridad Social en Salud, es decir, se circunscribe a un asunto de nulidad y restablecimiento del derecho.

Por consiguiente, en el caso concreto, los actos administrativos demandados, no tienen como causa u origen una controversia precontractual, contractual o post contractual ni tienen relación con asuntos de naturaleza laboral o tributaria, considera esta Sala, que de acuerdo con el factor residual de competencia, según el cual, corresponde a la Sección Primera conocer de los procesos de nulidad y restablecimiento del derecho, que no correspondan a la demás secciones, la competencia para conocer de este asunto no corresponde a la Sección Tercera de este Tribunal sino a la Sección Primera.

Es de resaltar que si bien en principio el despacho sustanciador había admitido la demanda, dicha decisión fue declarada nula por esta misma Subsección en providencia de seis (6) de octubre de dos mil catorce (2014), confirmada por el H. Consejo de Estado, Subsección A de la Sección Tercera mediante providencia de siete (7) de diciembre de dos mil dieciséis (2016), con ponencia de la consejera Marta Nubia Velásquez Rico, desde el auto de veintisiete (27) de enero de dos mil diez (2010) que admitió la demanda, y por ende, no hay lugar a prórroga de la competencia.

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA, SECCIÓN TERCERA – SUBSECCIÓN B**, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

**RESUELVE**

**PRIMERO: DECLARAR LA FALTA DE COMPETENCIA**, por el factor objetivo, en relación con la naturaleza del asunto, de la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

**SEGUNDO: REMÍTIR** el expediente a la Sección Primera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Reparto -, de conformidad con las consideraciones de la parte motiva de esta providencia.

# NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE[[34]](#footnote-34)

(Aprobado en sesión de la fecha, según acta correspondiente)

(firmado electrónicamente)

|  |  |
| --- | --- |
| CLARA CECILIA SUÁREZ VARGASMagistrada | |
| (firmado electrónicamente)  **HENRY ALDEMAR BARRETO MOGOLLÓN**  **Magistrado** | (firmado electrónicamente)  **FRANKLIN PÉREZ CAMARGO**  **Magistrado** |

