

**CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN TERCERA
SUBSECCIÓN C**

Consejero ponente: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA

Bogotá, D.C., tres (3) de junio de mil quince (2015)

Radicación: 25000-23-26-000-2010-00947-03 (53351)

Actor: ALIANSALUD EPS S.A.

Demandado: MINISTERIO DE LA PROTECCIÓN SOCIAL – CONSORCIO FIDUFOSYGA 2005

Acción: REPARACIÓN DIRECTA

Procede el Despacho a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra el auto de 6 de octubre de 2014, proferido por la Subsección B de la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, mediante el cual se declaró la nulidad de lo actuado desde los autos del 24 de febrero de 2011, 3 de marzo de 2011 y 16 de marzo de 2011, que inadmitieron las demandas de los procesos No. 2010-950, así como de los acumulados 2010-947 y 2010-945, por falta de jurisdicción.

ANTECEDENTES

1.- En demanda de 16 de diciembre de 2010 la sociedad comercial ALIANSALUD EPS S.A, en ejercicio de la acción de reparación directa solicitó que se declarara solidariamente responsable a la NACIÓN – MINISTERIO DE LA PROTECCIÓN SOCIAL y/o al CONSORCIO FIDUFOSYGA 2005 integrado por las fiduciarias FIDUCIARIA BANCOLOMBIA S.A. SOCIEDAD FIDUCIARIA “FIDUCIARIA BANCOLOMBIA”, FIDUCIARIA DE LA PREVISORA S.A., FIDUCIARIA CAFETERA S.A. “FIDUCAFE S.A.”, FIDUCIARIA DE OCCIDENTE S.A. “FIDUOCCIDENTE S.A.”, SOCIEDAD FIDUCIARIA DE DESARROLLOAGROPECUARIO S.A. y/o FIDUAGRARIA S.A; FIDUCIARIA BOGOTA S.A; FIDUCIARIA DEL COMERCIO S.A; FIDUCIARIA POPULAR S.A. “FIDUCIAR S.A.”, FIDUCIARIA COLOMBIANA DE COMERCIO EXTERIOR S.A. FIDUCOLDEZ encargado contractualmente de la administración de los recursos del FOSYGA (Fondo de Solidaridad y Garantía), por



los daños antijurídicos causados a la demandante, como consecuencia del “no pago de las actividades, intervenciones, procedimientos, suministros, medicamentos no incluidos en el POS-POSS y demás gastos no incluidos dentro de las coberturas del Plan Obligatorio de Salud del Régimen Contributivo (POS) y del Régimen Subsidiado (POSS), suministrados por la EPS, dando cumplimiento a los fallos proferidos por Jueces de la República que han resuelto Acciones de Tutela y las ordenes (sic) del Comité Técnico Científico de la EPS, según sea el caso (...)”. Y en consecuencia se condene a la parte demandada al pago de los perjuicios materiales, daño emergente y lucro cesante a favor de ALIANSALUD EPS S.A. por un valor total de tres mil setenta y ocho millones cuatrocientos veinticinco mil quinientos noventa y cinco pesos MCTE (\$3.078'425.595,00). (Fls. 1 a 60, C. 1).

2.- Admitida la demanda por auto de 13 de abril de 2011 y surtida su notificación, el proceso se abrió a pruebas mediante auto de 25 de enero de 2012 (Fls. 200 a 204, C. 1).

3.- El apoderado de la parte demandada Consorcio FIDUFOSYGA 2005, mediante escrito de 15 de junio solicitó la acumulación del proceso de la referencia a los expedientes 2010-947 y 2010-945 (Fls. 261 y 262, C.1). Acumulación que fue decretada por la Sección Tercera, Subsección B del Tribunal Administrativo de Cundinamarca mediante auto de 17 de abril de 2013 (Fls. 298 a 301, C. 1).

