

## **CONTRATO DE CONCESIÓN – Definición – Ley 80 de 1993**

*«Son contratos de concesión los que celebran las entidades estatales con el objeto de otorgar a una persona llamada concesionario la prestación, operación explotación, organización o gestión, total o parcial, de un servicio público, o la construcción, explotación o conservación total o parcial, de una obra o bien destinados al servicio o uso público, así como todas aquellas actividades necesarias para la adecuada prestación o funcionamiento de la obra o servicio por cuenta y riesgo del concesionario y bajo la vigilancia y control de la entidad concedente, a cambio de una remuneración que puede consistir en derechos, tarifas, tasas, valorización, o en la participación que se le otorgue en la explotación del bien, o en una suma periódica, única o porcentual y, en general, en cualquier otra modalidad de contraprestación que las partes acuerden.»*

## **CONTRATO DE CONCESIÓN – Conflictos – Reglamentación – Contractuales – Cedente vs cesionario – Cesionario vs usuarios**

*«En cuanto a las relaciones jurídicas que surgen de un contrato de concesión de servicio público, se tiene, en primer lugar las que se establecen entre el concesionario y el concedente, a quienes una vez celebrado el contrato, que es un contrato con el Estado, los une un vínculo contractual, por lo que los conflictos que eventualmente surjan deberán resolverse en la jurisdicción contencioso administrativa; en segundo lugar se encuentran las relaciones que se establecen entre el concesionario y el usuario, su regulación depende de si se trata de un servicio público de uso obligatorio o facultativo, si es obligatorio la relación será reglamentaria, si es facultativo en principio la relación será contractual; en tercer lugar están las relaciones que se establecen entre el concesionario y el personal que colabora en la prestación del servicio, las cuales se regulan por el derecho privado, correspondiéndole a la justicia ordinaria dirimir los conflictos que de ellas surjan [...]»*

## **CONTRATO DE CONCESIÓN – Acto complejo**

*El contrato estatal a través del cual se otorga la concesión de un servicio público, es un acto complejo, cuyos términos pueden verse afectados en dos casos: por decisiones de la administración pública dirigidas a la mejora del servicio, o por disposiciones legales o reglamentarias posteriores, adoptadas por motivos de utilidad pública o de interés general, frente a los cuales deberá ceder el interés particular.»*

## **CONCESIÓN DE SERVICIO DE SALUD – acto complejo – autorización administrativa – No contrato – Situación concesional**

En este punto, a propósito del caso concreto que ocupa la atención de la Sala, se observa que las Entidades Promotoras de Salud fueron estructuradas como intermediarias en el aseguramiento del servicio público de Salud, el cual ha sido concebido constitucionalmente como un servicio público a cargo del Estado<sup>1</sup> y requieren un permiso de funcionamiento que las ubica, sin duda, en una situación concesional compleja, como delegatarias de actividades propias del Estado, desde la definición misma de la Ley 100 de 1993<sup>2</sup>, no obstante lo cual la autorización para el ejercicio de su actividad deriva de un acto administrativo y no de un contrato de concesión.

Por otra parte, sin perjuicio de la referida situación concesional, se tiene en cuenta que la responsabilidad por el reembolso de las cuentas de gastos supuestamente excluidas del Plan Obligatorio de Salud que se discute en este caso se encuentra en el ámbito de las relaciones regulatorias establecidas al amparo de la Ley 100 de 1993 y no se ha invocado por la entidad demandante un incumplimiento surgido de la violación de acuerdos entre las partes, sino un daño antijurídico que se habría ocasionado como consecuencia de la negativa al pago de los

<sup>1</sup> Artículo 48: *La Seguridad Social es un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, con sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que establezca la Ley.*”

<sup>2</sup> “ARTÍCULO 177. DEFINICIÓN. *Las Entidades Promotoras de Salud son las entidades responsables de la afiliación, y el registro de los afiliados y del recaudo de sus cotizaciones, por delegación del Fondo de Solidaridad y Garantía. Su función básica será organizar y garantizar, directa o indirectamente, la prestación del Plan de Salud Obligatorio a los afiliados y girar, dentro de los términos previstos en la presente Ley, la diferencia entre los ingresos por cotizaciones de sus afiliados y el valor de las correspondientes Unidades de Pago por Capitación al Fondo de Solidaridad y Garantía, de que trata el título III de la presente Ley.* “

denominados gastos adicionales del tratamiento en el exterior, por lo cual no resulta procedente el ejercicio de la acción de controversias contractuales.

Agrégame a lo anterior que de cara a la Ley 80 de 1993, los contratos estatales se encuentran regulados bajo la exigencia general del escrito como elemento de existencia del contrato en cuanto contenga el acuerdo sobre el objeto y la contraprestación, tal como lo establece el artículo 41 de la Ley 80 de 1993, vigente para la época en que SALUD COLMENA E.P.S., dice haberse formado el contrato de concesión cuya existencia solicitó declarar y ocurre que en el sub lite no se aportó prueba alguna que permita concluir que, con observancia de las solemnidades *ad substantiam actus* que consagra la ley para el efecto, realmente se hubiere perfeccionado contrato alguno de concesión entre la entidad estatal demandada, Nación – Ministerio de Salud, por una parte y por otra la Entidad Promotora de Salud ahora demandante.

## **CONSEJO DE ESTADO**

### **SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

#### **SECCION TERCERA**

#### **SUBSECCION A**

**Consejero ponente: MAURICIO FAJARDO GOMEZ**

Bogotá., D.C., doce (12) de junio de dos mil trece (2013)

**Radicación número: 25000-23-26-000-2001-02675-01(28525)**

**Actor: SALUD COLMENA EPS**

**Demandado: MINISTERIO DE SALUD**

**Referencia: ACUMULACION DE PROCESOS - ACCION DE REPARACION DIRECTA**

Conoce la Sala de los recursos de apelación interpuestos por la parte demandante en los procesos acumulados mediante auto de 6 de mayo de 2013, de acuerdo con la siguiente relación:

#### **EXPEDIENTE No. 28.525**

La sentencia proferida el 23 de junio de 2004 por la Sección Tercera Sala de Descongestión del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en su parte resolutive dispuso:

*“PRIMERO: Declarar probada la excepción de Ineptitud Sustantiva de la Demanda, de conformidad con las consideraciones expuestas en la parte motiva de la presente providencia.*

*SEGUNDO: Como consecuencia de lo anterior, inhibirse de pronunciamiento de fondo sobre las pretensiones de la demanda y demás excepciones propuestas por la entidad demandante.”*

#### **EXPEDIENTE No. 27.004**

La sentencia proferida el 11 de febrero de 2004 por la Sección Tercera – Subsección B- del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en su parte resolutive dispuso:

**“DECLÁRASE la excepción de *inepta demanda por acción indebida.*”**

#### **1. Las demandas.**

La demanda que dio lugar al expediente 28.525 se presentó el día 16 de noviembre de 2001<sup>3</sup> ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, mediante la cual SALUD COLMENA E.P.S., por intermedio de apoderado judicial, en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 86 del Código Contencioso Administrativo –C.C.A.– se dirigió contra La Nación – Ministerio de Salud, con el propósito de que se realizaran las siguientes declaraciones y condenas:

#### **“DECLARACIONES Y CONDENAS”**

**“PRIMERA:** *Que la Nación – Ministerio de Salud es responsable y por ende deberá cancelar a la sociedad **SALUD COLMENA E.P.S.** los gastos incurridos por esta para el tratamiento en el exterior, de la señora CLARA JULIANA CALDERÓN CASTRO, tratamiento que consistía en el trasplante de médula ósea con donante no relacionado, por este no estar cubierto por el Plan Obligatorio de Salud.*

**SEGUNDA:PRINCIPAL:** *Que de acuerdo con la anterior declaración, el Ministerio de Salud, deberá cancelar el valor en dólares que **SALUD COLMENA E.P.S.** efectivamente canceló en el exterior por el tratamiento de la Señora CLARA JULIANA CALDERÓN CASTRO, y sobre la citada suma de dinero deberá liquidar los intereses comerciales a la tasa permitida por la Superintendencia Bancaria o el Banco de la República o la autoridad competente para el efecto, para las obligaciones contraídas en dólares americanos calculados desde la fecha en que se realizaron los respectivos desembolsos por parte de **SALUD COLMENA E.P.S.***

**SEGUNDA: PRIMERA SUBSIDIARIA:** *Que en el evento en que el H. Tribunal considere que dicha suma debe cancelarse en pesos colombianos, la tasa de cambio sobre la mencionada suma deberá ser la vigente a la fecha en que efectivamente **SALUD COLMENA E.P.S.**, reciba por parte del Ministerio de Salud los dineros correspondientes a las sumas erogadas por la demandante para el tratamiento de la señora CLARA JULIANA CALDERÓN CASTRO y sobre dicha suma de dinero deberá calcularse el interés comercial más alto permitido por la Superintendencia Bancaria o el interés que el H. Tribunal considere oportuno, desde la fecha en que se desembolsaron estos dineros por parte de **SALUD COLMENA E.P.S.***

---

<sup>3</sup> Demanda admitida el 31 de enero de 2002.

**SEGUNDA: SEGUNDA SUBSIDIARIA:** Que en el evento en que el H. Tribunal considere que dicha suma de dinero desembolsada por **SALUD COLMENA E.P.S.** para sufragar el tratamiento en el exterior de la señora CLARA JULIANA CALDERÓN CASTRO, deba realizarse a la tasa representativa del mercado calculada para los días en que se hicieron los desembolsos por parte de la demandante, sobre dichas sumas de dinero, el Ministerio de Salud deberá reconocer y pagar intereses comerciales a la tasa más alta permitida por la Superintendencia Bancaria para la fecha en que se realizaron los desembolsos, intereses causados desde el momento en que cada desembolso fue realizado por **SALUD COLMENA E.P.S.** y hasta que se realice el pago por parte del Ministerio de Salud.

**SEGUNDA: TERCERA SUBSIDIARIA;** Que en el evento que el H. Tribunal considere que la suma de dinero desembolsada por **SALUD COLMENA E.P.S.** para sufragar el tratamiento en el exterior de la ciudadana CLARA JULIANA CALDERÓN CASTRO, deba realizarse por parte del Ministerio de Salud a la tasa representativa del mercado calculada para los días en que se hicieron los desembolsos por parte de la demandante, sobre dichas sumas de dinero, el Ministerio de Salud deberá pagar esta suma de dinero indexada desde la fecha en que se hicieron los desembolsos hasta el 6 de abril de 2001, fecha en la cual **SALUD COLMENA E.P.S.** radicó ante el Ministerio de Salud la solicitud de recobro y pago de los gastos incurridos en el exterior por el tratamiento de la señora CLARA JULIANA CALDERÓN CASTRO, y desde esa fecha y hasta que se realice efectivamente el pago, intereses moratorios a la tasa más alta permitida por la Superintendencia Bancaria vigente para el 6 de abril de 2001.

**TERCERA:** Que sobre las sumas antes anotadas el Tribunal deberá deducir a favor del Ministerio de Salud, el valor que en Colombia tenga un tratamiento similar al practicado a la Ciudadana CLARA JULIANA CALDERÓN CASTRO.

**CUARTA:** Que se condene al Ministerio de Salud a cancelar a **SALUD COLMENA E.P.S.** los perjuicios de todo orden que se le hubiesen causado como consecuencia de su incumplimiento en el pago y omisión en el pago de los gastos incurridos por la demandante para el tratamiento en el exterior de la ciudadana CLARA JULIANA CALDERÓN CASTRO; todo lo anterior de conformidad con lo que se demuestre en el presente proceso.

**QUINTA:** Que el Ministerio de Salud, deberá pagar los gastos y costas de este proceso.

**SEXTA:** Que dentro del término de que trata el artículo 176 del Código Contencioso Administrativo y en las condiciones previstas en los artículos 177 y 178 del mismo Código, deberá ejecutarse y cumplirse la sentencia.”

La demanda que originó el expediente 27.004 se presentó el día 16 de noviembre de 2001<sup>4</sup> ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, mediante la cual SALUD COLMENA E.P.S., por intermedio de apoderado judicial, en ejercicio de la acción prevista en el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo —C.C.A.— se dirigió contra La Nación – Ministerio de Salud, con el propósito de que se realizaran las siguientes declaraciones y condenas:

#### “DECLARACIONES Y CONDENAS”

---

<sup>4</sup> Admitida mediante providencia de mayo 28 de 2002.

**“PRIMERA:** Que se declare que entre la Nación – Ministerio de Salud y la sociedad **SALUD COLMENA E.P.S.** existe contrato administrativo según el cual el primero le da la concesión al segundo para que ejerza las actividades de prestación de servicio (sic) de salud conferidas por la Ley a las EPS, y a cambio y como contraprestación a los servicios prestados por el contratista, la Nación – Ministerio de Salud- cancela una suma de dinero por cada afiliado equivalente a la Unidad de Pago por Capitación.

**SEGUNDA:** Que como consecuencia de lo anterior se declare que La Nación – Ministerio de Salud- ha incumplido el contrato en mención, al negarse y omitir cancelar a la sociedad **SALUD COLMENA E.P.S.**, las sumas de dinero correspondientes al tratamiento que la EPS tuvo que sufragar en la atención del tratamiento médico dada en el exterior a la señora CLARA JULIANA CASTRO (sic), y por ello La Nación- Ministerio de Salud- es responsable y por ende deberá cancelar a la sociedad SALUD COLMENA E.P.S. los gastos incurridos por ésta, para el tratamiento en el exterior, de la señora CLARA JULIANA CALDERÓN CASTRO, tratamiento que consistía en el trasplante de médula ósea con donante no relacionado, por este no estar cubierto por el Plan Obligatorio de Salud.