DS

1. El texto de este artículo, al no haber sido derogado expresamente, continuará vigente hasta que sea derogado o modificado por norma posterior, según lo dispuesto por el artículo 336 de la Ley 1955 de 2019, 'por el cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2018-2022. “Pacto por Colombia, Pacto por la Equidad”', publicada en el Diario Oficial No. 50.964 de 25 de mayo 2019. [↑](#footnote-ref-1)
2. Ley 1753 de 2015, artículo 66. *“****DEL MANEJO UNIFICADO DE LOS RECURSOS DESTINADOS A LA FINANCIACIÓN DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD (SGSSS)”*.** [↑](#footnote-ref-2)
3. Ley 1753 de 2015, artículo 67. ***“RECURSOS QUE ADMINISTRARÁ LA ENTIDAD ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD”*.** [↑](#footnote-ref-3)
4. PARÁGRAFO 1o. *“El Gobierno Nacional establecerá las condiciones generales de operación y estructura interna de la Entidad y adoptará la planta de personal necesaria para el cumplimiento de su objeto y funciones”.* [↑](#footnote-ref-4)
5. Por el cual se modifica la estructura de la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud – ADRES – y se dictan otras disposiciones. [↑](#footnote-ref-5)
6. Corte Constitucional, Auto de veintidós (22) de julio de dos mil veintiuno (2021), M. P.: Antonio José Lizarazo Ocampo. [↑](#footnote-ref-6)
7. Departamento Administrativo de la Función Pública, Concepto 054881 de diecisiete (17) de febrero de dos mil veintiuno (2021). [↑](#footnote-ref-7)
8. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, catorce (14) de mayo de dos mil veinte (2020), Rad. No.: 250002342000201706031 01 (5554-18), C. P.: Rafael Francisco Suárez Vargas. [↑](#footnote-ref-8)
9. Corte Constitucional, Auto 389 de veintidós (22) de julio de dos mil veintiuno (2021), M. P.: Antonio José Lizarazo Ocampo [↑](#footnote-ref-9)
10. Por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018 “Todos por un nuevo país”. [↑](#footnote-ref-10)
11. Corte Constitucional, Sentencia C-162 de 2021, en la que se hace alusión explícita al artículo 66 de la Ley 1753 de 2015. [↑](#footnote-ref-11)
12. Es oportuno señalar que en medio del conversatorio sobre la ADRES llevado a cabo en la Comisión Séptima del Senado de la República el 11 de septiembre de 2018, el cual tuvo lugar con el objeto de que los legisladores conocieran el contexto de las propuestas para lograr el saneamiento definitivo de los recobros por concepto de servicios y tecnologías de salud no financiados con cargo a la UPC del régimen contributivo, el director de la ADRES expuso que dicha entidad fue creada, entre otras cosas, con el objeto de subsanar las problemáticas generadas en razón a los procesos de recobros. En rigor, lo que se buscaba era que una entidad de naturaleza pública adelantara las verificaciones respectivas a efectos de lograr mayor eficiencia en la gestión de los recursos. Gaceta del Congreso No. 746, p. 4. [↑](#footnote-ref-12)
13. Por el cual se modifica la estructura de la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud –ADRES– y se dictan otras disposiciones. [↑](#footnote-ref-13)
14. Por medio de la cual se reforma el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones. [↑](#footnote-ref-14)
15. En consonancia con el artículo 6.17 del Decreto 1765 de 2019. [↑](#footnote-ref-15)
16. Incluso, es importante resaltar que el artículo66 de Ley 1753 de 2015 prohíbe a la entidad asumir las funciones asignadas a las Entidades Promotoras de Salud. [↑](#footnote-ref-16)
17. El artículo 3.13 de la Resolución 1885 de 2018 del Ministerio de Salud y Protección Social, indica que el recobro es una “solicitud presentada por una entidad recobrante ante la ADRES con el fin de obtener el pago de cuentas por concepto de tecnologías en salud no financiadas con recursos de la UPC o servicios complementarios, según corresponda, cuyo suministro fue garantizado a sus afiliados y prescrito por el profesional de la salud u ordenados por fallos de tutela”. [↑](#footnote-ref-17)
18. Artículo 156, literal e, de la Ley 100 de 1993. [↑](#footnote-ref-18)
19. Por medio de la cual se adoptan medidas para mejorar la liquidez y el uso de algunos recursos del Sector Salud. [↑](#footnote-ref-19)
20. Por el cual se reglamenta el inciso 4° del artículo 11 de la Ley 1608 de 2013. [↑](#footnote-ref-20)
21. Por el cual se modifica el Decreto 780 de 2016, Único Reglamentario del Sector Salud y Protección Social adicionando el artículo 1.2.1.10, y el Título 4 a la Parte 6 del Libro 2 en relación con las condiciones generales de operación de la ADRES - Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones. [↑](#footnote-ref-21)
22. 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. [↑](#footnote-ref-22)
23. 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>. [↑](#footnote-ref-23)
24. La ADRES estableció el Manual Operativo de Auditoria 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>. [↑](#footnote-ref-24)
25. Rodríguez Rodríguez, L. (2005). *Derecho Administrativo General y Colombiano.* Editorial Temis S.A. [↑](#footnote-ref-25)
26. 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. [↑](#footnote-ref-26)
27. Consejo de Estado, Sección Tercera, radicado 25000-23-26-000-2010-00281-01(45650). C.P. Alberto Montaña Plata. [↑](#footnote-ref-27)
28. Folios 32-269, archivo electrónico: “D 29 FAMISANAR EPS EXTEMPORANEIDAD Y OTRAS CAUSALES LAB”, del expediente digital disponible en la plataforma SAMAI. [↑](#footnote-ref-28)
29. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sala Plena, providencia de veinte (20) de abril de dos mil veintitrés (2023), Rad. No: 250002326000201200291 01 (55085), C. P.: Guillermo Sánchez Luque. [↑](#footnote-ref-29)
30. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de dos (2) de julio de dos mil veintiuno (2021), Rad. No. 200012331000201200109 01 (47986), C. P.: Jaime Enrique Rodríguez Navas. [↑](#footnote-ref-30)
31. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de diez (10) de marzo de dos mil veintiuno (2021), Rad. No. 250002326000201000050 01(46732); C. P.: Guillermo Sánchez Luque. [↑](#footnote-ref-31)
32. Ibídem. [↑](#footnote-ref-32)
33. 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. [↑](#footnote-ref-33)
34. CONSTANCIA: La presente providencia fue firmada electrónicamente por los magistrados que conforman la presente sala en la plataforma SAMAI. En consecuencia, se garantiza la autenticidad, integridad, conservación, y posterior consulta, de conformidad con el artículo 186 del CPACA. [↑](#footnote-ref-34)