4.- Mediante auto de 23 de julio de 2014, la Sección Tercera, Subsección B del Tribunal Administrativo de Cundinamarca aceptó el desistimiento parcial de las pretensiones presentado por la parte actora (Fls. 515 a 517, C. 1).

5.- Encontrándose el proceso en etapa probatoria por auto de 6 de octubre de 2014, la Subsección B de la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca declaró de oficio la falta de jurisdicción de dicha Corporación para conocer del presente asunto y como consecuencia la nulidad de lo actuado. Al considerar que es la jurisdicción laboral es la competente para conocer de las demandas generadas por el no pago en vía administrativa de los recobros generados por prestación de servicios no incluidos en el Plan Obligatorio de Salud – POS, en atención a que la materia en el caso *sub judice* es una controversia



relativa al Sistema de Seguridad Social Integral, que al tenor del Código de Procedimiento Laboral le compete a dicha jurisdicción.

6.- Los apoderados de la parte demandada Consorcio Fidufosyga 2005¹ y Ministerio de Salud y Protección Social², así como la apoderada de la parte demandante Aliansalud EPS S.A.³ interpusieron recursos de apelación que fueron admitidos por esta Corporación por auto de 24 de marzo de 2015, como quiera que los mismos fueron presentados y sustentados oportunamente.

CONSIDERACIONES

1.- Los recursos de apelación interpuestos se concretan en revocar el auto del 6 de octubre de 2014 proferido por la Subsección B de la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en el cual se decretó la nulidad de lo actuado en el proceso desde las providencias de 24 de febrero de 2011, 3 de marzo de 2011 y 16 de marzo de 2011, por medio de las cuales se inadmitieron las demandas de la referencia aquí acumuladas.

2.- Como cuestión preliminar es menester precisar que la determinación de la jurisdicción es un elemento esencial del derecho fundamental al debido proceso que implica, tal y como lo ha reconocido la jurisprudencia Constitucional, la garantía de ser juzgado por el funcionario judicial a quien el ordenamiento jurídico previamente le ha atribuido dicha competencia⁴. La norma superior del artículo 29 CP, viene desarrollada por el ordenamiento procesal que con la Ley 1564 de 2012 propone mecanismos para materializar el principio de la tutela judicial efectiva que comprende la prerrogativa de toda persona de acceder a la administración de justicia para obtener una respuesta pronta y de fondo a la reclamación de sus derechos.

De acuerdo a lo dispuesto en los artículos 133 y 136 del Código General del Proceso, la falta de jurisdicción vicia de nulidad el proceso judicial cuando el juez

¹ Fls. 571 a 575 del C. Ppal.

² Fls. 576 a 589 del C. Ppal.

³ Fls. 597 a 606 del C. Ppal.

⁴ Corte Constitucional, Sentencia T-685 de 26 de septiembre de 2013, M. P Luis Guillermo Guerrero.



actúe en el proceso después de declararla⁵, sin embargo, la nueva norma procesal establece un efecto especial diferente al estipulado en el Código de Procedimiento Civil anterior que, al tenor del artículo 138 *ibídem*, preceptúa que cuando el juez declare la falta de jurisdicción o de competencia por el factor funcional o subjetivo, lo actuado conservará su validez y el proceso deberá remitirse de inmediato al juez competente. Por lo tanto, dicha declaración, se insiste, no implicará la nulidad de lo actuado, a menos que ya se haya dictado sentencia, en cuyo caso el juez estará obligado a invalidarla.

No comparte por lo tanto este Despacho la posición del Tribunal de primera instancia, que ante la declaratoria de falta de jurisdicción declaró la nulidad de todo lo actuado hasta el momento y remitió el expediente a la jurisdicción ordinaria laboral, por considerar que era ésta la jurisdicción competente en el presente caso, al tratarse de una controversia relativa al Sistema de Seguridad Social Integral entre entidades administradoras o prestadoras del servicio de salud de acuerdo con lo establecido por el Código de Procedimiento Civil.