**TERCERA:PRINCIPAL:** Que de acuerdo con la anterior declaración, el Ministerio de Salud, deberá cancelar el valor en dólares que **SALUD COLMENA E.P.S.** efectivamente canceló en el exterior por el tratamiento de la Señora CLARA JULIANA CALDERÓN CASTRO, y sobre la citada suma de dinero deberá liquidar los intereses comerciales a la tasa permitida por la Superintendencia Bancaria o el Banco de la República o la autoridad competente para el efecto, para las obligaciones contraídas en dólares americanos calculados desde la fecha en que se realizaron los respectivos desembolsos por parte de **SALUD COLMENA E.P.S.**

**TERCERA: PRIMERA SUBSIDIARIA:** Que en el evento en que el H. Tribunal considere que dicha suma debe cancelarse en pesos colombianos, la tasa de cambio sobre la mencionada suma deberá ser la vigente a la fecha en que efectivamente **SALUD COLMENA E.P.S.**, reciba por parte del Ministerio de Salud los dineros correspondientes a las sumas erogadas por la demandante para el tratamiento de la señora CLARA JULIANA CALDERÓN CASTRO y sobre dicha suma de dinero deberá calcularse el interés comercial más alto permitido por la Superintendencia Bancaria o el interés que el H. Tribunal considere oportuno, desde la fecha en que se desembolsaron estos dineros por parte de **SALUD COLMENA E.P.S.**

**TERCERA: SEGUNDA SUBSIDIARIA:** Que en el evento en que el H. Tribunal considere que dicha suma de dinero desembolsada por **SALUD COLMENA E.P.S.** para sufragar el tratamiento en el exterior de la señora CLARA JULIANA CALDERÓN CASTRO, deba realizarse a la tasa representativa del mercado calculada para los días en que se hicieron los desembolsos por parte de la demandante, sobre dichas sumas de dinero, el Ministerio de Salud deberá reconocer y pagar intereses comerciales a la tasa más alta permitida por la Superintendencia Bancaria para la fecha en que se realizaron los desembolsos, intereses causados desde el momento en que cada desembolso fue realizado por **SALUD COLMENA E.P.S.** y hasta que se realice el pago por parte del Ministerio de Salud.

**TERCERA: TERCERA SUBSIDIARIA;** Que en el evento que el H. Tribunal considere que la suma de dinero desembolsada por **SALUD COLMENA E.P.S.**

*para sufragar el tratamiento en el exterior de la ciudadana CLARA JULIANA CALDERÓN CASTRO, deba realizarse por parte del Ministerio de Salud a la tasa representativa del mercado calculada para los días en que se hicieron los desembolsos por parte de la demandante, sobre dichas sumas de dinero, el Ministerio de Salud deberá pagar esta suma de dinero indexada desde la fecha en que se hicieron los desembolsos hasta el 6 de abril de 2001, fecha en la cual **SALUD COLMENA E.P.S.** radicó ante el Ministerio de Salud la solicitud de recobro y pago de los gastos incurridos en el exterior por el tratamiento de la señora CLARA JULIANA CALDERÓN CASTRO, y desde esa fecha y hasta que se realice efectivamente el pago, intereses moratorios a la tasa más alta permitida por la Superintendencia Bancaria vigente para el 6 de abril de 2001.*

**CUARTA:** *Que sobre las sumas antes anotadas el Tribunal deberá deducir a favor del Ministerio de Salud, el valor que en Colombia tenga un tratamiento similar al practicado a la Ciudadana CLARA JULIANA CALDERÓN CASTRO.*

**QUINTA:** *Que se condene al Ministerio de Salud a cancelar a **SALUD COLMENA E.P.S.** los perjuicios de todo orden que se le hubiesen causado como consecuencia de su incumplimiento en el contrato y omisión en el pago de los gastos incurridos por la demandante para el tratamiento en el exterior de la ciudadana CLARA JULIANA CALDERÓN CASTRO; todo lo anterior de conformidad con lo que se demuestre en el presente proceso.*

**SEXTA:** *Que el Ministerio de Salud, deberá pagar los gastos y costas de este proceso.*

**SÉPTIMA:** *Que dentro del término de que trata el artículo 176 del Código Contencioso Administrativo y en las condiciones previstas en los artículos 177 y 178 del mismo Código, deberá ejecutarse y cumplirse la sentencia.”*

## **2. Los hechos.**

Los hechos fueron presentados por la entidad promotora de salud demandante en sendos libelos introductorios, en forma prácticamente idéntica dentro de las demandas de los dos procesos ahora acumulados, por lo cual se presentan en una sola relación, a continuación:

**2.1.** SALUD COLMENA E.P.S., mediante la Resolución No. 0960 del 26 de diciembre de 1994 proferida por la Superintendencia Nacional de Salud, obtuvo autorización para el funcionamiento del programa SALUD COLMENA ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD, con el fin de organizar y garantizar la prestación del Plan Obligatorio de Salud –POS- de sus afiliados, en los términos de la citada Resolución.

**2.2.** La señora CLARA JULIANA CALDERÓN CASTRO se encontraba afiliada al régimen contributivo de salud a través de SALUD COLMENA E.P.S., en su condición de hija beneficiaria del cotizante Luis Esteban Calderón Acosta.

**2.3.** La señora CLARA JULIANA CALDERÓN CASTRO padeció de una enfermedad llamada Anemia Aplástica de Fanconi, enfermedad que con el paso de los años fue en avance al punto de que los galenos tratantes de SALUD COLMENA E.P.S., diagnosticaron que la única posible curación era un trasplante de médula ósea por parte de donante no relacionado.

**2.4.** Mediante comunicación de 25 de junio de 1998, la señora CLARA JULIANA CALDERÓN CASTRO solicitó a SALUD COLMENA E.P.S., autorización para que se la remitiera al exterior con el objeto de que se le realizara el citado trasplante y señaló que había adelantado consultas con los médicos del Children's Hospital de la ciudad de Miami.

**2.5.** Mediante comunicación del 3 de julio de 1998 SALUD COLMENA E.P.S., negó la petición formulada. (Folio 20 cuaderno 2, exp. 27.005).

**2.6.** La señora CLARA JULIANA CALDERÓN CASTRO acudió a la acción de tutela y obtuvo la orden judicial para que SALUD COLMENA E.P.S., asumiera la remisión al exterior bajo su condición de beneficiaria del Plan Obligatorio de Salud –POS-, en sentencia del 16 de julio de 1998, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, providencia que resolvió en el numeral 3º de la misma lo siguiente:

*“Los gastos adicionales en que incurra la E.P.S. demandada podrán repetirse contra la Nación Colombiana con cargo al fondo de reconocimientos de enfermedades catastróficas u otros recursos con destino al plan obligatorio de salud, o, en último caso con los asignados en el presupuesto en el Ministerio de Salud Pública.”*

**2.7.** SALUD COLMENA E.P.S., cumplió con la orden del Tribunal del Distrito Judicial de Cali y la señora CLARA JULIANA CALDERÓN CASTRO recibió un trasplante de médula ósea en el Children's Hospital de Miami el día 2 de diciembre de 1998, pese a lo cual falleció el 12 de junio de 1999.

**2.8.** SALUD COLMENA E.P.S. incurrió en gastos que superaron el millón de dólares<sup>5</sup> por concepto del tratamiento de la señora CLARA JULIANA CALDERÓN CASTRO, cifra que fue mayor a la estimada en sus presupuestos iniciales.

**2.9.** SALUD COLMENA E.P.S. suscribió una carta de acuerdo con la empresa Global Medical Management Inc., para que gestionara y adelantara ante el Children's Hospital todas las actuaciones con el fin de otorgar una debida atención a la señora CLARA JULIANA CALDERÓN CASTRO, contratación que a juicio de la parte actora era beneficiosa para el sistema por cuanto esa entidad tenía convenios con el Hospital citado y le permitiría acceder a tarifas menores. Como contraprestación por los servicios prestados, la E.P.S., le pagó a Global Medical Inc., un monto equivalente al 35% de la suma economizada como consecuencia de las gestiones de negociación de facturas logradas con el Hospital.

**2.10.** Sin perjuicio del cumplimiento de la orden de tutela, SALUD COLMENA E.P.S., interpuso recurso de apelación para ante la Corte Suprema de Justicia, la cual, mediante providencia del 25 de agosto de 1998, confirmó el fallo de primera instancia en cuanto concedió la tutela pero revocó el numeral tercero de la sentencia acerca del derecho de la E.P.S., a repetir contra la Nación, por el valor de los gastos adicionales.

**2.11** SALUD COLMENA E.P.S., solicitó ante la Corte Constitucional la revisión eventual del fallo de tutela de segunda instancia, con el objeto de que se reconociera su derecho de repetir contra la Nación y mediante sentencia T-756 de 4 de diciembre de 1998, esa Corte confirmó la decisión de la Corte Suprema de

---

<sup>5</sup> Según se indicó en la demanda los gastos fueron de US\$1'029.453,76, discriminados así: la suma de US\$350.432,20 girada a Children's Hospital, más la suma de US\$679.021,56 girada a Global Medical Management Inc.

Justicia y en la parte motiva estimó que *“no es la tutela la vía judicial para definir el valor económico que legalmente está obligado o no a pagar la empresa demandada en las controversias judiciales suscitadas con ocasión de si la parte demandada debe o no repetir lo pagado, como consecuencia del tratamiento médico solicitado por la demanda de tutela (...)”*

**2.12.** SALUD COLMENA E.P.S., presentó recurso de anulación contra la sentencia T-756/98 y en conocimiento del mismo la Corte Constitucional, mediante auto del 18 de noviembre de 1999, negó por improcedente la nulidad solicitada contra la sentencia T-756 de 1998, proferida por la Sala Octava de Revisión de esa Corporación.

**2.13.** El 6 de abril de 2001 SALUD COLMENA E.P.S., radicó ante el Ministerio de Salud solicitud de recobro de los dineros erogados en el tratamiento de la señora CLARA JULIANA CALDERÓN CASTRO en el exterior.

**2.14.** El 14 de junio de 2001 el Director General de Aseguramiento del Ministerio de Salud devolvió la documentación y se negó a tramitar el pago ante el Fondo de Solidaridad y Garantía -FOSYGA- con fundamento en que los soportes presentados no constituían obligación a cargo del Ministerio y agregó que, de conformidad con el concepto de la oficina jurídica de esa entidad, los fallos judiciales antes aludidos la habían exonerado de tal obligación.

### **3.- Trámite de la primera instancia en el expediente 28.525 de la acción de reparación directa.**

Las actuaciones en el proceso iniciado en ejercicio de la acción de reparación directa se relacionan a continuación:

#### **3.1 Admisión de la demanda.**

Mediante auto de 31 de enero de 2002, el Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca admitió la demanda presentada. (Folio 52, cuaderno 2).

#### **3.2. Contestación de la demanda.**

El Ministerio de Salud presentó contestación a la demanda e indicó que la demandante no dio aplicación a la normativa establecida para el reconocimiento de los medicamentos de alto costo, contenida en el Acuerdo No. 83 de 1997 expedido por el Consejo de Seguridad Social en Salud, ni a la reglamentación de la Resolución 5061 de 1997 que exigió la integración de los Comités Técnico Científicos dentro de las E.P.S., a los cuales correspondió determinar la viabilidad o no del suministro de los medicamentos que están fuera del Plan Obligatorio de Salud, con base en el informe del médico tratante y si los gastos correspondientes se hubieren aprobado el suministro quedó a cargo de la E.P.S., con el derecho a proceder al recobro solamente por el valor de la diferencia económica establecida en los términos y condiciones del Acuerdo 083 y de la Resolución 2312 de 1998 expedida por el Ministerio de Salud, la cual no se aplicó por la parte entidad demandante.

Por otra parte, el Ministerio de Salud destacó las consideraciones de la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de 25 de agosto de 1998 acerca de la multifiliación de CLARA JULIANA CALDERÓN CASTRO por encontrarse afiliada a SALUD COLMENA E.P.S., desde 1995, en condición de beneficiaria, habiendo cumplido el requisito de haber cotizado el mínimo de 100 semanas con esa

entidad, así como haberse afiliado posteriormente, el 29 de abril de 1997, al ISS en calidad de trabajadora de la sociedad Casacolor S.A., y al sistema de medicina prepagada de SALUD COLMENA en el mes de septiembre de 1997, con base en lo cual observó que la E.P.S., pudo adelantar -con el debido proceso- el trámite de cancelación de la afiliación, el cual no surtió en ese evento, por lo cual la Corte Suprema de Justicia concluyó que es a la E.P.S., y “*sólo a ella*”, a quien corresponde garantizar la totalidad del tratamiento requerido; acudió a citar las sentencias T-597 de 2001 y T-236 de 1998, acerca de las restricciones en la cobertura de servicios no incluidos en el POS e indicó que la cobertura en el exterior es posible si se tiene en cuenta que de acuerdo con el Decreto 237 de 1989 los beneficiarios del régimen de seguros sociales obligatorios tienen la posibilidad del reconocimiento y pago de servicios en el exterior, dentro de ciertas limitantes.

Igualmente el Ministerio de Salud invocó la aplicación de la distribución de cargas en el costo de los servicios de salud considerada en la Sentencia SU 819/99 de la Corte Constitucional, según la cual el Estado puede requerir a la E.P.S., a la que se encuentre afiliado el paciente para que esta proporcionalmente asuma el pago de lo que costaría un tratamiento similar que se hubiere podido realizar en Colombia conforme a los contenidos del Plan Obligatorio de Salud para la correspondiente patología.

Finalmente, el Ministerio de Salud citó el concepto interno del Director de Aseguramiento de la entidad, en el cual realizó el análisis de las providencias judiciales en este caso y concluyó que el Ministerio de Salud –fondo de solidaridad y garantía- no debe tramitar la cuenta de recobro con fundamento en el fallo de tutela a favor de SALUD COLMENA E.P.S., “*por cuanto como ya quedó ampliamente demostrado el fallo de segunda instancia, el cual se encuentra en firme, exoneró al Ministerio en ese sentido.*”

**3.3.** Adicionalmente, el Ministerio de Salud presentó las siguientes excepciones: **i)** la inexistencia de la obligación, la cual hizo consistir en que la sentencia de la Corte Suprema de Justicia no condenó al Ministerio de Salud; **ii)** la caducidad de la acción, la cual invocó con fundamento en el hecho de haber transcurrido el plazo de dos (2) años para impetrar la acción de reparación directa establecido en el artículo 44 de la Ley 446 de 1998 que modificó el artículo 136 del Código Contencioso Administrativo, el cual se cuenta a su juicio desde la sentencia de la Corte Suprema de Justicia, al igual que consideró que operó la caducidad de la acción en caso que se acuda al plazo de cuatro (4) meses previsto para la acción de nulidad y restablecimiento, el cual se cuenta a partir de la decisión de 14 de junio de 2001 fecha en la que el Ministerio de Salud negó el trámite para la cancelación de la cuenta, así como consideró que operó la caducidad de la acción con respecto al plazo de dos (2) años en caso que se acuda a aplicar la acción de repetición de la Ley 678 de 2001, evento en el que se contaría el plazo a partir del pago del tratamiento médico cuyo valor se recobra; **iii)** la ineptitud de la demanda, la invocó por cuanto según el contenido de la pretensión de la actora, ésta ha debido acudir a la acción de nulidad y restablecimiento del derecho; **iv)** la excepción de cobro de lo no debido la soportó en la sentencia de la Corte Suprema de Justicia, al desatar la impugnación de la tutela en la cual esa Corporación consideró que se acudió a la cobertura del Plan Obligatorio de Salud bajo la afiliación de Salud Colmena EPS y corresponde “*sólo a ella*” garantizar la totalidad del tratamiento y, **v)** la excepción de cosa juzgada se invocó con base en la sentencia de 25 de agosto de 1998 proferida por la Corte Suprema de Justicia.

**3.4. El decreto de pruebas en primera instancia.**

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, mediante auto del 27 de junio de 2002, decretó la práctica de pruebas documentales, ordenó el dictamen pericial solicitado por la actora, así como dispuso la traducción oficial de las facturas y relaciones de cuentas presentadas en idioma inglés, mediante la intervención de perito designado por el Despacho, a lo cual se procedió.

### **3.5. Los Alegatos de Conclusión.**

Dentro del término del traslado para alegar de conclusión, ambas partes presentaron sus escritos.

**La demandante** indicó que *“no estamos frente a una de las enfermedades determinadas por el CNSS como de alto costo”* y que por ello la E.P.S., no tiene por qué asumir ese costo que corresponde a la Nación y presentó defensa a las excepciones para lo cual advirtió que se encontró ante una omisión de la Nación Ministerio de Salud la cual sólo se pudo configurar una vez terminó la acción de tutela y se negó el pago de los costos tiempo después y destacó que se debe observar en su conjunto la actuación administrativa puesto que el oficio del 14 de junio de 2001 no definió de fondo, sólo confirmó o ratificó la omisión de la Administración y además esa comunicación no le fue notificada en los términos legales, ni se le informó en ella acerca de los recursos que se tenían, de manera que se entendió notificada por conducta concluyente con la presentación de la demanda; no obstante todo lo anterior, la demandante ratificó que a su juicio la acción precedente era la de reparación directa y no la de nulidad y restablecimiento del derecho.

Por su parte, **la Nación Ministerio de Salud** en su alegato invocó que SALUD COLMENA E.P.S., sociedad demandante, constituía una sola entidad autorizada para manejar el programa denominado SALUD COLMENA ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD, dentro del cual se encontraba de un lado el contrato de medicina prepagada y de otro el Plan Obligatorio de Salud, por lo cual -de acuerdo con la Sentencia T 533 de 1996 de la Corte Constitucional- no podía trasladar al POS la responsabilidad por los servicios que se encontraban amparados bajo el contrato de medicina prepagada y adicionalmente alegó que de acuerdo con las sentencias de la Corte Constitucional, la E.P.S., está obligada a garantizar el tratamiento de la enfermedad ruinosa a través del sistema de reaseguro que se indica en la Ley 100 de 1993.

### **3.6. Otras actuaciones en primera instancia dentro del expediente No. 28.525.**

Mediante auto del 29 de abril de 2004, encontrándose el proceso en estado de proferir sentencia, la Magistrada Ponente ordenó la remisión del expediente a la Sala de Descongestión de la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en cumplimiento de lo previsto en el Acuerdo 2437 de 2004 expedido por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, a lo cual se procedió.

## **4. La sentencia apelada en el expediente 28.525.**

En sentencia de 23 de junio de 2004, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en Sala de Descongestión de la Sección Tercera, declaró probada la excepción de ineptitud sustantiva de la demanda con fundamento en lo siguiente:

*“[...] la Sala infiere que los perjuicios reclamados por el accionante, por la presunta falla del servicio por omisión, endilgada al Ministerio de Salud, tiene su génesis directa y unívoca en la comunicación citada<sup>6</sup>, acto administrativo que además, dio inicio a la acción incoada.”*

En la comentada providencia, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca verificó los presupuestos procesales de la acción en relación con la caducidad de la misma y concluyó que la demandante actuó en ejercicio de la acción equivocada, así:

*“[...] la acción de reparación directa no era la vía jurisdiccional procedente en el caso de marras, teniendo en cuenta que en el fondo se pretendía atacar la presunta ilegalidad del acto administrativo proferido por el Ministerio de Salud a través del cual se negó a reconocer el recobro presentado por SALUD COLMENA E.P.S., decisión que constituye un verdadero acto administrativo desfavorable para el actor”.*

El Tribunal *a quo* consideró que la acción conducente ha debido ser la contemplada en el artículo 85 del Código Contencioso Administrativo, teniendo en cuenta la jurisprudencia del Consejo de Estado contenida en la sentencia de 12 de diciembre de 1996<sup>7</sup>, según la cual las distintas acciones *“no pueden manejarse caprichosa o indistintamente, dejando de lado la fuente específica del perjuicio. Si el daño alegado tiene como causa un acto administrativo la acción no podrá ser sino de nulidad y restablecimiento; (...)”*.

## **5. El recurso de apelación en el expediente 28.525.**

Inconforme con la decisión referida en el acápite anterior, la parte demandante interpuso recurso de apelación el cual le fue concedido por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca en providencia de 14 de julio de 2004.

La entidad demandante sustentó en su oportunidad el recurso de apelación, rechazó el fallo por su carácter inhibitorio y alegó que el Tribunal Administrativo de Cundinamarca se apartó de la obligación constitucional de administrar justicia contenida en los artículos 116, 228 y 229 de la Constitución Política e invocó la evolución de la jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado de acuerdo con la cual se impone al Juez el deber de adecuar de las acciones impetradas con fundamento en la prevalencia del derecho sustancial y los deberes del Juez contenidos en los artículos 37 y 86 del Código de Procedimiento Civil<sup>8</sup>; por otra parte manifestó su inconformidad por cuanto la sentencia recurrida arribó a la conclusión de la caducidad de la acción de nulidad y restablecimiento sin ningún análisis en torno a la notificación del acto administrativo por conducta concluyente, ocurrida con la presentación de la demanda, la cual fue invocada por la demandante.

---

<sup>6</sup> Comunicación del Director General de Aseguramiento del Ministerio de Salud de fecha 14 de junio de 2001, con sello de recibido de 22 de junio de 2001 (Folio 132 cuaderno 12).

<sup>7</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Consejero Ponente: Carlos Esteban Betancur Jaramillo, diciembre 12 de 1996, radicación 1248.

<sup>8</sup> Invocó la providencia de 2 de octubre de 1997 del Magistrado Ponente Ernesto Rafael Ariza y la providencia de 31 de agosto de 2000 con ponencia de Germán Rodríguez Villamizar, así como el auto de 22 de febrero de 2001, expediente 19.135, Magistrada Ponente María Elena Giraldo, en el cual se admitió una demanda que había sido rechazada por la indebida utilización de la acción de reparación directa, siendo la procedente la acción de nulidad y restablecimiento del derecho.

El Ministerio de Salud y la Procuraduría Delegada ante el Consejo de Estado guardaron silencio en su oportunidad.

## **6. Otras actuaciones en la segunda instancia dentro del expediente 28.525**

El Ministerio de Salud, transformado en Ministerio de Salud y Protección Social, acreditó nueva apoderada a quien se le reconoció personería por auto de 18 de enero de 2013.

## **7. Trámite de la primera instancia expediente 27.004.**

Las actuaciones dentro de la demanda impetrada en ejercicio de la acción contractual fueron las siguientes:

**7.1.** Mediante auto de 29 de enero de 2002, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca se declaró carente de competencia para conocer del proceso y ordenó la remisión del expediente al Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, con fundamento en que los actos del contrato de concesión invocado, el domicilio de la afiliada y el fallo de tutela se desarrollaron en la ciudad de Cali; no obstante por auto del 28 de mayo de 2002, el Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca desató el recurso de reposición interpuesto por la demandante contra la decisión inicial y revocó su providencia, teniendo en cuenta el domicilio de la parte demandada en el proceso y admitió la demanda presentada. (Folio 61, cuaderno principal).

### **7.2. La contestación de la demanda.**

El Ministerio de Salud presentó contestación a la demanda y detalló los partícipes y organismos de control que integran el Sistema General de Salud de acuerdo con la Ley 100 de 1993 y sus decretos reglamentarios; explicó los tipos de participantes, los mínimos de cotización, los sistemas de pagos y copagos a cargo de los afiliados y la normativa aplicable para el reconocimiento de los medicamentos no incluidos en el Plan Obligatorio de Salud; se detuvo en las consideraciones de la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de 25 de agosto de 1998 y en el concepto interno del Director de Aseguramiento del Ministerio de Salud en el cual realizó el análisis de las providencias judiciales en este caso y concluyó que el Ministerio de Salud –Fondo de Solidaridad y Garantía- no debe tramitar la cuenta de recobro del fallo de tutela a favor de SALUD COLMENA E.P.S., *“por cuanto como ya quedó ampliamente demostrado el fallo de segunda instancia, el cual se encuentra en firme, exoneró al Ministerio en ese sentido.”*

Acerca de las pruebas solicitó la declaración de parte a la representante de SALUD COLMENA E.P.S., en relación con la celebración de contrato alguno con el Ministerio de Salud para efectos de la cobertura del tratamiento de la señora CLARA JULIANA CALDERÓN CASTRO y pidió enviar oficio al Ministerio de Salud para que certificase si se tuvo celebrado contrato alguno con SALUD COLMENA E.P.S., para la atención de pacientes afiliados, a lo cual se procedió.

**7.3.** El Ministerio de Salud formuló las siguientes excepciones: **i)** la inexistencia de la obligación, la cual hizo consistir en que la sentencia de la Corte Suprema de Justicia no condenó al Ministerio de Salud; **ii)** la ineptitud de la demanda, por cuanto de acuerdo con la pretensión presentada por la actora, ella ha debido acudir a la acción de nulidad y restablecimiento del derecho; **iii)** la excepción de

cobro de lo no debido, la cual soportó en la sentencia de la Corte Suprema de Justicia expedida al desatar la impugnación del fallo de la tutela; **iv)** la excepción de cosa juzgada, que se invocó con base en la sentencia de 25 de agosto de 1998 proferida por la Corte Suprema de Justicia y, **v)** la excepción de pleito pendiente, presentada por la tipificación de una de las causales del artículo 97 del Código de Procedimiento Civil en cuanto a la existencia de otro proceso entre las mismas partes, refiriéndose a la acción de reparación directa que cursaba ante el mismo Tribunal Contencioso Administrativo, distinguido con el número 2001 – 2675.

#### **7.4. El decreto de pruebas en primera instancia dentro del proceso iniciado en ejercicio de la acción contractual.**

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, mediante auto del 22 de octubre de 2002, decretó la práctica de pruebas documentales, ordenó el dictamen pericial solicitado por la actora y el interrogatorio de parte del señor Representante Legal de SALUD COLMENA E.P.S., a lo cual se procedió.

#### **7.5. Los alegatos de conclusión en primera instancia.**

La demandante indicó que el tratamiento de la señora CLARA JULIANA CALDERÓN CASTRO no se encontró incluido en el Plan Obligatorio de Salud por cuanto dicho plan obligatorio de salud cubre únicamente tratamientos en el país.

En el citado alegato la demandante presentó defensa a las excepciones con argumentos similares a los ya relacionados en el presente proveído acerca del trámite del expediente No. 28.525 y explicó en lo particular de esta demanda, acerca de la existencia del contrato estatal, que la Ley 80 de 1993 definió el contrato de concesión en relación directa con la definición que dio sobre el mismo la Corte Constitucional en sentencia C-350 de 1997.

Igualmente alegó que la E.P.S., se encontró ante un incumplimiento del Estado por la omisión de la Nación Ministerio de Salud que negó el reconocimiento de los costos del tratamiento médico y advirtió que no procede invocar la exigencia de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho frente al oficio del Ministerio de Salud, mediante el cual esa entidad negó su obligación, toda vez que de acuerdo con la jurisprudencia del Consejo de Estado de 3 de abril de 1998<sup>9</sup> se concluye, por ejemplo, que el oficio en que se niega el pago del sobrecosto de una obra dentro de una relación contractual no da lugar a una acción de nulidad y restablecimiento.