3.- Ahora bien, el problema jurídico radica en determinar si la jurisdicción competente en el caso concreto, es la ordinaria laboral como lo declaró la Subsección B de la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca o por el contrario si es la jurisdicción contencioso administrativa, tal y como lo afirman los apelantes en sendos recursos.

4.- En cuanto a la cuestión de fondo del asunto, este Despacho considera necesario realizar las siguientes consideraciones: i) La competencia; ii) La norma procesal aplicable; iii) El precedente jurisprudencial para resolver conflictos de competencia suscitados entre las diferentes jurisdicciones constitucionalmente reconocidas en materia de recobros judiciales al Estado dentro del sistema general de seguridad social en salud por prestaciones no incluidas en el Plan Obligatorio de Salud (POS); iv) El caso concreto.

i) La Competencia

⁵ "Artículo 133 del Código General del Proceso. El proceso es nulo, en todo o en parte, solamente en los siguientes casos: (...) 1. Cuando el juez actúe en el proceso después de declarar la falta de jurisdicción o de competencia".



Esta Corporación es competente para conocer del presente recurso al ser éste un proceso que tiene vocación de doble instancia, como quiera que el valor de la suma de todas las pretensiones asciende a \$3.078.425.595, equivalente a 5977,52 salarios mínimos legales mensuales vigentes de 2010, año de presentación de la demanda, a razón de \$515.000 el salario mínimo, conforme al artículo 129 y al numeral 6 del artículo 132 de Código Contencioso Administrativo y el artículo 26 del Código General del Proceso. Además el auto que decreta nulidades procesales es susceptible del recurso de apelación por encontrarse enlistado en el artículo 181 del Código Contencioso Administrativo⁶.

ii) La norma procesal aplicable

Como en el auto recurrido el Magistrado Ponente indica que las normas aplicables al caso concreto son las del Código de Procedimiento Civil puesto que la normatividad referida era *“la que se encontraba vigente a la fecha de la presentación de la demanda”* es conveniente aclarar que las normas procesales por ser de orden público rigen con efecto general e inmediato en aplicación de lo consagrado en el artículo 40 de la Ley 153 de 1887. Al respecto esta Corporación ha unificado su jurisprudencia en relación con la vigencia de la Ley 1564 de 2012 –Código General del Proceso– para señalar que su aplicación plena en la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, *“es a partir del 1º de enero de 2014, salvo las situaciones que se gobiernen por la norma de transición que se explicará en el acápite a continuación, las cuales se resolverán con la norma vigente al momento en que inició el respectivo trámite”*⁷.

A partir de dicha fecha, en los eventos de remisión al Código de Procedimiento Civil, se entenderá que las normas aplicables serán las dispuestas en la nueva legislación procesal. En cuanto al régimen de transición contenido en el Código

⁶ Artículo 181. Código Contencioso Administrativo. Son apelables las sentencias de primera instancia de los Tribunales, de los Jueces y los siguientes autos proferidos en la misma instancia por dichos organismos, en pleno o en una de sus secciones o subsecciones según el caso, o por los jueces administrativos:
(...)

⁶ El que decreta nulidades procesales.

⁷ Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Auto de 25 de junio de 2014. Consejero ponente: Enrique Gil Botero. Radicación: 25000-23-36-000-2012-00395-01 (49299).



General del Proceso el artículo 624 de la ley 1465 de 2012 remite a la normativa anterior de la siguiente manera:

“Modifíquese el artículo 40 de la Ley 153 de 1887, el cual quedará así:

“Artículo 40. Las leyes concernientes a la sustanciación y ritualidad de los juicios prevalecen sobre las anteriores desde el momento en que deben empezar a regir.

“Sin embargo, los recursos interpuestos, la práctica de pruebas decretadas, las audiencias convocadas, las diligencias iniciadas, los términos que hubieren comenzado a correr, los incidentes en curso y las notificaciones que se estén surtiendo, se regirán por las leyes vigentes cuando se interpusieron los recursos, se decretaron las pruebas, se iniciaron las audiencias o diligencias, empezaron a correr los términos, se promovieron los incidentes o comenzaron a surtirse las notificaciones.

“La competencia para tramitar el proceso se regirá por la legislación vigente en el momento de formulación de la demanda con que se promueva, salvo que la ley elimine dicha autoridad” (Negrillas fuera del texto original).

Para concluir, tal y como lo reconoce la jurisprudencia de unificación de esta Corporación que:

“De la norma transcrita se pueden extraer dos conclusiones generales: a) que las normas procesales prevalecen sobre las anteriores desde su entrada en vigencia, y b) que no obstante la regla general anterior, existen unas excepciones que permiten aplicar la norma derogada –pero vigente al momento de la actuación, petición o solicitud– de manera ultraactiva para resolver: (i) los recursos interpuestos, (ii) la práctica de pruebas decretadas, (iii) las audiencias convocadas, (iv) las diligencias iniciadas, (v) los términos que hubieren comenzado a correr, (vi) los incidentes en curso, y (vii) las notificaciones que se estén surtiendo⁸.

Así las cosas, las nuevas disposiciones instrumentales se aplican a los procesos iniciados con posterioridad a la expedición de la Ley como a los procesos que se encontraban en trámite tan pronto cobraron vigencia las nuevas normas procesales, sin perjuicio de que los términos que hubieran empezado a correr y las actuaciones y diligencias ya iniciadas con antelación a la expedición de la nueva norma procesal culminen de conformidad con la ley procesal antigua.

Por lo tanto, este Despacho resalta que para el caso sub judice la norma procesal aplicable es el Código General del Proceso, que entró a regir plenamente a partir del 1 de enero de 2014.

⁸ Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Auto de 25 de junio de 2014. Consejero ponente: Enrique Gil Botero. Radicación: 25000-23-36-000-2012-00395-01 (49299).



iii) El precedente jurisprudencial para resolver conflictos de competencia suscitados entre las diferentes jurisdicciones constitucionalmente reconocidas en materia de recobros judiciales al Estado dentro del sistema general de seguridad social en salud por prestaciones no incluidas en el Plan Obligatorio de Salud (POS).

De acuerdo con el artículo 82 del Código Contencioso Administrativo, modificado por el artículo 1 de la Ley 1107 de 2006, la jurisdicción de lo contencioso administrativo está instituida para juzgar las controversias y litigios administrativos originados en la actividad de las entidades públicas y de las personas privadas que desempeñen funciones propias de los distintos órganos del Estado.

En la actualidad, el criterio preponderante para definir si una controversia pertenece al ámbito de decisión de esta jurisdicción, es el orgánico, motivo por el cual lo primero que deberá constatar el operador judicial es si la demanda se dirige contra una entidad pública (v.gr. aquellas señaladas en el artículo 38 de la ley 489 de 1998) o una sociedad de economía mixta con capital público superior al 50%; de lo contrario, si la entidad, sociedad, persona o sujeto que integra el litigio (por activa o por pasiva), no se enmarca dentro de los anteriores supuestos, deberá constatarse si el mismo cumple o no con funciones propias a cargo de los órganos del Estado y, precisamente, si el litigio se deriva del ejercicio de tales funciones⁹.

Sin embargo, el Consejo Superior de la Judicatura, en sentencia de 11 de junio de 2014¹⁰ al resolver un conflicto negativo de jurisdicción sobre supuestos facticos iguales a los aquí planteados, a la luz del derecho procesal vigente, fijó como jurisdicción competente para conocer de los procesos judiciales de recobros por prestaciones no POS la ordinaria, en su especialidad laboral y de seguridad social.