#### **7.6. Concepto del Ministerio Público en la acción contractual que se ventiló en el expediente 27.004.**

En su oportunidad procesal el Ministerio Público emitió concepto acerca de la improcedencia de las pretensiones de la entidad demandante, así como mencionó la carencia de una prueba acerca del costo del tratamiento en Colombia, el cual SALUD COLMENA E.P.S., debió especificar y manifestó que la acción impetrada en este caso correspondía a un mecanismo judicial no idóneo, además de haber sido ejercido para desconocer las consecuencias del fallo de tutela T 756 de 1998.

### **8. La sentencia apelada en el expediente No. 27.004.**

---

<sup>9</sup> Consejo de Estado Sección Cuarta, Magistrado Ponente Delio Gómez Leyva, sentencia del 3 de abril de 1998, radicación No. 8742, actor Auros S.A., demandado: Banco de la República.

En sentencia de 11 de febrero de 2004, la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca declaró probada la excepción de inepta demanda por acción indebida, con fundamento en lo siguiente:

*“Para la Sala esta decisión [contenida en oficio del 14 de junio de 2001 expedido por el Ministerio de Salud] constituye un verdadero acto administrativo el que se presume legal y veraz. Por lo tanto, si la respuesta no fue satisfactoria bien pudo el presunto acreedor formular objeciones y, en últimas, impugnar el acto administrativo desfavorable.*

*“Pero es que además, la misma demanda hace derivar el perjuicio de la negativa de la administración en el reintegro de la suma pagada, cuando dice que “Como consecuencia de esta negativa y omisión, es que se produce el hecho dañoso para la EPS”.”*

Por otra parte, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca no se encontró de acuerdo con la manifestación que hizo la entidad demandada acerca de la caducidad de la acción, por cuanto el hecho del supuesto incumplimiento del Ministerio de Salud no puede ser la fecha de pago de la demandante a la entidad extranjera sino *“la negativa de la administración a hacer el reintegro, pues a partir de ese momento se concreta el perjuicio”*. (Folio 213, cuaderno 4, exp. 27.004).

#### **9. El recurso de apelación en el expediente 27.004.**

Inconforme con la decisión referida en el acápite anterior, la parte demandante interpuso el recurso de apelación el cual le fue concedido por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en providencia de 10 de marzo de 2004.

#### **10. Trámite de la segunda instancia en el expediente 27.004.**

La demandante sustentó el recurso de apelación y advirtió que la selección de las acciones impetradas no fue caprichosa sino basada en un análisis de la problemática que se presentaba en cuanto no existía absoluta claridad sobre la acción pertinente y por ello advirtió que correspondía al Tribunal *a quo* decidir cuál era la acción a seguir y no castigar a quien acudió a la justicia con su planteamiento.

La actora atacó el fallo del Tribunal *a quo* por su contenido inhibitorio para lo cual realizó un recuento del auto de 18 de noviembre de 2001 a través del cual la Corte Constitucional desató el recurso de anulación presentado por SALUD COLMENA E.P.S., y destacó que de conformidad con la sentencia de unificación SU 480/97, en un tema similar al de la señora CLARA JULIANA CALDERÓN CASTRO, la jurisprudencia de la Corte Constitucional advirtió que *“cuando el juez ordinario analizare el caso de acuerdo con la totalidad de los elementos probatorios que las partes le suministren en su oportunidad, conforme al debido proceso, deberá interpretar el marco legal que regula la materia, tomando claro está los criterios expuestos en las sentencias SU-480 de 1997, T-370 de 1997 y T-429 de 1998”*.

El Ministerio de Salud presentó alegatos de conclusión reiterando lo expuesto en la primera instancia y transcribió en extenso la jurisprudencia de la Corte Constitucional contenida en la sentencia de unificación SU-480 de 1997, en cuanto se refiere a que las decisiones jurisprudenciales no pueden ser indiferentes al equilibrio estructural del Sistema de Seguridad Social en Salud y manifestó que al no haberse demandado el acto administrativo pertinente y haber puesto en marcha una acción que no era la debida, no era viable que el Tribunal *a quo* se pronunciara de fondo en este caso.

El Ministerio Público guardó silencio en esta oportunidad.

#### **11. Otras actuaciones en segunda instancia en el expediente 27.004.**

El apoderado de SALUD COLMENA E.P.S., informó un cambio de razón social, acreditado con el certificado de la Cámara de Comercio de Bogotá, ante lo cual el Despacho ordenó, mediante auto de 13 de agosto de 2010, tener en cuenta como nueva razón social de la entidad actora la de COMPAÑÍA COLMÉDICA ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD S.A.

El Ministerio de Salud, convertido en Ministerio de Salud y Protección Social, acreditó nueva apoderada a quien se le reconoció personería por auto de 18 de mayo de 2012. (Folio 338 cuaderno 4).

En este estado del proceso, ahora acumulado y sin que se observe la configuración de causal alguna de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a proferir sentencia, previo lo cual efectuará las siguientes

## **II. CONSIDERACIONES**

Teniendo en cuenta los antecedentes descritos, en criterio de la Sala resulta necesario, con el fin de desatar los recursos de alza interpuestos por la parte actora contra las sentencias de primera instancia proferidas por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca dentro de los respectivos procesos, adelantar el estudio de los distintos temas que constituyen materia de la litis, así: **1)** la competencia de la Sala para conocer del asunto; **2)** el caudal probatorio obrante en el expediente; **3)** la acción pertinente en este caso; **4)** improcedencia de la adecuación de la acción para entrar a conocer de fondo en el sub lite. **5)** anotaciones sobre el caso concreto y **6)** costas.

### **1) Competencia del Consejo de Estado.**

Precisa la Sala que le asiste competencia para conocer del presente proceso en segunda instancia, toda vez que la pretensión se estimó en una cifra que supera un millón de dólares de los Estados Unidos de América o su equivalente en pesos colombianos, suma superior a la exigida para que un proceso iniciado en el año 2001 tuviera vocación de doble instancia, esto es \$26´390.000, de conformidad con las reglas de competencia establecidas en el Decreto 597 de 1988.

Por otra parte, los procesos referidos en esta providencia fueron acumulados mediante auto de 6 de mayo de 2013, por encontrar que se cumplían los requisitos del artículo 157 del Código de Procedimiento Civil, a saber: **i)** los dos procesos se tramitaban por el mismo procedimiento, cual es el procedimiento ordinario de que trata el artículo 206 del Código Contencioso Administrativo, **ii)** ambos procesos se encontraban en la misma instancia y **iii)** el Consejo de Estado es la Corporación competente para conocer en segunda instancia de ambos procesos.

Adicionalmente en el auto que decretó la acumulación de procesos se constató la configuración, además de los requisitos ya mencionados, de al menos uno de los presupuestos enumerados en el mismo artículo 157 del Código de Procedimiento

Civil<sup>10</sup>, toda vez que en la aludida norma se mencionan cuatro eventos en los que es procedente la acumulación, cuestión que evidencia que los mismos no deben ser concurrentes o simultáneos sino que, por el contrario, basta que se encuentre que respecto de los mismos se predica una sola de las hipótesis enumeradas en la norma citada; así pues en el *sub lite* se encontró satisfecho el evento consagrado en el numeral 2º del artículo 157 del Estatuto Procesal Civil, toda vez que el demandado es el mismo en los dos procesos y las excepciones propuestas se fundaron en los mismos hechos, tal como se explicó en la respectiva providencia de acumulación.

## 2) El caudal probatorio obrante en el expediente.

A continuación se relaciona el material probatorio acopiado en los procesos, cuya valoración resulta necesaria con el propósito de resolver los temas jurídicos que se dejaron planteados precedentemente:

### 2.1 Documentos Públicos

En el expediente 27.004 obran los siguientes documentos públicos debidamente aportados por el Ministerio de Salud, en los términos de los artículos 254 y 262 del Código de Procedimiento Civil<sup>11</sup>:

**2.1.1.** Oficio 8166 del 16 de diciembre de 2002 suscrito por la Jefe de la Oficina Jurídica y Apoyo Legislativo en la cual atendió la orden de pruebas decretadas y aportó los antecedentes administrativos del caso. (Folio 1 cuaderno 3 exp.27.004).

**2.1.2.** Oficio de 14 de junio de 2001<sup>12</sup>, dirigido a SALUD COLMENA E.P.S.<sup>13</sup>, radicado con el número de salida 4900 de 22 de junio del mismo año, mediante el cual el Ministerio de Salud consideró improcedente el trámite de recobro ante el FOSYGA y devolvió los documentos presentados para el trámite. Este oficio aparece con un sello que dice: “RECIBIDO 22 JUN 2001” sobre el cual se encuentra una rúbrica –ilegible- y debajo del sello, a mano, aparece: “11:25”. En la parte superior del mismo oficio, a mano, aparece una leyenda: “enterado/ [otra

---

<sup>10</sup> “ARTÍCULO 157. Código de Procedimiento Civil.- Procedencia de la Acumulación.- Podrán acumularse dos o más procesos especiales de igual procedimiento o dos o más ordinarios, a petición de quien sea parte en cualquiera de ellos, siempre que se encuentren en la misma instancia:

1. Cuando las pretensiones formuladas habrían podido acumularse en la misma demanda.
2. Cuando el demandado sea el mismo y las excepciones propuestas se fundamenten en los mismos hechos, salvo que aquéllas tengan el carácter de previas.
3. Cuando existan varios procesos de ejecución en los cuales se persiga exclusivamente la misma cosa hipotecada o dada en prenda.
4. Cuando en los procesos de que trata el numeral anterior, todos los acreedores que hayan concurrido convengan en que se acumulen a un ejecutivo quirografario que contra el mismo deudor se adelante por otros acreedores.

<sup>11</sup> “Artículo 254. Valor Probatorio de las copias. Las copias tendrán el mismo valor probatorio del original, en los siguientes casos:

1. Cuando hayan sido autorizadas por notario, director de oficina administrativa o de policía, o secretario de oficina judicial, previa orden del juez, donde se encuentre el original o una copia autenticada.”

“Artículo 262.-Tienen el carácter de documentos públicos: (...) 2. Las certificaciones que expidan los directores de oficinas públicas, sobre la existencia o estado de actuaciones o procesos administrativos.”

<sup>12</sup> El documento original se encuentra en el folio 132, cuaderno 12, expediente 28.525, con rótulo de correspondencia de 22 de junio de 2001.

<sup>13</sup> La petición de Salud Colmena E.P.S. obra en original obrante al folio 130, cuaderno 12, exp. 28.525.

*rúbrica ilegible], jun 22/01, 11.55 a.m.” En la parte inferior del oficio se anuncia como anexo del mismo: “1.814 folios”.*

**2.1.3.** Nota Interna GDL No. 2315 del Jefe de la Oficina Jurídica y de Apoyo Legislativo dirigida al Director de Aseguramiento del Ministerio de Salud, la cual se anexó al oficio de 14 de junio de 2001, contentiva del concepto de esa oficina en relación con la cuenta de cobro de SALUD COLMENA E.S.P., por razón del tratamiento de la señora CLARA JULIANA CALDERÓN CASTRO, mediante el cual concluyó que en este caso no existe título obligacional contra el Ministerio de Salud –FOSYGA-. (Folio 9, cuaderno 3 exp. 27.004).

## **2.2. Documentos privados, originales y copias autenticadas.**

**2.2.1.** Historia clínica de la señora CLARA JULIANA CALDERÓN CASTRO emitida por los médicos de Miami Children’s Hospital, aportada con su traducción oficial, apostillada ante Notario Público del Estado de la Florida. (Folio 66, tomo I anexo del cuaderno 4, exp. 27.004).

### **2.2.2. Certificaciones Bancarias**

Estos documentos corresponden a los certificados originales emitidos por los bancos colombianos acerca de los giros realizados entre el 5 de febrero y el 23 de septiembre de 1999, con cargo a las cuentas de la entidad demandante a favor de Miami Children’s Hospital y Global Medical Management Inc.

### **2.2.3. Facturas.**

En el presente caso la parte actora aportó tanto las facturas expedidas por Miami Children’s Hospital expedidas con cargo a Global Medical Management Inc., como las facturas expedidas por Global Management Inc. a cargo de Salud Colmena E.P.S., en idioma inglés, con apostilla<sup>14</sup> impuesta por Notario Público del Estado de La Florida acerca de la autenticidad de los documentos aportados.

En el expediente No. 25.825 obran las traducciones oficiales al idioma castellano, realizadas sobre todos los documentos antes citados, por parte de la señora traductora oficial designada por el Despacho Judicial en el respectivo proceso.<sup>15</sup>

### **2.2.4. Relaciones de Giros**

La entidad demandante aportó como anexos a las demandas la relación de detalle del valor total del tratamiento de CLARA JULIANA CALDERÓN CASTRO, así como la relación de giros al exterior y los soportes de los pagos realizados a través de giros al exterior, que realizó entre el día 23 de octubre de 1998 y 8 de noviembre de 1999. (Folios 71 a 255 Tomo 1 exp. 24.004).

### **2.2.5. Contrato celebrado por SALUD COLMENA E.P.S. con Global Medical Management Inc.**

Original de la Carta de Acuerdo de fecha julio 1 de 1998 suscrita entre Global Medical Management Inc., y SALUD COLMENA, con textos suscritos en ambos idiomas, castellano e inglés, que se aportaron con autenticación ante Notario del

---

<sup>14</sup> De acuerdo con la Ley 455 de 1998 se aprobó la "Convención sobre la abolición del requisito de legalización para documentos públicos extranjeros", suscrita en La Haya el 5 de octubre de 1961.

<sup>15</sup> Cuadernos 5, 6, 7 y 8.