Ha precisado el Consejo Superior de la Judicatura que:

⁹ Consejo de Estado. Sección Tercera, Sentencia de 14 de marzo de 2012. Magistrado Ponente: Enrique Gil Botero. Radicado No. 05001-23-25-000-1993-01041-01 (21962)

¹⁰ Consejo Superior de la Judicatura, Sala Jurisdiccional Disciplinaria, Sentencia de 11 de junio de 2014. Magistrado Ponente: Néstor Iván Osuna Patiño. Radicado No. 110010102000201302787-00



“En efecto, resulta evidente que, de la demanda presentada por la E.P.S. Suramericana S.A., no surge un proceso judicial relativo a la seguridad social de los empleados públicos cuyo régimen sea administrado por una persona de derecho público. Por lo cual, siendo este tipo de litigio el único que en materia de seguridad social quedó taxativamente reservado a la jurisdicción de lo contencioso administrativo, debe entenderse que, en aplicación de la cláusula general y residual de competencia de la jurisdicción ordinaria, en los términos del artículo 12 de la ley Estatutaria 270 de 1996, la jurisdicción competente para el recobro al Estado de prestaciones NO POS es la ordinaria.

Más concretamente, dado que es una controversia propia del sistema de seguridad social en salud, entre actores de dicho sistema, sobre recursos del sistema y derivada de la prestación de servicios de salud a usuarios del sistema, le corresponderá a la jurisdicción ordinaria en su especialidad laboral y de seguridad social.

*Las anteriores razones de hecho y de derecho son suficientes para dirimir el conflicto que en concreto se resuelve por la Sala. Sin embargo, con el fin de dar mayor claridad a todos los operadores jurídicos sobre la correcta interpretación y aplicación de las normas sobre jurisdicción y competencia en cuanto al proceso judicial de recobros dentro del sistema general de seguridad social en salud, la Sala aclara que, a diferencia de lo expuesto para el caso concreto por la Sala Laboral del Tribunal Superior de Medellín, **la nueva redacción del artículo 2.4 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, con ocasión de la entrada en vigencia del artículo 622 del Código General del Proceso, así parezca literalmente más restrictiva, comparada con su versión anterior, nunca puede interpretarse como la decisión del legislador de inaplicar, restringir, ni mucho menos derogar la cláusula general y residual de competencia de la jurisdicción ordinaria en su especialidad laboral y de seguridad social, cuya fuente es prevalente por ser ley estatutaria¹¹”.***

El precedente judicial, según lo establecido por esta Corporación, es el conjunto de sentencias que han decidido de la misma forma un conflicto jurídico y que sirven como referente para que se decidan otros conflictos semejantes. Es decir, que el precedente judicial no lo conforma un solo caso, sino una serie de pronunciamientos que terminan convirtiéndose en reglas de derecho específicas que deben aplicarse en los casos similares¹².

De igual forma, que las situaciones fácticas iguales deben decidirse conforme con la misma solución jurídica que ha previsto el órgano de cierre de cada jurisdicción,

¹¹ La jurisprudencia de la Corte Constitucional (cf. Sentencia C-750 de 2008, entre otras) ha reconocido que las leyes estatutarias y orgánicas, si bien no son de rango o nivel constitucional, sirven como parámetro para juzgar la constitucionalidad de la ley ordinaria y, en esa medida, integran el denominado bloque de constitucionalidad lato sensu o en sentido amplio.

¹² Consejo de Estado, Sentencia e 25 de abril de 2012, Sección Cuarta. Magistrado Ponente: Hugo Fernando Bastidas Bárcenas. Radicación: 110010315000201200379 00 (AC).



a menos que el juez competente exprese razones serias y suficientes para apartarse del precedente¹³.

En consecuencia, considera este despacho que siendo el Consejo Superior de la Judicatura, el órgano de cierre en materia de conflictos de competencia y puesto que no existen razones para apartarnos del mismo, el precedente es vinculante para determinar que la jurisdicción ordinaria laboral es la competente para resolver la controversia suscitada.

iii) El caso concreto:

En el presente asunto, se pretende que se declare solidariamente responsables a la Nación-Ministerio de Salud y Protección Social y a las sociedades integrantes del Consorcio Fidufosyga 2005, por los perjuicios causados a Aliansalud EPS por el no pago de los recobros generados por la prestación de servicios médicos no incluidos en el Plan Obligatorio de Salud ordenados por Comités Técnicos Científicos y en cumplimiento de fallos de Tutela.

A juicio del Tribunal dicha controversia por estar relacionada con el Sistema de Seguridad Social Integral, de acuerdo con el Código de Procedimiento Laboral y una providencia del Consejo Superior de la Judicatura¹⁴ es competencia de la jurisdicción ordinaria, toda vez que se enmarca en lo normado por el numeral 4 del artículo 2 de la Ley 712 de 2001. Razón por la que declara la nulidad de todo lo actuado en el proceso desde los autos de 24 de febrero de 2011, 3 de marzo de 2011 y 16 de marzo de 2011, proferidos por la Sección Tercera, Subsección B del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, *por medio de los cuales se inadmitieron las demandas de la referencia aquí acumuladas, por haberse configurado la causal de nulidad de falta de jurisdicción prevista en el numeral 1 del artículo 140 del Código de Procedimiento Civil.*

Sin embargo, pese a compartir la decisión del A quo de declarar la falta de jurisdicción puesto que de acuerdo con el precedente judicial, la jurisdicción competente es la ordinaria laboral, es claro que la aplicación inmediata de las

¹³ *Ibidem*.

¹⁴ Consejo Superior de la Judicatura, Auto de 30 de octubre de 2013. Expediente No. 110010102000201302472-00 (8624-17). Magistrada Ponente: Julia Emma Garzón de Gómez



normas de carácter procesal, no permite que tal declaratoria vicie de nulidad todo lo actuado hasta el momento. Por el contrario, de acuerdo con el artículo 133 del Código General del Proceso, la falta de jurisdicción o competencia no está estipulada como una causal taxativa de nulidad sino que lo que es objeto de nulidad son las actuaciones que se practiquen luego de declararse ese fenómeno procesal.

El Tribunal de instancia entonces se equivocó al no dar aplicación al artículo 138 de la Ley 1564 de 2012¹⁵ que dispone que al declarar la falta de jurisdicción, lo actuado mantiene su validez y que el proceso debe enviarse de inmediato al juez competente.

Así las cosas, el Despacho revocará el numeral segundo del auto de 6 de octubre de 2014 por medio del cual el Tribunal *a-quo* declaró la nulidad de todo lo actuado por haberse configurado la falta de jurisdicción prevista en el numeral 1 del artículo 140 del C.P.C.

En mérito de lo expuesto,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR PARCIALMENTE el auto de 6 de octubre de 2014 proferido por la Subsección B de la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, por medio del cual se decretó la nulidad de lo actuado por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia. En consecuencia se **CONFIRMAN** el numeral **PRIMERO, TERCERO, CUARTO y QUINTO** y se **REVOCA** el numeral **SEGUNDO**.

¹⁵ Artículo 138. EFECTOS DE LA DECLARATORIA DE FALTA DE JURISDICCIÓN O COMPETENCIA Y DE LA NULIDAD DECLARADA. Cuando se declare la falta de jurisdicción, o la falta de competencia por el factor funcional o subjetivo, lo actuado conservará su validez y el proceso se enviará de inmediato al juez competente; pero si se hubiere dictado sentencia, ésta se invalidará.

La nulidad sólo comprenderá la actuación posterior la motivo que la produjo y que resulte afectada por éste. Sin embargo, la prueba practicada dentro de dicha actuación conservará su validez y tendrá eficacia respecto de quienes tuvieron oportunidad de controvertirla, y se mantendrán las medidas cautelares practicadas.

El auto que declare una nulidad indicará la actuación que debe renovarse.



Expediente 25000-23-26-000-2010-00947-03 (53351)

SEGUNDO: DEVOLVER el expediente al Tribunal de origen para lo de su cargo.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA

Jadg/8C