Estado de La Florida y apostilla (folio 1.814 Cuaderno 12), en los cuales se da cuenta del siguiente Acuerdo:

*"Global proporcionará servicios de control de costos para el Cliente incluyendo la revalorización y negociación de facturas de proveedores no pertenecientes a la red de **Global**, la recuperación de dinero de partes responsables y otros servicios similares. El **Cliente** compensará a **Global** a la tasa del treinta y cinco por ciento (35%) de la suma economizada o recuperada por sus representantes, por médicos proveedores, compañías de seguros o cualquier otra tercera parte, (...)."*

Se adjuntó igualmente el original de la Adición a la Carta de Acuerdo suscrita entre Global Medical Management Inc., y SALUD COLMENA S.A., de fecha julio 8 de 1998, acerca de los costos por servicios adicionales.

### **2.2.6 Certificación acerca del pago recibido por Global Medical Management Inc.**

En los folios 133 a 136 del cuaderno 12 del expediente 28.525 se encuentra la certificación expedida el día 12 de octubre de 2001 por el señor Bodil Johanson Cervone en nombre de Global Medical Management Inc., con apostilla y traducción oficial adjunta, en la cual certificó el valor recibido de COLMENA SALUD E.P.S.

### **2.3. Documentos en copia simple.**

Otros documentos fueron aportados en copia simple si bien se advierte que gran parte de los mismos se refieren a los formularios y contratos de las afiliaciones al sistema de seguridad social y al contrato de medicina prepagada, las piezas procesales acerca del amparo al derecho a la vida y a la salud de la señora CLARA JULIANA CALDERÓN CASTRO, los cuales hicieron parte de la acción de tutela adelantada y resuelta en todas sus instancias judiciales con la decisión de conceder el amparo constitucional y ordenar la prestación del tratamiento médico en el exterior, asunto que hizo tránsito a cosa juzgada y no se discute en los procesos ahora acumulados<sup>16</sup>.

### **2.4 Providencias judiciales**

---

<sup>16</sup> Copia de la afiliación de Luis Esteban Calderón Acosta a CPÑ,EMA SALUD E.P.S., Copia del Contrato de Medicina Prepagada amparando a CLARA JULIANAN CALDERÓN CASTRO, petición de tutela de julio 7 de 1998 presentada por CLARA JULIANA CALDERÓN CASTRO a COLMENA SALUD E.P.S., copia de la sentencia de Tribunal Superior del Distrito Judicial de 16 de julio de 1.998, mediante la cual esa Corporación resolvió conceder la tutela presentada por CLARA JULIANA CALDERON CASTRO, copia sin firma del memorial de impugnación de la tutela por parte de la Gerente de la Sucursal Cali de SALUD COLMENA E.S.P., dirigido al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali con fecha 22 de julio de 1998, memorial de 31 de julio de 1988 suscrito por la apoderada de SALUD COLMENA E.S.P. dirigido a la Corte Suprema de Justicia dentro de la impugnación de la sentencia de tutela, con el fin de clarificar la autorización emitida por su representada para el traslado al exterior de CLARA JULIANA CLADERÓN CASTRO, memorial SC- 1002-97 de 9 de julio de 1998, copia de la Sentencia de 25 de agosto de 1988 proferida por la Corte Suprema de Justicia, mediante la cual esa Corte decidió la impugnación formulada contra la sentencia de 16 de julio de 1988, sentencia de tutela T-756 de diciembre 4 de 1998, proferida por la Corte Constitucional en el grado jurisdiccional de revisión, en la cual confirmó la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de fecha 25 de agosto de 1998, que a su vez confirmó parcialmente la providencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali Sala-Civil de Julio 16 de 1998, Memorial de Solicitud de nulidad dirigida a la Corte Constitucional, sin firma (folio 249 a 265, cuaderno 9), fotocopia del concepto del Doctor Sergio Muñoz Laverde dirigido al Presidente de Salud Colmena con fecha 3 de febrero de 1.999, conceptos emitidos por la Superintendencia Nacional de Salud en comunicaciones No. 18760 de 14 de noviembre de 1997 y No. 6 de agosto de 1.998.

La entidad demandante aportó copia auténtica expedida por la Secretaría General de la Corte Constitucional que contiene el auto del 18 de noviembre de 1999, mediante el cual esa Corporación negó por improcedente la nulidad solicitada contra la sentencia T-756 de 1998, (folio 226 cuaderno 12, exp.28.525).

## **2.5. Prueba Pericial**

En el expediente No. 28.525 obra el dictamen rendido el 4 de octubre de 2002 por los peritos contadores Guillermo Grajales y Jaime Gómez (Folio 1 a 23, cuaderno 4 exp. 28.525) y, a su vez, en el expediente No. 27.004 obra el dictamen rendido el 10 de junio de 2003, por los peritos contadores Maria Inés Afanador y Sergio Antonio Alarcón.

## **2.6. Interrogatorio de Parte.**

Dentro del expediente 27.004, consta que el 9 de junio de 2003 la representante legal suplente de SALUD COLMENA E.S.P., absolvió el interrogatorio de parte decretado a solicitud del Ministerio de Salud. (Folio 19 cuaderno 3, exp. 27.004).

## **3) La acción pertinente**

### **3.1. Alcance de la Acción de Tutela frente a la definición del recobro en el Sistema de Seguridad Social en Salud.**

En este caso la Sala comparte las consideraciones que la Corte Constitucional expuso al rechazar el recurso de anulación formulado contra la sentencia de revisión de tutela T-756/98, en cuanto dejó establecido que para el caso del recobro del tratamiento médico de la señora CLARA JULIANA CALDERÓN CASTRO, la instancia apropiada para definir la distribución de cargas financieras frente al Sistema de Seguridad Social entre la Empresa Promotora de Salud y el Ministerio de Salud no era la del Juez de Tutela, el cual en su oportunidad se ocupó de la procedencia del amparo del derecho fundamental a la salud por parte de la E.P.S., al paso que encontró claro que la controversia económica acerca del recobro debía llegar a la instancia judicial ordinaria, asunto que ahora la Sala advierte como procedente en el proceso ordinario ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo –no en sede de la acción de tutela- teniendo en cuenta la condición de La Nación Ministerio de Salud, entidad estatal contra la cual se entablaron las acciones impetradas por la entidad promotora de salud para pretender el reconocimiento de los gastos adicionales del tratamiento médico prestado en el exterior y que en la instancia de tutela existió una discusión al margen del amparo al derecho a la vida y a la salud de la peticionaria acerca de la distribución de los gastos entre la empresa promotora de salud y el Ministerio de Salud, la cual fue excluida de la decisión por parte de la Corte Suprema de Justicia al resolver el recurso de impugnación de la providencia de tutela, confirmada por la Corte Constitucional, tanto en la sede de revisión de la decisión de Tutela como al desatar el correspondiente recurso de anulación.

En efecto, se encuentra debidamente acreditado que SALUD COLMENA E.P.S., presentó recurso de anulación contra la sentencia T-756/98 y en conocimiento del mismo la Corte Constitucional, mediante auto del 18 de noviembre de 1999, negó por improcedente la nulidad solicitada contra la sentencia T-756 de 1998, y en las consideraciones observó lo siguiente:

“Como puede observarse de la lectura de la parte motiva de esta sentencia, cuya nulidad se pretende, se desprende que no se ha negado la posibilidad de repetición contra el Estado por parte de la EPS Salud Colmena, como lo aduce el solicitante de la nulidad. Ocurre que a diferencia de los supuestos de hecho analizados en las tutelas que finalmente se decidieron en la SU-480 de 1997, en el evento concreto analizado en la tutela T-756 de 1998, cuestionada, como quiera que se involucran interpretaciones sobre el alcance tanto de las cláusulas contractuales como de normas legales, es evidente que es al juez ordinario a quien le corresponde definir lo relativo a los eventuales valores económicos que legal o contractualmente corresponda o no desembolsar a la empresa de medicina prepagada, que a su vez ofrece el plan obligatorio de salud, pues el juez de tutela no puede invadir órbitas ni atribuirse competencias ajenas previamente definidas por el ordenamiento jurídico nacional.”<sup>17</sup> (La subraya no es del texto).

Acerca de la posición expuesta por la Corte Constitucional, debe tenerse en cuenta que esa Corporación ha considerado que el derecho de recobro al Fondo de Solidaridad y Garantía por parte de las E.P.S., tratándose de servicios no incluidos en el Plan Obligatorio de Salud, no procede en la instancia de tutela en tanto se determine que existe otro obligado a asumir el costo:

“[E]s importante señalar que si bien la regla general en la jurisprudencia constitucional es que cuando se ordena a una EPS la prestación de un servicio médico no incluido en el POS, se ordena a su vez el reconocimiento del derecho al recobro por el monto que legal y reglamentariamente no le corresponda asumir respecto del mismo, muchas veces se ordena la prestación del servicio médico para proteger el derecho a la salud del usuario, pero no se ordena el recobro ante el FOSYGA. Así sucede, por ejemplo, cuando se determina que el servicio médico sí estaba incluido en el POS<sup>18</sup> y cuando existe otro obligado a asumir el costo del servicio por tener capacidad económica suficiente<sup>19</sup>. (la subraya no es del texto)

Se advierte igualmente que la Corte Suprema de Justicia también compartió en varias providencias la interpretación acerca de las restricciones al alcance del Juez de Tutela para definir el asunto del recobro de los pagos excluidos del Plan Obligatorio de Salud, así:

“Así, entonces, no existiendo ninguna premisa normativa que obligue al juez constitucional a facultar expresamente a las EPS para realizar recobros por la asunción de pagos derivados del suministro de medicamentos, servicios o implementos excluidos del POS, se extralimitó el Tribunal al entrar a definir un

---

<sup>17</sup> Tomado de la copia auténtica de la providencia que obra al folio 226 cuaderno 12, exp.28.525

<sup>18</sup> “Sentencias T-750 de 2004 (MP Rodrigo Uprimny Yepes), Sentencia T-859 de 2003 (MP Eduardo Montealegre Lynett); T-860 de 2003 (MP Eduardo Montealegre Lynett); T- 112 de 2005 (MP Jaime Araujo Rentería), T-1278 de 2005 (Humberto Sierra Porto), T-078 de 2005 (MP Marco Gerardo Monroy Cabra).”

<sup>19</sup> “Por ejemplo en la Sentencia T-959 de 2004 (MP Manuel José Cepeda) se estudió el caso de una niña de tres años que padecía *diabetes mellitus tipo 1 insulino dependiente*, y que requería para mantenerse con vida ser inyectada con insulina diariamente y que se le midiera varias veces al día los niveles de azúcar en la sangre, para lo que requería jeringas y tirillas de medición de glucosa en la sangre. La Corte consideró que, dados los ingresos y egresos de los padres, era con cargo a ellos y no al FOSYGA que se debían prestar los servicios a la menor. Se afirmó en dicha providencia: “Los jueces de tutela y los accionantes no deben olvidar que los recursos del Fosyga, están destinados exclusivamente para las personas que les es imposible, por sus propios medios económicos, acceder a tratamientos, medicamentos o pruebas de diagnóstico excluidos del P.O.S, que requieran con urgencia para salvaguardar su vida y su integridad.”.”.

*asunto administrativo de contenido económico que no tenía por qué ser abordado en el marco de la acción de tutela.*<sup>20</sup>

En consideración a lo anterior, la Sala observa que las decisiones de tutela hicieron tránsito a cosa juzgada y no son materia de discusión en el presente proceso.

### **3.2. La improcedencia, en el presente caso, del ejercicio de la acción contractual para el recobro de los gastos del tratamiento médico.**

El artículo 87 del Código Contencioso Administrativo consagra la acción de controversias contractuales en los siguientes términos:

*“DE LAS CONTROVERSIAS CONTRACTUALES. Cualquiera de las partes de un contrato estatal podrá pedir que se declare su existencia o su nulidad y que se hagan las declaraciones, condenas o restituciones consecuenciales, que se ordene su revisión, que se declare su incumplimiento y que se condene al responsable a indemnizar los perjuicios y que se hagan otras declaraciones y condenas.”*

La entidad demandante expuso que no existía claridad acerca de la acción pertinente en este caso, en cuanto a la diferenciación entre la acción contractual y la de reparación directa, teniendo en cuenta que la Corte Constitucional había considerado la presencia de un contrato de concesión de servicios públicos y la obligación de llevar las diferencias entre las partes a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, según las consideraciones de la sentencia C- 350 de 1997<sup>21</sup>.

No obstante, se advierte que la Ley 80 de 1993, contentiva del Estatuto de Contratación Estatal, definió el contrato de concesión así:

*“Son contratos de concesión los que celebran las entidades estatales con el objeto de otorgar a una persona llamada concesionario la prestación, operación explotación, organización o gestión, total o parcial, de un servicio público, o la construcción, explotación o conservación total o parcial, de una obra o bien destinados al servicio o uso público, así como todas aquellas actividades necesarias para la adecuada prestación o funcionamiento de la obra o servicio por cuenta y riesgo del concesionario y bajo la vigilancia y control de la entidad concedente, a cambio de una remuneración que puede consistir en derechos, tarifas, tasas, valorización, o en la participación que se le otorgue en la explotación del bien, o en una suma periódica, única o porcentual y, en general, en cualquier otra modalidad de contraprestación que las partes acuerden.”*

A su turno la misma Ley 80 de 1993 contempló la posibilidad de que la concesión de los servicios y actividades de telecomunicaciones pudieran tener lugar a través de dos (2) medios o instrumentos completamente diferentes entre sí: mediante contratos o a través de licencias.<sup>22</sup>

---

<sup>20</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal - Sala de Decisión de Tutelas, Magistrado Ponente, José Leonidas Bustos Martínez, Aprobado Acta Número 194, 22 de mayo de 2012.

<sup>21</sup> En relación con la Ley 335 de 1996, acerca de la televisión privada en Colombia.

<sup>22</sup> “Los servicios y las actividades de telecomunicación serán prestados mediante concesión otorgada por contratación directa o a través de licencias por las entidades competentes, de acuerdo con lo dispuesto en el Decreto-ley 1900 de 1990 o en las normas que la sustituyan, modifiquen o adicionen.”

Por otra parte, la sentencia citada por el demandante se refirió al contrato de concesión de servicios públicos y en lo que importa para este caso advirtió la dualidad de contenidos contractuales y regulatorios que conviven dentro de las relaciones jurídicas entre el Estado concedente y el particular concesionario del servicio público:

*“En cuanto a las relaciones jurídicas que surgen de un contrato de concesión de servicio público, se tiene, en primer lugar las que se establecen entre el concesionario y el concedente, a quienes una vez celebrado el contrato, que es un contrato con el Estado, los une un vínculo contractual, por lo que los conflictos que eventualmente surjan deberán resolverse en la jurisdicción contencioso administrativa; en segundo lugar se encuentran las relaciones que se establecen entre el concesionario y el usuario, su regulación depende de si se trata de un servicio público de uso obligatorio o facultativo, si es obligatorio la relación será reglamentaria, si es facultativo en principio la relación será contractual; en tercer lugar están las relaciones que se establecen entre el concesionario y el personal que colabora en la prestación del servicio, las cuales se regulan por el derecho privado, correspondiéndole a la justicia ordinaria dirimir los conflictos que de ellas surjan.*

(...)

*El contrato estatal a través del cual se otorga la concesión de un servicio público, es un acto complejo, cuyos términos pueden verse afectados en dos casos: por decisiones de la administración pública dirigidas a la mejora del servicio, o por disposiciones legales o reglamentarias posteriores, adoptadas por motivos de utilidad pública o de interés general, frente a los cuales deberá ceder el interés particular.”<sup>23</sup>*

La Sección Tercera del Consejo de Estado estableció la presencia del contrato de concesión en el evento de la tipificación de sus notas características, con independencia de la denominación que las partes le den al convenio<sup>24</sup> y en esa providencia mencionó igualmente la confluencia del régimen legal y contractual:

*“En otras palabras y como en precedente ocasión lo ha expresado la Sala, por virtud de la concesión una entidad de derecho público, llamada concedente, entrega a una persona natural o jurídica, llamada concesionario, el cumplimiento de uno de los siguientes objetivos: prestación de un servicio público, o la construcción de una obra pública, o la explotación de un bien estatal; en la doctrina, asimismo, se han formulado multiplicidad de conceptualizaciones respecto del tipo contractual en comento; entre ellas puede hacerse alusión a la que ofrece Gastón Jèze, para quien “por el contrato de concesión de un servicio público, el concesionario se compromete a hacer funcionar este servicio en la forma establecida por la administración en el acto de concesión”. Prácticamente todas las definiciones hacen referencia al menos a dos elementos como integrantes del tipo contractual que nos ocupa: de un lado, la existencia de un régimen legal —en sentido amplio— que de manera previa regula el*

---

<sup>23</sup> C -350 de 1977

<sup>24</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, 18 de marzo de 2010, radicación número: 25000-23-26-000-1994-00071-01(14390), actor: Sociedad Compañía de inversiones y Proyectos Coinverpro Ltda., demandado: Junta Administradora Seccional de Deportes de Bogotá D.C.

*funcionamiento del servicio concesionado, régimen que puede ser delineado, alterado o definido por la administración y, de otro, las condiciones en las cuales esta última conviene con el particular la prestación del servicio, la construcción, el mantenimiento, la explotación de la obra, etcétera; en otros términos, se trata de una modalidad contractual.”*

En este punto, a propósito del caso concreto que ocupa la atención de la Sala, se observa que las Entidades Promotoras de Salud fueron estructuradas como intermediarias en el aseguramiento del servicio público de Salud, el cual ha sido concebido constitucionalmente como un servicio público a cargo del Estado<sup>25</sup> y requieren un permiso de funcionamiento que las ubica, sin duda, en una situación concesional compleja, como delegatarias de actividades propias del Estado, desde la definición misma de la Ley 100 de 1993<sup>26</sup>, no obstante lo cual la autorización para el ejercicio de su actividad deriva de un acto administrativo y no de un contrato de concesión.

Por otra parte, sin perjuicio de la referida situación concesional, se tiene en cuenta que la responsabilidad por el reembolso de las cuentas de gastos supuestamente excluidas del Plan Obligatorio de Salud que se discute en este caso se encuentra en el ámbito de las relaciones regulatorias establecidas al amparo de la Ley 100 de 1993 y no se ha invocado por la entidad demandante un incumplimiento surgido de la violación de acuerdos entre las partes, sino un daño antijurídico que se habría ocasionado como consecuencia de la negativa al pago de los denominados gastos adicionales del tratamiento en el exterior, por lo cual no resulta procedente el ejercicio de la acción de controversias contractuales.

Agrégase a lo anterior que de cara a la Ley 80 de 1993, los contratos estatales se encuentran regulados bajo la exigencia general del escrito como elemento de existencia del contrato en cuanto contenga el acuerdo sobre el objeto y la contraprestación, tal como lo establece el artículo 41 de la Ley 80 de 1993, vigente para la época en que SALUD COLMENA E.P.S., dice haberse formado el contrato de concesión cuya existencia solicitó declarar y ocurre que en el sub lite no se aportó prueba alguna que permita concluir que, con observancia de las solemnidades *ad sustanciam actus* que consagra la ley para el efecto, realmente se hubiere perfeccionado contrato alguno de concesión entre la entidad estatal demandada, Nación – Ministerio de Salud, por una parte y por otra la Entidad Promotora de Salud ahora demandante.

De otro lado, en cuanto la parte actora pretende que el aludido contrato de concesión se habría configurado a partir de la autorización de funcionamiento del programa de prestación de servicios del Plan Obligatorio de Salud conferida a favor de SALUD COLMENA E.P.S., resulta indispensable precisar que dicho acto administrativo de autorización fue expedido por la Superintendencia Nacional de Salud, entidad estatal con personería jurídica propia<sup>27</sup> y, por lo tanto, distinta por

---

<sup>25</sup> Artículo 48: *La Seguridad Social es un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, con sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que establezca la Ley.”*

<sup>26</sup> “ARTÍCULO 177. DEFINICIÓN. *Las Entidades Promotoras de Salud son las entidades responsables de la afiliación, y el registro de los afiliados y del recaudo de sus cotizaciones, por delegación del Fondo de Solidaridad y Garantía. Su función básica será organizar y garantizar, directa o indirectamente, la prestación del Plan de Salud Obligatorio a los afiliados y girar, dentro de los términos previstos en la presente Ley, la diferencia entre los ingresos por cotizaciones de sus afiliados y el valor de las correspondientes Unidades de Pago por Capitalización al Fondo de Solidaridad y Garantía, de que trata el título III de la presente Ley. “*

<sup>27</sup> Decreto 1259 de 1994., “Artículo 1o. NATURALEZA JURÍDICA. *La Superintendencia Nacional de Salud es un organismo de carácter técnico, adscrito al Ministerio de Salud, con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio independiente.”*

completo del Ministerio de Salud, lo cual evidencia la imposibilidad de que un acto expedido por la referida Superintendencia pudiese tenerse como elemento esencial de perfeccionamiento para deducir la existencia de un contrato estatal con una entidad diferente como lo es La Nación – Ministerio de Salud; a ello se agrega que la Superintendencia de Salud no fue demandada y ni siquiera vinculada a los procesos judiciales promovidos por la actora, razón más que suficiente para concluir acerca de la inexistencia de un contrato que se habría originado con la actuación administrativa de una parte ajena a los procesos que ahora se deciden en segunda instancia, amén de que nunca se alegó y menos se probó que cuando la Superintendencia Nacional de Salud le expidió a SALUD COMENA E.P.S., el permiso o autorización de funcionamiento del programa de prestación de servicios del POS, en lugar de actuar en virtud de sus propias competencias, lo hubiere hecho con el fin de vincular contractualmente a otra persona jurídica de Derecho Público en virtud de algún poder especial, general o delegación de funciones que aquella le hubiere otorgado o conferido para que pudiera actuar válidamente en su nombre y representación.

No sobra advertir que esta consideración por ningún motivo significa desconocer que en la relación jurídica entre el Estado y el particular a quien se delega el servicio público, se predica la aplicación de los principios orientadores de la función administrativa previstos en el artículo 209 de la Constitución Política, los cuales se imponen tanto a las entidades del Estado como a los particulares que administran recursos públicos, entre ellas las E.P.S., cuando actúan como delegatarias del FOSYGA, anotación que la Sala agrega teniendo en cuenta que la aplicación de tales principios ha sido invocada por la doctrina como una de las razones por las cuales se debe reconocer la situación concesional, entre el Estado y el prestador del servicio público, para exigir la aplicación de tales principios, mas se precisa ahora que no se requiere acudir a la situación contractual en este caso particular si se tiene en cuenta que los dictados del artículo 209 de la Constitución Política contienen principios no exclusivos de la contratación pública puesto que se exigen en la esfera general del ejercicio de las funciones administrativas.

### **3.3. La improcedencia, en este caso, de ejercer la acción de reparación directa con el propósito de obtener la reparación de perjuicios que provienen de un acto administrativo que declaró la inexistencia del título obligacional para el recobro.**

La acción de reparación directa, que también se dijo instaurar en este caso, se encuentra definida en el artículo 86 del Código Contencioso Administrativo en los siguientes términos:

*“ARTICULO 86. ACCION DE REPARACION DIRECTA. La persona interesada podrá demandar directamente la reparación del daño cuando la causa sea un hecho, una omisión, una operación administrativa o la ocupación temporal o permanente de inmueble por causa de trabajos públicos o por cualquiera otra causa.”*

En lo que compete a la acción de reparación directa alegó la demandante que el perjuicio por cuya reparación demanda lo habría causado la Nación Ministerio de

---

Decreto 1018 de 2007, **“Artículo 1º. Naturaleza.** La Superintendencia Nacional de Salud, como cabeza del Sistema de Inspección, Vigilancia y Control del Sistema General de Seguridad Social en Salud, es una entidad de carácter técnico adscrita al Ministerio de la Protección Social, con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio independiente.”

Salud por la omisión en el pago de los gastos adicionales del tratamiento médico que, a su juicio, le ha debido reembolsar teniendo en cuenta la situación legal invocada acerca de la supuesta no inclusión del respectivo servicio en el exterior dentro del Plan Obligatorio de Salud y la negativa del mismo Ministerio de Salud a adelantar el trámite de recobro.

La Sala encuentra que en este caso la actuación del Ministerio de Salud objeto de la controversia no corresponde a una operación administrativa, según la noción que al respecto ha precisado la jurisprudencia del Consejo de Estado, según la cual:

*“La operación administrativa para los efectos del antecitado artículo 86, no es otra cosa que un conjunto de actuaciones materiales o hechos tendientes a la ejecución de una decisión administrativa. La operación administrativa es la actividad material de una entidad pública o persona privada en ejercicio de funciones administrativas, que tiene por objeto la ejecución de los actos administrativos.”<sup>28</sup>*

Pues bien, en el libelo introductorio de cada una de las demandas acumuladas no se pusieron de presente cuáles habrían sido las actuaciones administrativas, o las operaciones de pago –que en el sistema de seguridad social ocurren por compensación de cuentas- ni el conjunto de hechos y actuaciones que se habrían desplegado frente a los trámites de recobro, las cuales habrían dado lugar a la operación administrativa susceptible de reclamación por la vía de la acción de reparación directa, en caso de haber ocasionado un daño antijurídico.

Tampoco se identificó en el libelo un hecho o una omisión imputable a la entidad estatal demandada que se tuviera como causa del daño, pues lo que tuvo existencia fue un verdadero acto administrativo en cuanto manifestación de voluntad de la Administración Pública, proferida en ejercicio de sus funciones administrativas, directa y reflexivamente encaminada a la producción de efectos en el mundo del Derecho, en cuya virtud se denegó la solicitud del reconocimiento del recobro que en su oportunidad formuló la hoy actora, decisión administrativa que las propias demandas señalaron como el punto en que precisamente se materializó el daño cuya reparación se reclama.

Y Si bien se ha admitido que la acción de reparación directa es la procedente en algunos eventos para discutir los gastos rechazados por glosas administrativas formuladas en el trámite de recobro, bien sea por omisión o por razón de las actuaciones del trámite mismo<sup>29</sup>, no es menos cierto que en el presente caso la causa de los perjuicios cuya reparación se pretende encuentra origen, como la propia demandante lo ha puesto de presente, en la decisión que adoptó La Nación -Ministerio de Salud en el sentido de negar la solicitud de recobro que elevó la propia demandante, cuestión que evidencia la existencia de un verdadero acto administrativo cuya presunción de legalidad debió ser desvirtuada con el propósito de que la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo dispusiera retirarlo del mundo jurídico como presupuesto indispensable para que se pueda examinar de fondo y eventualmente acoger la pretensión de restablecimiento del derecho

---

<sup>28</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Consejero ponente: Ramiro Saavedra Becerra, 11 de febrero de dos mil nueve (2009), Radicación número: 25000-23-26-000-1992-07963-01(15036), Actor: German Rojas Olarte y otros, demandado: Empresa de Telecomunicaciones de Santa fe de Bogotá.

<sup>29</sup> Por ejemplo para los eventos de recobro ante el FOSYGA regulados en forma expresa por el Decreto 347 de 2013 en el cual se invoca la caducidad de la acción de reparación directa.

afectado, lo cual supone y exige el ejercicio oportuno y adecuado de la acción que la ley ha consagrado y regulado para el efecto.

**3.4. La procedencia de la acción de nulidad y restablecimiento contra la decisión administrativa contenida en el oficio de 14 de junio de 2001, a través del cual el Ministerio de Salud negó el trámite de recobro por falta de título obligacional.**

Las dos Salas del Tribunal *a quo*, que conocieron cada uno de los procesos ahora acumulados, optaron por declarar la ineptitud de la demanda al considerar que la acción procedente era la prevista en el artículo 85 del Código Contencioso Administrativo, es decir la de nulidad y restablecimiento contra el acto administrativo expedido por el Director General de Aseguramiento del Ministerio de Salud, fechado el 14 de junio de 2001, cuyo contenido corresponde a la negativa del Ministerio de Salud a dar trámite al recobro solicitado por SALUD COLMENA E.P.S., con fundamento en el concepto de la oficina jurídica que se invocó y presentó como anexo de la comunicación, en el cual se concluyó que no existía obligación alguna a cargo del Ministerio de Salud –FOSYGA-.

En orden a seguir con el análisis de la actuación citada, la Sala considera necesario transcribir aquí el contenido de la petición de la entidad demandante y de la respuesta del Ministerio de Salud, que consta en el citado oficio de fecha 14 de junio de 2001:

*“Bogotá, abril 4 de 2001*

*Doctor  
CARLOS MARIO RAMIREZ RAMIREZ  
Director General de Seguridad Social  
MINISTERIO DE SALUD*

*REF: CASO CLARA JULIANA CALDERON NO. T- 756/98*

*Apreciado Doctor:*

*Por medio de la presente me permito presentar para recobro el caso de la señora CLARA JULIANA CALDERÓN CASTRO, identificada con cédula de ciudadanía número 66.985.447, afiliada a COLMENA Salud y teniendo en cuenta el fallo emitido por la Corte Constitucional, dentro de la acción de tutela instaurada, haciendo valer el derecho a la vida, a la salud y a la integridad física; ya que refiere como diagnóstico anemia plástica de Falconi, y siendo necesario para preservar la vida la realización de un Trasplante Heterólogo de médula ósea el cual se tuvo que realizar en el exterior para dar respuesta al fallo ya que en Colombia no existe tecnología requerida para tal procedimiento. (La subraya no es del texto).*

*Para el efecto anexo los siguientes documentos<sup>30</sup>:*

*(..)*

*Cualquier otra aclaración con gusto la suministraremos,*

*Cordial Saludo*

---

<sup>30</sup> 1.814 folios los cuales corresponden a las providencias judiciales y las facturas presentadas.

VOLMAR JAIME GONZALEZ  
Representante Legal  
SALUD COLMENA E.P.S.<sup>31</sup>

Acerca de la anterior comunicación, contestó el Ministerio de Salud:

*“Bogotá, D.C., 14 de junio de 2001-*

*Doctor*  
JAIME ESTEBAN SUÁREZ R.  
Representante Legal COLMENA Salud EPS  
Av. El Dorado 69 C -03  
Bogotá

*Cordial Saludo,*

*Este Despacho ha recibido la solicitud de recobro, presentada por la EPS COLMENA Salud mediante oficio de referencia, soportada en la sentencia de primera instancia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, revocado su número 3º por la Corte Suprema de Justicia y confirmada por sentencia T- 756 de la Corte Constitucional, en el caso de CLARA JULIA (sic) CALDERÓN, la cual una vez analizada merecen (sic) las siguientes precisiones.*

*Una vez analizadas por la oficina Jurídica las decisiones tomadas en las diferentes instancias que soportan el recobro **(anexo copia) se concluye que no existe obligación alguna** por parte del Ministerio de Salud – FOSYGA por cuanto el fallo de segunda instancia lo exoneró en tal sentido.*

*Por lo antes mencionado, me permito devolver sin tramitar la documentación allegada a este despacho que soporta la solicitud de recobro de la E.P.S. COLMENA, la que en el presente caso no es procedente y no constituyen (sic) obligación alguna por parte del Ministerio de Salud o el FOSYGA. (La subraya no es del texto).*

*Atentamente.*

CARLOS MARIO RAMIREZ RAMIREZ  
Director General de Aseguramiento

*Radicado No. 26415  
Anexo lo enunciado 1814 folios  
Elaboró Carlos Rincón”*

Por su parte, el concepto de la Oficina Jurídica que se anuncia como anexo de la comunicación transcrita y que complementa, explica y desarrolla los motivos de esta, corresponde a la Nota Interna GDL No.02315 de 11 de junio de 2001, suscrita por el Jefe de la Oficina y Apoyo Legislativo del Ministerio de Salud, dirigida al Director General de Aseguramiento del Ministerio de Salud, con el siguiente asunto: *“Cuenta de cobro presentada por Salud Colmena EPS, Cali,*

---

<sup>31</sup> Original obrante al folio 130, cuaderno 12, exp. 28.525, radicada el 6 de abril de 2001.

Accionante: CLARA JULIANA CALDERÓN CASTRO<sup>32</sup>, en la cual se presenta un análisis de las providencias judiciales del caso y se concluye lo siguiente:

*“Así las cosas y dado que las sentencias son de obligatorio cumplimiento y en el caso que nos ocupa fueron agotadas todas las instancias y acciones permitidas dentro de nuestro ordenamiento jurídico, el Ministerio de Salud- Fondo de Solidaridad y Garantía no debe tramitar la cuenta de recobro del fallo de tutela a favor de EPS COLMENA, por cuanto como ya ha quedado ampliamente demostrado el fallo de segunda instancia, el cual se encuentra en firme, exoneró al Ministerio en tal sentido.”*

Acerca de las discusiones sobre la acción pertinente, constituye jurisprudencia constante de esta Sala que, en el marco de la estructura de la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo establecida por el ordenamiento jurídico colombiano, la escogencia de la acción no depende de la discrecionalidad de la parte demandante, sino del origen del perjuicio alegado; en este sentido la Sala ha afirmado:

*“[...] la acción procedente para solicitar la indemnización de daños generados por un acto administrativo, precisando que el criterio útil en la determinación de la acción procedente para reparar daños generados por la administración es el origen de los mismos, de manera tal que si la causa del perjuicio es un acto administrativo debe acudir a la acción de nulidad y restablecimiento del derecho. Dicho criterio tiene por fundamento, además del texto del artículo 85 del CCA, una regla práctica: si el daño es generado por un acto administrativo ilegal, para que la reparación sea posible será necesario, de modo previo, dejarlo sin efectos y ello, dada la presunción de legalidad que lo cubre, sólo será posible con la declaración judicial de anulación del mismo<sup>33</sup>.*

*Ahora bien, la acción de reparación directa, consagrada en el artículo 86 del Código Contencioso Administrativo, si bien coincide en su naturaleza reparatoria con la de nulidad y restablecimiento del derecho, difiere de ésta última en la causa del daño. En efecto, como se deduce de todo lo dicho, la primera solo será procedente en los casos en los cuales el perjuicio haya sido causado por un hecho, una omisión, una operación administrativa, la ocupación temporal o permanente de un inmueble. En cambio la de nulidad y restablecimiento del derecho procede siempre que el origen del daño hubiere sido un acto administrativo viciado de algún tipo de ilegalidad, salvo que, como lo ha precisado la Sala, el daño alegado se origine en la eficacia misma del acto administrativo, caso en el cual, al no pretenderse la declaratoria de ilegalidad, sí resultaría procedente la acción de reparación directa<sup>34</sup>.*

Igualmente el Consejo de Estado ha insistido en que la acción pertinente para desvirtuar la presunción de legalidad que ampara un acto administrativo, cuando se pretende fundar en tal acto la reclamación por el perjuicio causado, es la de nulidad y restablecimiento del derecho:

---

<sup>32</sup> Aportada al proceso en respuesta a la solicitud de pruebas documentales, dentro de los antecedentes administrativos de la reclamación, con oficio No. 4121 del 25 de julio de 2002 de la Oficina Jurídica y de Apoyo Legislativo del Ministerio de Salud. (Folio 1 cuaderno 3, exp. 28.525)

<sup>33</sup> Cita textual del fallo: Auto del 13 de diciembre de 2001, expediente 20.678.

<sup>34</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 23 de abril de 2008, Exp. 15906.

*“Así las cosas, es indudable que la indemnización del perjuicio ocasionado a la demandante con la expedición de un acto administrativo exige desvirtuar previamente la presunción de legalidad del mismo, lo cual se materializa a través del mecanismo procesal de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho. Esto significa que cuando el daño deviene del proferimiento de un acto administrativo que se acusa de ilegal, no es posible acudir a la jurisdicción para obtener directamente la indemnización correspondiente, mediante la acción de reparación directa.”*<sup>35</sup>

Por otra parte y como se comentó anteriormente, es cierto que la misma Sección Tercera del Consejo de Estado ha admitido la procedencia de la acción de reparación directa frente a las reclamaciones por cobranzas originadas en la prestación de servicios de salud, pero cuando no existe título ejecutivo para soportar la obligación y a diferencia del caso que ahora se examina, cuando no existe de por medio tampoco acto administrativo que resuelva el fondo del asunto o que haga imposible continuar con la actuación correspondiente, así:

*“Ante documentos en esas condiciones no es posible entender que la acción ejecutiva sea la idónea, tal entendimiento implica negar el acceso del demandante a la administración de justicia, por cuanto presentados como título de recaudo dentro de un proceso ejecutivo probablemente se le negará el mandamiento de pago precisamente por ausencia de título ejecutivo, con lo cual se le imposibilitaría al actor la reclamación de los valores que según lo afirmado en la demanda, se le adeudan por concepto de la prestación de los servicios de salud. Es decir, el accionante está en la necesidad de constituir un título ejecutivo del cual carece y precisamente ese es el propósito que persigue con esta acción. En consecuencia, como lo que se pretende con la demanda es que se declare la responsabilidad de la demandada por los perjuicios ocasionados al actor con la omisión en el pago de los servicios de atención en salud que le prestó a la población desplazada y como consecuencia se le condene al pago de lo adeudado, la acción idónea es la de reparación directa, esto es la ejercida.”*<sup>36</sup> (La subraya no es del texto)

Es importante hacer notar que en el caso que dio lugar a la providencia que se acaba de citar, la entidad demandante impetró la acción de reparación directa con base en las facturas de prestación del servicio de salud e invocó en los hechos de la demanda que en respuesta a su solicitud de pago había recibido de parte del Ministerio de la Protección Social la devolución de documentos y la negativa a adelantar el trámite pero sencillamente *por incumplimiento de requisitos*, según se da cuenta en la relación de los hechos incluida en la respectiva providencia<sup>37</sup>.

En el mismo sentido la Sección Tercera del Consejo de Estado con fundamento en la jurisprudencia anterior concluyó que el aplicable era el término de caducidad previsto para la acción de reparación directa, contado a partir de la fecha en que

---

<sup>35</sup> Consejo De Estado. Sala De Lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección C. Consejero Ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa,. 25 de Mayo de 2011. radicación número: 68001-23-31-000-2010-00231-01(39794), actor: Ilse Milena Jaimes Silva, demandado: Departamento de Santander y otros

<sup>36</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Consejera ponente: Ruth Stella Correa Palacio, 28 de septiembre de 2006, radicación número: 41001-23-31-000-2004-01533-01(30550), actor: Centro Médico del Sur LTDA., demandado: Nación - Ministerio de Protección Social y Otros, asunto: acción de reparación directa - apelación auto.

<sup>37</sup> *“v. Que ante tal negativa, el actor remitió el 19 de febrero de 2004 al despacho del señor Ministro de la Protección Social, cuenta de cobro por valor de \$190.041.076.oo. y que en respuesta a dicha cuenta de cobro no se obtuvo el pago sino la devolución de la misma por supuesto incumplimiento de requisitos.”*

finalizó la prestación de los servicios, cuyo reconocimiento se reclamaba, para establecer la oportunidad de las conciliaciones extrajudiciales relacionadas con la cobranza de servicios de salud, pero a diferencia del caso que ahora se resuelve en segunda instancia, en cuanto tampoco mediaba, ante dicha situación fáctica, contrato alguno ni acto administrativo que hubiere resuelto la petición de pago, así:

*“La Sala ha aceptado el ejercicio de la acción de reparación directa con fundamento en la omisión de la entidad pública en efectuar el pago por tal concepto, razón por la cual el análisis del requisito de la caducidad de la acción se llevará a cabo frente a dicha acción.*

(...)

*Ahora bien, para efectuar el cómputo del término de caducidad de la referida acción resarcitoria, se tendrá en cuenta la fecha en la cual finalizó la prestación del servicio de salud, por parte de la entidad convocante.*

*Así las cosas, al encontrarse acreditado que la prestación del servicio de salud, por cuya virtud se celebró la conciliación que aquí se estudia, se produjo hasta el mes de agosto de 2006 y que la solicitud de conciliación fue presentada el 19 de junio de 2008, estima la Sala que en este asunto no ha operado el fenómeno jurídico procesal de la caducidad de la acción, comoquiera que el término de dos (2) dos años previsto en la ley, contados a partir del día siguiente del acaecimiento del hecho –prestación de los servicios de salud– no había fenecido.<sup>38</sup>”*

Ahora bien, teniendo en cuenta que tanto las pretensiones formuladas por la entidad demandante en el caso concreto que ahora se examina, como el contenido de las comunicaciones transcritas en este escenario probatorio, de conformidad con la jurisprudencia enunciada, la Sala estima pertinente efectuar las siguientes precisiones:

i) En el oficio de 14 de junio de 2001 el Ministerio de Salud decidió de fondo, en forma negativa, la solicitud de recobro que elevó la E.P.S., y que pretendió soportar en la sentencia de tutela T-756 /98, y en esa decisión administrativa se declaró la improcedencia del trámite iniciado por la E.P.S., con fundamento en la sentencia de tutela y las providencias de la Corte Constitucional relacionadas con la misma;

ii) El Ministerio de Salud motivó su decisión de 14 de junio de 2001 con fundamento en el concepto distinguido con el No. 2315 del Jefe de la Oficina Jurídica y de Apoyo Legislativo del Ministerio de Salud y advirtió como consideración básica para negar la reclamación la inexistencia de título obligacional a cargo del Ministerio de Salud, de acuerdo con las sentencias aportadas por la entidad petente.

---

<sup>38</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Marzo 25 de 2009, radicación: 440012331000200800130 01 (36.406), actor: Unidad de Cuidados Intensivos Renacer Ltda., demandada: Departamento de La Guajira

iii) La decisión contenida en el oficio de 14 de junio de 2001 constituyó un acto administrativo de carácter definitivo, toda vez que cerró el trámite de recobro frente al FOSYGA, al advertir la inexistencia de la obligación a cargo del Ministerio de Salud, acerca de lo cual se recuerda que la legislación colombiana ha reconocido el carácter de acto administrativo definitivo a aquel que pone fin a la actuación, tal como se encuentra previsto en el artículo 50 del Código Contencioso Administrativo, así:

*“Son actos definitivos, que ponen fin a una actuación administrativa los que deciden directa o indirectamente el fondo del asunto; los actos de trámite pondrán fin a una actuación cuando haga imposible continuarla,”*

Vale la pena precisar que fáctica y conceptualmente el contenido del oficio de 14 de junio de 2001 que resolvió de fondo, negativamente, la solicitud de recobro, resulta diferente de la negativa que se presentó en el caso que motivó la jurisprudencia relacionada anteriormente, acerca de la demanda formulada en ejercicio de la acción de reparación directa y que admitió como procedente la Sección Tercera del Consejo de Estado, toda vez que en el proceso aludido la entidad estatal simplemente advirtió *la falta de requisitos de trámite*, como razón para no realizar el pago requerido, según consta en la providencia ya citada<sup>39</sup>.

Con el fin de apreciar mejor la particularidad del contenido del oficio de 14 de junio de 2001 que se evalúa, también resulta útil observar la evolución normativa que ha tenido el trámite de recobros ante el FOSYGA, en el cual se definió la glosa de carácter administrativo como aquel rechazo del trámite de recobro basado en asuntos de forma, partiendo de una petición que cumple con la prueba de la existencia de la obligación objeto del recobro y, por lo tanto, la devolución por requisitos de trámite se refiere solo a aspectos formales de la documentación o de su contenido que eventualmente puedan ser corregidos, complementados o saneados para reiniciar el cobro, procedimiento de recobro que no estaba regulado con el mismo detalle para la época de los hechos en el caso *sub-lite*, pero que se trae a colación para evidenciar la gran diferencia entre el acto de trámite por cuya virtud la entidad estatal ordena la devolución de documentos por falta de requisitos establecidos en la regulación del procedimiento de recobro y el acto definitivo que deniega o rechaza la petición por inexistencia del título obligacional como el que en este caso profirió el Ministerio de Salud el 14 de junio de 2001 frente a la solicitud de recobro de SALUD COLMENA E.P.S.<sup>40</sup>

---

<sup>39</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Consejera ponente: Ruth Stella Correa Palacio, 28 de septiembre de 2006, radicación número: 41001-23-31-000-2004-01533-01(30550), actor: Centro Médico del Sur LTDA., demandado: Nación - Ministerio de Protección Social y Otros, asunto: acción de reparación directa - apelación auto.

<sup>40</sup> Decreto 347 de 2013, artículo 2º: *“Para efectos de lo dispuesto en el inciso 4º del artículo 11 de la Ley 1608 de 2013, entiéndase por glosa de carácter administrativo como aquella impuesta por la ausencia de requisitos de forma en los soportes y formatos de los recobros presentados ante el Fosyga, estos es aquellos requisitos que no afectan la certeza de la prestación del servicio no incluido en el Plan Obligatorio de Salud POS, y su pago al proveedor o prestador del servicio.”*

iv) La comunicación de 14 de junio de 2001 constituye la base en que se fundó SALUD COLMENA E.P.S., para reclamar la declaratoria judicial de responsabilidad del Estado en el pago de las cuentas por el tratamiento médico de la señora CLARA JULIANA CALDERÓN CASTRO en el exterior, toda vez que es la única actuación de la autoridad administrativa que identificó como causa del daño, teniendo en cuenta que, según advirtió la propia demandante, el perjuicio no se concretó hasta tanto SALUD COLMENA E.P.S., presentó las cuentas para el recobro y se produjo la decisión negativa por parte del Ministerio de Salud.

Aunque la E.P.S., demandante mencionó que tuvo otras actuaciones frente al Ministerio de Salud no acreditó alguna, ni presentó otro trámite o petición de recobro distinto del que se resolvió con la comunicación del 14 de junio de 2001, lo cual se confirmó con el aporte de los antecedentes administrativos que realizó el Ministerio de Salud en cuyo acervo no existió otra actuación y se iteró con la contestación a la demanda en la que el Ministerio advirtió que la E.P.S., no presentó trámite de recobro bajo el procedimiento del Acuerdo 083 de 1997 para el pago de medicamentos de alto costo.

v) La Sala encuentra que el Ministerio de Salud no presentó en este caso una conducta omisiva sino que precisamente se pronunció de fondo y soportó su decisión negativa en la inexistencia de título obligacional a su cargo.

vi) Lo anterior se corrobora nuevamente con el material probatorio de los procesos acumulados pues no se identificó en el acervo respectivo omisión de respuesta a ninguna petición y solamente se encuentra la respuesta con decisión negativa contenida en oficio de 14 de junio de 2.001, la cual no constituye una omisión de pago sino un acto administrativo que denegó el recobro por inexistencia de título obligacional alguno.

De todo lo anterior se concluye que asistió la razón a las dos Salas del Tribunal *a quo* en punto a declarar la ineptitud de las demandas y considerar que en este caso la acción pertinente era la de nulidad y restablecimiento del derecho que ha debido dirigirse contra la decisión administrativa del Ministerio de Salud contenida en el oficio de 14 de junio de 2001, de la cual se pretendió derivar el perjuicio de acuerdo con las pretensiones de la demandante.

En este estado del análisis, se advierte que el ejercicio jurídico de adecuación de la acción, reclamado por la demandante en su apelación, en manera alguna puede prohiar la legitimación de una práctica por parte de los litigantes orientada a no tomar decisión acerca de la acción procedente y demandar por diversas vías con fundamento en los mismos hechos, pues bien se observa que la E.P.S., demandante en este caso duplicó su propio esfuerzo, el del Ministerio de Salud y el de la Rama Judicial, para evitar riesgos de interpretación y que a más de presentar dos demandas con los mismos hechos alegó el deber del Juez de adecuar las pretensiones en caso en que una tercera acción fuera la pertinente, conducta que se pudo justificar en su momento por la reciente expedición de la Ley 100 de 1993 y la cambiante regulación y jurisprudencia de la época, pero

habiéndose decantado la regulación de la aludida Ley 100 de 1993, como unificada la jurisprudencia constitucional y reiterada la jurisprudencia de lo contencioso administrativo acerca de la carga del demandante en la escogencia del mecanismo procesal pertinente para hacer valer sus derechos, no resulta aceptable actualmente una estrategia procesal como la que adoptó la entidad demandante.

#### **4) Improcedencia de la adecuación de la acción para entrar a conocer de fondo en el *sub lite*.**

Ahora bien, la Sala considera necesario estudiar los requisitos para la eventual adecuación de las acciones impetradas con el fin de establecer si puede y debe abocar el conocimiento de fondo de la litis bajo la acción de nulidad y restablecimiento de derecho, en protección del derecho constitucional de acceso a la administración de justicia consagrado en el artículo 229 de la Constitución Política, en ejercicio de su deber de administrar justicia igualmente establecido en los artículos 116 y 228 de la Carta Constitucional, así como en cumplimiento de su obligación de evitar los fallos inhibitorios, como se lo imponen los artículos 37 y 86 del Código de Procedimiento Civil, tal como lo ha reclamado la parte demandante en su apelación; empero, con igual rigor, la Sala evaluará si puede avanzar en la adecuación de la acción para conocer de la nulidad y restablecimiento del derecho con respeto del debido proceso y del derecho de defensa que le asiste a la parte demandada, también de raigambre constitucional de acuerdo con los derechos fundamentales establecidos en el artículo 29 de la Constitución Política, además de tener en cuenta que esta Corporación se encuentra limitada para fallar por el marco del *petitum* de las demandas, tal como se lo impone el principio de la congruencia consagrado en los artículos 170 del Código Contencioso Administrativo y 135 del Código de Procedimiento Civil.

De acuerdo con lo establecido en el artículo 85 del Código Contencioso Administrativo acerca de la Acción de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, se tiene definida la pretensión de la referida acción, así:

*“Toda persona que se crea lesionada en un derecho amparado en una norma jurídica, podrá pedir que se declare la nulidad del acto administrativo y se le restablezca en su derecho: también podrá solicitar que se le repare el daño.”*

Tal como se ha relacionado, en las demandas de los procesos acumulados no se solicitó la declaratoria judicial de nulidad del acto administrativo contenido en el oficio de 14 de junio de 2001 con el objeto de que la decisión fuere retirada del mundo jurídico en sus efectos, al paso que solo se pretendió la declaración de responsabilidad del Ministerio de Salud y la reparación del perjuicio ocasionado por la negativa al pago.

Tampoco se encuentran individualizados, en los escritos de las demandas, los cargos para fundar la nulidad del acto administrativo de 14 de junio de 2001, en forma tal que se pudieran identificar con precisión –según las exigencias legales al respecto- cuáles serían exactamente las normas violadas y el concepto de violación de cada uno de tales preceptos.

Por lo anterior, la Sala concluye que no resulta posible adentrarse en el estudio de fondo de las pretensiones deprecadas por la E.P.S., si se tiene en cuenta que la supuesta infracción de las normas legales en que el acto administrativo debió fundarse no fue invocada por la actora dentro de las demandas de los procesos

acumulados y, lo que es igualmente importante, no se presentó una imputación directa para la anulación del acto que hubiera dado la oportunidad en el *sub-lite* al Ministerio de Salud demandado, para la defensa de su propio acto administrativo, por lo cual el citado acto permanece incólume bajo la presunción de legalidad que lo ampara.

Finalmente, cabe poner de presente que la presunción de legalidad de los actos administrativos encuentra reconocimiento constitucional en el artículo 238 de la Constitución Política, bajo cuyos dictados se fijan los límites de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo y se advierte que la Jurisdicción no puede suspender los efectos de un Acto Administrativo sino por los motivos y con los requisitos que establezca la Ley.

Como lógica consecuencia de todo lo expuesto, la Sala concluye que en esta etapa final del proceso no resulta jurídicamente posible ni viable la adecuación de la acción de reparación directa para convertirla en una acción de nulidad y restablecimiento del derecho, con el fin de entrar a definir la legalidad del acto administrativo cuando ello no fue atacado, por lo cual no se le dio la oportunidad de su defensa a la entidad demandada, de manera que el debate procesal para desvirtuar la presunción de legalidad no tuvo lugar y además no se formuló pretensión alguna encaminada a obtener la declaración judicial de nulidad del aludido acto administrativo.

Por ello la Jurisprudencia del Consejo de Estado ha advertido que *“la legalidad del acto administrativo debe desvirtuarse luego de agotado el trámite de un proceso judicial, tras haberse dado el debate procesal entre quien acusa la legalidad y quien la defiende.”*<sup>41</sup>

Como corolario de lo anterior la Sala no puede acceder a las peticiones del impugnante en el sentido de las acciones impetradas.

## **5) El caso concreto**

En este estado de las consideraciones no ha de agregarse análisis alguno sobre el caso concreto, teniendo en cuenta que la confirmación de la ineptitud de las demandas releva a la Sala de seguir adelante con el estudio de los argumentos de la demandante.

Solamente se hará una anotación que surge de bulto en la relación de los hechos, acerca de la inactividad que observó la parte demandante, teniendo en cuenta que dejó transcurrir más de dos (2) años entre la fecha en que cesó el tratamiento

---

<sup>41</sup> Consejo de Estado, Sala de Lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, Consejera Ponente: Maria Nohemí Hernández Pinzón, 15 de Mayo 2008, radicación Numero: 23001-23-31-000-2008-00089-01, actor: Francisco Miguel Hernandez Muskus, demandado: Gobernador del Departamento de Córdoba

médico ordenado por la vía del amparo de tutela, el 12 de junio de 1999 con el fallecimiento de la señora CLARA JULIANA CALDERÓN CASTRO y la fecha de presentación de las demandas, el 16 de noviembre de 2001, así como se observa que SALUD COLMENA E.P.S., pagó la última de las facturas por concepto del aludido tratamiento médico, según su propia relación, el 8 de noviembre de 1999, al paso que la petición de recobro solo la radicó en el Ministerio de Salud el 6 de abril de 2001.

**6) Condena en costas.**

Habida cuenta que para el momento en que se dicta este fallo, el artículo 55 de la Ley 446 de 1998 indica que sólo hay lugar a la imposición de costas cuando alguna de las partes hubiere actuado temerariamente y, en el *sub lite*, ninguna actuó de esa forma, en el presente asunto no habrá lugar a imponerlas.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

**F A L L A :**

**PRIMERO: Confirmánse** las sentencias proferidas por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 23 de junio de 2004 por la Sección Tercera Sala de Descongestión y el 11 de febrero de 2004 por la Sección Tercera –Subsección B- mediante las cuales se declaró la excepción de inepta demanda.

**SEGUNDO: Sin** condena en costas.

**CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

**HERNAN ANDRADE RINCON**

**MAURICIO FAJARDO GÓMEZ**

**CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA**