



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

Magistrado Ponente: JAIME ENRIQUE RODRÍGUEZ NAVAS

Bogotá D.C., diecinueve (19) de septiembre de dos mil veintidós (2022)

Radicación: 25000-23-36-000-2014-00215-01 (54601)
Demandante: Iberoamericana de Telemedicina Ltda. y otros
Demandados: Nación – Rama Legislativa – Congreso de la República
Referencia: reparación directa

Temas: Responsabilidad patrimonial del Estado legislador.

Subtema 1: Corte Constitucional declara inexecutable una ley.

Subtema 2. Concesión de servicio público y terminación unilateral del contrato.

Subtema 3. Prueba del daño antijurídico.

SENTENCIA SEGUNDA INSTANCIA

La Sala decide el recurso de apelación interpuesto por los demandantes en contra de la sentencia del 16 de marzo de 2015, proferida durante la audiencia inicial por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección A, que denegó las pretensiones de la demanda.

I. SINTESIS DEL CASO

En 2008, Fedemunicipios y una unión temporal, de la que formaron parte, entre otras sociedades, las aquí demandantes, celebraron el contrato 067 de 2008, de concesión de servicios, cuyo objeto era la prestación del servicio de telemedicina a nivel nacional. Tal negocio se fundamentó en la Ley 1151 de 2007, artículo 6, numeral 3.3., inciso 23, y en la Ley 1176 de 2007, artículo 33. Mediante sentencia C-979 del 2010, la Corte Constitucional declaró la inexecutable con efectos retroactivos de las mencionadas normas. Posteriormente, con sustento en el fallo, Fedemunicipios terminó y liquidó unilateralmente el contrato.

Pretenden las demandantes que esta jurisdicción profiera sentencia declarativa de la responsabilidad de la Nación por “error legislativo o judicial que llevó a la frustración, en una vicisitud imprevista y por ello, a la terminación intempestiva del contrato 067 de 2008 (...)”, y que, consecuentemente, condene a la demandada a reparar los perjuicios que causó dicho error.

II. ANTECEDENTES

2.1. La demanda

Las sociedades Iberoamericana de Telemedicina Ltda., Negocity Lurcc Consultores S.A. y Clínica de Especialistas Ltda. C.I., todas ellas integrantes¹ de la Unión Temporal Cardiplus Telemedicina Colombia (en adelante, la Unión Temporal), presentaron

¹ Según el hecho 2.6. de la demanda: “Las inicialmente miembros de la Unión temporal, las sociedades **CARDIPLUS TELEMEDICINA INTERNACIONAL S.A.**, ente social con domicilio principal en la ciudad de Sevilla (España), **CARDIPLUS LTDA.**, ente social con domicilio principal en la ciudad de Sevilla (España), y **GESTIÓN INTEGRAL EN MEDICINA DE EMPRESA S.A.** ente social con domicilio principal en la ciudad de Sevilla (España), poseen, se nos informa, intereses contrapuestos con nuestras poderdantes, al presentarse una querrela contra ellas, que cursa en España y cuya copia simple se anexa a la presente; además, se nos informa, que se encuentran en concurso de acreedores y su representante legal se encuentran en concurso de acreedores y su representante legal se encuentra separado de la administración y gestión. Por esta razón no actúan como demandantes en este proceso.”



demanda² contra la Nación, Rama Legislativa y Rama Judicial, en la que pretenden que esta jurisdicción profiera sentencia declarativa de la responsabilidad de la demandada por el "ERROR LEGISLATIVO O JUDICIAL que llevó a la frustración, en una vicisitud imprevista y por ello, a la terminación intempestiva del contrato 067 de 2008, celebrado el 01 octubre [sic] de 2008" celebrado, luego de un procedimiento de selección, entre la Federación Colombiana de Municipios (en adelante, Fedemunicipios) y la Unión Temporal, y que, consecuentemente, la condene al resarcimiento de perjuicios "materiales y morales, patrimoniales y extrapatrimoniales, por daño emergente y lucro cesante que se acrediten dentro del proceso", y al pago de costas, expensas y agencias en derecho.

Fundamentaron sus pretensiones en los hechos que la Sala resume a continuación:

1º. El Congreso de la República de Colombia (en adelante el Congreso) expidió la Ley 1151 de 2007, por la cual adoptó el Plan de Desarrollo 2006-2010, en la cual, en el inciso 23 del numeral artículo 6 estableció: *"Para garantizar lo establecido en el parágrafo 2º del artículo 26 de la Ley 1122 de 2007, las Empresas Promotoras de Salud, EPS, del Régimen Subsidiado y Contributivo, dedicarán el 0.3% de la Unidad de Pago por Capitación a la coordinación y financiación de los servicios de Telemedicina con cobertura nacional, tanto para promoción de la salud como para atención de sus afiliados; los municipios y distritos, a través de la entidad nacional que los agremia, harán posible la prestación de este servicio. Asimismo, la Superintendencia Nacional de Salud verificará el cumplimiento de lo dispuesto en este artículo para autorizar o renovar el funcionamiento de las EPS, en particular al momento de verificar sus redes de servicios"*.

2º. Posteriormente, el Congreso expidió la Ley 1176 de 2007, que en su artículo 33 prescribió: *"Adiciónase al numeral 44.1 del artículo 44 de la Ley 715 de 2001 el siguiente numeral: "44.1.7 Coordinar con la organización que agremia nacionalmente los municipios colombianos, la integración de la red local de salud con el sistema integral de transporte aéreo medicalizado y servicios de telemedicina en concordancia con los objetivos de las Leyes 1151 de 2007 artículo 6º, Plan Nacional de Desarrollo 2007-2010 y la Ley 1122 de 2007"*.

3º. Con fundamento en las anteriores *autorizaciones legales*, el 16 de julio de 2008 la Federación Colombiana de Municipios abrió, por Resolución 18 del dieciséis (16) de Julio de 2008, la Licitación Pública No 03 con el objeto de contratar *"(...) mediante el sistema de concesión del servicio, el montaje y operación a nivel nacional, de los servicios de salud en telemedicina, dirigidos principalmente a la población Colombiana afiliada al Sistema General de Seguridad Social en Salud, en todo el territorio nacional, a través de la red pública de prestadores de servicios de salud, para los componentes de Teleconsulta, Teleelectrocardiología, Teledermatología, Telepatología, Teleradiología, Teleoftalmología, Tele ecografía, y Tele UCI intermedia, entre otros servicios, de conformidad con las especificaciones del reglamento de la concesión y de las demás que se relacionan en el (...) pliego de condiciones"*

4º. El 24 de septiembre de 2008, Fedemunicipios adjudicó, mediante Resolución 22, el contrato a la Unión Temporal Cardiplus Telemedicina Colombia -U.T.-, conformada por los asociados Cardiplus Telemedicina Internacional S.A., Cardiplus Limitada, Iberoamericana de Telemedicina Sociedad Limitada, Gestión Integral en Medicina de Empresa Sociedad Limitada, Negocity Lurcc Consultores S.A., y Clínica Especialistas Ltda. C.I.; y el 1 de octubre de ese mismo año, celebró, con esta Unión Temporal, el contrato 067, cuyo objeto quedó referido en el punto inmediatamente precedente.

² F. 5-23, c. 1.



5°. El 19 de noviembre de 2008 las partes del contrato suscribieron el acta de inicio de la fase de divulgación, pactada inicialmente por un lapso de tres (03) meses, y prorrogada en dos ocasiones, por seis (06) y doce (12) meses más.

6°. El 23 de abril de 2010, las partes del contrato suscribieron acta para pactar su suspensión *“en cumplimiento del auto de fecha 15 de abril de 2010 a través del cual el Juzgado diecisiete (17) Administrativo del Circuito de Bogotá D.C. admitió acción popular en contra de la Federación contratante2. La ejecución del contrato fue reanudada el 9 de agosto de 2010 en atención a providencia declarativa de nulidad de todo lo actuado por el Juzgado diecisiete (17) Administrativo del Circuito de Bogotá.*

7°. La Corte Constitucional profirió la Sentencia C-979, de 1 de diciembre de 2010, por la cual, declaró inexecutable el inciso 23 del numeral 3.3 del punto 3 del artículo 6° de la Ley 1151 de 2007, y el artículo 33 de la Ley 1176 de 2007. Denota la parte accionante que, entre los motivos de esta decisión, la Corte Expuso que: *La telesalud es definida por la Organización Mundial de la Salud (OMS) como la prestación de servicios relativos al cuidado de la salud en los casos donde la distancia resulta un factor crítico y los beneficios alcanzados son innegables: esta práctica facilita el diagnóstico, la prevención y el tratamiento de las enfermedades aumentando la cobertura y calidad, como también contribuye al desarrollo de investigaciones que tienen por objetivo mejorar la salud de las personas y sus comunidades. Un sistema de telemedicina básico opera cuando, por ejemplo, un centro hospitalario menor que presenta carencia de profesionales, tecnologías o equipos es asistido por uno de mayor envergadura, en tanto tendrá disposición de especialistas en las áreas requeridas, tecnología y el tiempo necesario para la atención de los pacientes de manera “remota”. La telesalud o telemedicina no es otra cosa que el uso de la tecnología para efectos de prestar los servicios de salud de manera remota. Se trata de un “modalidad” de prestar este servicio público y, en tal medida, no tiene alcance alguno para impactar ni el núcleo esencial del derecho a la salud ni tampoco para modificar el esquema del Sistema General de Seguridad Social en Salud introducido por la Ley 100 de 1993, como lo afirma el actor en su demanda. Se trata entonces, en Colombia, de una forma alternativa de atender la demanda en salud de la población que se encuentra en zonas distantes o de difícil acceso. Sin perjuicio de que esta opción pueda ser técnicamente utilizada para la prestación regular de servicios, sin que se limite a zonas de difícil acceso, aunque este haya sido el objetivo prioritario de la Telemedicina en el país. No obstante, continúa la parte demandante, “sin que el punto central, como el anterior, sea el focal planteamiento, la Corte argumenta: si la entidad que agremia a los municipios y distritos no ostenta la cualificación legal que lo habilite para administrar los servicios del POS-S o del POS-C, no podrá tampoco efectuar ninguna gestión que implique la administración y manejo de recursos que integran las unidades de pago por capitación. Adicionalmente, resultaría desproporcionado exigir al beneficiario, a quien la ley reconoce el derecho de libre afiliación, obligarlo a acudir a la entidad nacional que agremia a los municipios y distritos para recibir el servicio de telemedicina, menos aún cuando como la Corte lo reconoce en la sentencia C-714 de 2008, esta entidad particular carece de capacidad técnica, científica y patrimonial, para asumir el riesgo financiero y de salud que entraña la prestación de este servicio, de manera que como se verá más adelante, la Corte no encuentra razonable, necesario o proporcionado a la luz de la autonomía territorial romper la unidad de pago por capitación, la integridad del Plan Obligatorio de Salud y el derecho de los usuarios a escoger con libertad a quién trasladan los riesgos en salud, con el sólo propósito de habilitar una intermediación que en materia de aseguramiento no se encuentra autorizada”.*

8°. El 23 de marzo de 2011, Fedemunicipios y la Unión Temporal suscribieron acta de suspensión del contrato, *“toda vez que la Corte Constitucional declaró inexecutable el inciso 23 del numeral 3.3. del artículo 6 de la Ley 1151 de 2007”.* Tal suspensión fue levantada el ocho (08) de julio de 2011 con el fin de permitir la ampliación de las garantías del contrato de concesión.



9º. El 21 de marzo de 2012, Fedemunicipios declaró la terminación unilateral del contrato 067 de 2008, *“con fundamento en la declaratoria de inexecutable de la normatividad que autorizaba su celebración”*. Notificó esta decisión a la Unión Temporal contratista, y posteriormente, liquidó unilateralmente dicha relación.

El anterior recuento fáctico sirve de base para que la parte demandante formule el siguiente reproche: *“En el presente caso se trata de un acción (sic) positiva que le es imputable al Congreso de la República, en virtud de la cual expide una ley que, promulga el Presidente de la República y con fundamento en la cual, empresarios extranjeros contratan, para que luego, la Corte Constitucional, después de varios juicios de constitucionalidad, en donde se ofrece la executable, la declare inexecutable”*. El proceder así reprochado guarda, a juicio de las accionantes, nexo de causalidad con los perjuicios que demanda, le sean reparados.

2.2. Trámite procesal relevante

Mediante auto del 6 de mayo de 2014³, el Tribunal **admitió** la demanda contra la Nación – Rama legislativa-, y declaró falta de legitimación por pasiva de la Rama Judicial habida cuenta de que los demandantes no formularon imputación alguna en su contra y, además, los hechos aducidos como causantes del daño resultaban atribuibles a ella. En consecuencia, el *a quo* únicamente dispuso la notificación al Congreso, a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado y al Ministerio Público.

El Congreso **contestó** la demanda oponiéndose a las pretensiones formuladas por las demandantes⁴. Afirmó, con sustento en algunos pronunciamientos del Consejo de Estado, que en cuanto existan varias interpretaciones posibles de la normativa legal y constitucional, no resulta procedente derivar responsabilidad del legislador siempre que la Corte Constitucional declare la inexecutable de una norma determinada.

El 16 de febrero de 2015, el Tribunal fijó la fecha de la audiencia inicial⁵, que se llevó a cabo el 16 de marzo de ese año sin intervención del Ministerio Público. En el curso de ésta fue fijado el litigio, fue proferido el decreto de pruebas, que se contrajo a las documentales aportadas como anexas a la demanda, de modo que el *a quo* corrió traslado a las partes para alegar de conclusión, y acto seguido profirió sentencia⁶.

2.3. La decisión del tribunal.

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera – Subsección A- dictó **fallo de primera instancia**, desestimatorio de las pretensiones de la demanda. Consideró que las normas que la Corte Constitucional declaró inconstitucionales no confirieron competencia alguna a Fedemunicipios para adelantar el procedimiento de selección, ni para celebrar el contrato de concesión del servicio de telemedicina que ésta suscribió con la Unión Temporal demandante. Tal aseveración provino, a juicio del Tribunal, de la interpretación que las partes hicieron de aquellas. A esta consideración agregó que los accionantes no honraron la carga de probar que los daños cuyo resarcimiento pretenden haya tenido causa directa en la inexecutable de la ley. Esto, porque mediaron actos administrativos contractuales proferidos por la entidad contratante, que las actoras debían impugnar para abatir la presunción de legalidad que los ampara, a fin de allanar el paso al estudio de sus pretensiones económicas (v. gr. la utilidad dejada de percibir).

³ F. 27-29, c. 1.

⁴ F. 41-51, c. 1.

⁵ F. 70, c.1

⁶ F. 84-89, c. ppal.



2.4. El recurso de apelación.

Las demandantes interpusieron **recurso de apelación** en contra de la sentencia dictada por el Tribunal⁷, aduciendo que el Congreso desplegó una actuación antijurídica, al quebrantar el ordenamiento normativo, mediante una ley que “*rompe las funciones de los municipios y se inventa un intermediario [...] para atribuirle una competencia que ni siquiera corresponde a los entes municipales*”. Tal norma colocó “*en riesgo a empresarios extranjeros que con tales fundamentos*” fueron invitados a contratar, y les fue ocasionado un perjuicio.

Para el demandante, la razón de la terminación contractual fue la declaración de inexecutable por parte de la Corte Constitucional de las normas que autorizaban la celebración del negocio jurídico. Así mismo, sostuvo que la licitación y adjudicación mantuvieron en todo momento su presunción de legalidad, por lo que el Congreso debía responder por proferir leyes que contrariaron la Constitución y que, en este caso, ocasionaron perjuicios al concesionario del contrato pactado con sustento en tales preceptos.

2.5. El trámite relevante en segunda instancia.

En proveído del 19 de agosto de 2015, el Despacho sustanciador de esta Corporación **admitió el recurso de apelación**⁸.

El 15 de septiembre de 2015 corrió traslado a las partes para presentar **alegatos de conclusión en segunda instancia**⁹. Las partes y el agente del Ministerio Público guardaron silencio¹⁰.

III. CONSIDERACIONES

3.1. Competencia.

De acuerdo con los artículos 104, 150 y 152.6 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (Ley 1437 de 2011 o CPACA), esta Sala es **competente** para conocer del recurso de apelación formulado en contra de la sentencia del Tribunal¹¹ que decidió, en primera instancia, la reclamación judicial iniciada contra la Nación. En efecto, se trata de un litigio de doble instancia que asciende, en cuantía¹², según estimación de la parte demandante, a ciento siete mil ciento treinta y cuatro millones quinientos quince mil quinientos noventa y dos pesos (\$107.134'515.592), suma que supera el tope que establece la ley para que este tipo de litigios sean conocidos en segunda instancia por esta Corporación (\$308'000.000).

3.2. Pertinencia del medio de control y oportunidad de su ejercicio

El medio de control procedente para reclamar el resarcimiento de los daños antijurídicos imputables al Estado legislador es el de reparación directa¹³, y el plazo para su ejercicio

⁷ F. 90-100, c. ppal.

⁸ F. 107, c. ppal.

⁹ F. 109, c. ppal.

¹⁰ F. 110, c. ppal.

¹¹ CPACA: “*Artículo 150. El Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo conocerá en segunda instancia de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por los tribunales administrativos y de las apelaciones de autos susceptibles de este medio de impugnación, así como de los recursos de queja cuando no se conceda el de apelación por parte de los tribunales, o se conceda en un efecto distinto del que corresponda, o no se concedan los extraordinarios de revisión o de unificación de jurisprudencia*”.

¹² CPACA. Artículo 152, núm. 6: “*De los de reparación directa, inclusive aquellos provenientes de la acción u omisión de los agentes judiciales, cuando la cuantía exceda de quinientos (500) salarios mínimos legales mensuales vigentes*”.

¹³ “16.2. En este sentido vale la pena recordar que, como lo indicó la Corte Constitucional al examinar la executable del artículo 86 del Código Contencioso Administrativo, la interpretación de esta norma que es



oportuno ha sido establecido por el artículo 164 numeral 2 literal i) inciso inicial del CPACA, que prescribe:

“i) Cuando se pretenda la reparación directa, la demanda deberá presentarse dentro del término de dos (2) años, contados a partir del día siguiente al de la ocurrencia de la acción u omisión causante del daño, o de cuando el demandante tuvo o debió tener conocimiento del mismo si fue en fecha posterior y siempre que pruebe la imposibilidad de haberlo conocido en la fecha de su ocurrencia” (se subraya).

En el presente caso, el daño, aunque causado, al decir de la parte demandante, por la ley que fue declarada inexecutable, sólo pudo ser conocido por ella con ocasión de la notificación que a la Unión temporal hizo Fedemunicipios, del acto de terminación unilateral del contrato, lo que ocurrió el 9 de diciembre de 2011¹⁴. A partir del día siguiente a dicha notificación, estuvieron las sociedades que se sintieron afectadas en sus derechos, en condición de demandar la reparación de los daños, y por tanto, desde ese momento corrió el plazo de dos (2) años que fija la ley para el ejercicio oportuno de la acción. Sin embargo, como sometieron sus diferencias a conciliación extrajudicial¹⁵, el plazo se suspendió, de acuerdo con el artículo 21 de la Ley 640 de 2001 y el artículo 3º del Decreto 1716 de 2009, entre el 22 de noviembre de 2013 y el 18 de febrero de 2014. Por tanto, y como, en la fecha en que se presentó la solicitud de conciliación, faltaban 18 días para su fenecimiento, la demanda que fue presentada tres (3) días después de expedida la constancia de haber resultado fallida la conciliación, revela un ejercicio oportuno del medio de control.

3.3. Legitimación en la causa

La jurisprudencia ha puntualizado reiteradamente¹⁶ que este aspecto preliminar de la decisión de fondo se funda en la participación real de las personas, en los hechos que dieron origen a la demanda. La legitimación material en la causa, bien sea por activa o por pasiva, *“se presenta cuando quien acude al proceso tiene relación con los intereses inmiscuidos en el mismo y guarda una conexión con los hechos que motivaron el litigio, en otras palabras, es titular de un interés jurídico susceptible de ser resarcido”*¹⁷.

En este punto, viene necesario distinguir: una cosa es la relación contractual que ligó a la Unión Temporal con Fedemunicipios, en desarrollo de la cual esta última entidad expidió actos unilaterales de terminación y liquidación del contrato; y otra cosa es la relación que existe entre las leyes, en este caso las leyes invocadas como sustento

compatible con el artículo 90 superior es la que ha sido adoptada por el Consejo de Estado, a saber, aquella según la cual “dentro de los supuestos de procedencia de la acción de reparación directa se encuentran los hechos u omisiones imputables al Legislador”, de modo que, si estimaba que el daño cuya reparación pretendía era imputable a este último, la sociedad actora estaba perfectamente legitimada para hacer valer dicha pretensión a través de la acción de reparación directa, medio de control que, como su nombre lo indica, puede incoarse sin necesidad de provocar el pronunciamiento previo de la administración”. CONSEJO DE ESTADO. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia del 13 de marzo de 2018. Rad. 25000232600020030020801(28769).

¹⁴ F. 89, c. 2.

¹⁵ Según el acta de no acuerdo proferida por la Procuraduría Tercera Judicial II para asuntos administrativos: f. 8, c. 2.

¹⁶ En este punto, la Subsección reitera lo consignado en la sentencia del 29 de noviembre de 2019. Rad. 50001-23-31-000-2009-00435-01(46315): “[C]onstituye un presupuesto procesal para obtener decisión de fondo; se habla de legitimación de hecho, cuando se trata de una relación procesal que se establece entre quien demanda y el demandado y surge a partir del momento en que se traba la litis, con la notificación del auto admisorio de la demanda y de legitimación material en la causa, relacionada con la participación real de las personas en el hecho que da origen a la interposición de la demanda, independientemente de que hayan sido convocadas al proceso” (se subraya).

¹⁷ CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Subsección C. Sentencias del 28 de junio de 2019. Rad. 66001-23-31-000-2003-00588-02(44009) y del 26 de agosto de 2019. Rad. 52001-23-31-000-2010-00512-01(45022), entre otras.



jurídico del contrato de concesión y que posteriormente fueron declaradas inexequibles por la Corte Constitucional con efectos retroactivos, y sus destinatarios.

Esto, porque la causa de las pretensiones que han traído a la jurisdicción las sociedades demandantes reside en la quiebra que estiman, sufrió la confianza que generó en ellas la normativa que vino a ser declarada inexequible, confianza que afirman, motivó su participación en la celebración del contrato de concesión de servicios número 067 de 2008- cuya ejecución vieron frustrada a consecuencia de esa inexequibilidad. Claramente, la parte actora no persigue la anulación de las decisiones contractuales, no demanda la reparación de daño alguno distinto del que aseguran haber sufrido por causa de la actividad defectuosa del Congreso de la República conforme lo habría puesto de presente la Corte Constitucional con el proferimiento de la Sentencia C-979 de 2010.

En ese contexto, propio de la responsabilidad extracontractual por la actividad del Estado legislador, las sociedades demandantes se hallan **legitimadas en causa por activa** en cuanto son las titulares del interés jurídico que señalan como lesionado por causa del retiro, con efecto retroactivo, del ordenamiento jurídico, de las normas en las que fundamentaron la celebración del contrato 067 de 2008.

La Nación -Congreso de la República-, por su lado, se halla **legitimada en causa por pasiva**, habida cuenta de que las demandantes han señalado al defectuoso ejercicio de la función legislativa como la causa determinante del daño objeto de su pretensión de reparación.

3.4. Problema jurídico.

La problemática que plantean las recurrentes y que concierne resolver a esta Sala queda bien planteada en los siguientes interrogantes:

La declaración de inexequibilidad del inciso 23 del numeral 3.3 del punto 3 del artículo 6° de la Ley 1151 de 2007 y del artículo 33 de la Ley 1176 de 2007, ¿obró como causa real, material y determinante de la terminación anticipada del contrato 067 de 2008?

Para dar respuesta a esa pregunta ha de indagar la Sala, si el inciso 23 del numeral 3.3 del punto 3 del artículo 6° de la Ley 1151 de 2007 y el artículo 33 de la Ley 1176 de 2007 autorizaron a Fedemunicipios, como afirman las demandantes, la celebración de un contrato, como el 067 de 2008, de concesión de servicios, con el objeto de montar y operar, a nivel nacional, los servicios de salud en telemedicina, dirigidos principalmente a la población Colombiana afiliada al Sistema General de Seguridad Social en Salud, en todo el territorio nacional, a través de la red pública de prestadores de servicios de salud, para los componentes de Teleconsulta, Teleelectrocardiología, Teledermatología, Telepatología, Teleradiología, Teleoftalmología, Tele ecografía, y Tele UCI intermedia, entre otros servicios (...).

Si la respuesta al primer problema así planteado se muestra de signo afirmativo, procederá la Sala a la valoración de la prueba que obra en el expediente en relación con los perjuicios cuyo resarcimiento pretenden las sociedades demandantes.

3.5. Hechos probados pertinentes.

Con los elementos de convicción allegados regularmente al expediente¹⁸ y tomando algunas circunstancias exentas de prueba, como las normas jurídicas de alcance

¹⁸ La Sala advierte que tendrá en cuenta los documentos aportados en copia simple, aplicando los criterios jurisprudenciales que tanto la Sala Plena de la Corporación, en Sentencia del 30 de septiembre de 2014, exp.



nacional y las sentencias de constitucionalidad de las leyes, la Sala deberá tomar en consideración los siguientes hechos para adoptar la decisión correspondiente:

3.5.1. La expedición y promulgación de la Ley 1151 del 24 de julio de 2007, por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2006-2010, publicada en el Diario Oficial núm. 46.700 del 25 de julio de 2007, y consiguientemente, el vigor que tuvo desde entonces y hasta su retiro del ordenamiento, su artículo 6, numeral 3.3, inciso 23, antes transcrito.

3.5.2. La expedición y promulgación de la Ley 1176 del 27 de diciembre de 2007 y la vigencia que tuvo su artículo 33, hasta que se produjo su retiro del ordenamiento.

3.5.3. La extensión de la Resolución¹⁹ 018 del 16 de julio de 2008, y la consiguiente apertura, por parte de Fedemunicipios, de la licitación pública núm. 03 de 2008, aludida en el recuento que de los hechos de la demanda hizo esta Sala, al punto 3º de aquel.

3.5.3. La expedición de la Resolución²⁰ 022 del 24 de septiembre de 2008, por la que Fedemunicipios adjudicó el contrato objeto de esa licitación, a la Unión Temporal Cardiplus Telemedicina Colombia, por un valor de \$630.203'832.899, así como su notificación a la adjudicataria²¹.

3.5.4. La celebración, el 1º de octubre de 2008, por Fedemunicipios y la Unión Temporal, del contrato de concesión núm. 67, cuyo objeto fue:

"[...] la concesión, a cargo del CONCESIONARIO del montaje y operación a nivel nacional, de los servicios de salud en telemedicina, dirigidos principalmente a la población Colombiana afiliada al Sistema General de Seguridad Social en Salud, en todo el territorio Nacional, a través de la Red Pública de prestadores de Servicios de Salud, para los componentes de Teleconsulta, Teleelectrocardiología, Teledermatología, Telepatología, Teleradiología, Teleoftalmología, Teleecografía Ginecoobstétrica y Tele UCI intermedia, de conformidad con las especificaciones del presente contrato, del reglamento de la concesión, de las normas nacionales aplicables, de la propuesta del concesionario y de la naturaleza del servicio".

El negocio contemplaba un plazo de quince (15) años, contados desde la fecha en que se reunieran los requisitos de perfeccionamiento y ejecución contractual. Su ejecución estaba dividida en cuatro fases: (i) de divulgación, de 3 meses; (ii) de montaje y adecuación, de 3 meses; (iii) fase primaria de operación, de 18 meses; y (iv) fase de operación o ejecución plena, de 13 años "o hasta alcanzar el ingreso esperado". El precio del contrato fue "indeterminado" y se conformaba por el ingreso esperado, menos las sanciones contractuales. Sin embargo, se hizo contar: el "concesionario aspira a alcanzar" un ingreso de \$630.203'832.899.

En el contrato se pactó la facultad de terminación unilateral en cabeza de Fedemunicipios, en estos términos:

"CLÁUSULA DÉCIMA NOVENA. TERMINACIÓN UNILATERAL: LA FEDERACIÓN podrá declarar unilateralmente la terminación unilateral y anticipada del contrato, de conformidad con lo previsto en el artículo 17 de la ley 80 de 1993, y en los siguientes eventos: 1. Cuando las exigencias del servicio público lo requieran o la situación de orden público lo imponga. 2. Por disolución de la persona jurídica del CONCESIONARIO. 3. Por la liquidación forzosa del

11001-03-15-000-2007-01081-00(REV), como el pleno de la Sección Tercera, en Sentencia del 28 de junio de 2013, exp. 05001-23-31-000-1996-00659-01(25022), han pronunciado en tal sentido.

¹⁹ F. 19-22, c. 2.

²⁰ F. 23.25, c. 2.

²¹ F. 26, c. 2.



CONCESIONARIO. 4. Por cesación de pagos o embargos judiciales al CONCESIONARIO que afecten de manera grave el cumplimiento del contrato. La terminación anticipada del contrato por parte de LA FEDERACIÓN se efectuará mediante resolución motivada, contra la cual procederá el recurso de reposición y las acciones jurisdiccionales pertinentes”.

3.5.4.1. Las partes iniciaron la denominada fase de divulgación del contrato, con la suscripción de acta²² del 19 de noviembre de 2008. No obstante, mediante otrosí²³ núm. 01 del 18 de febrero de 2009, los contratantes ampliaron la fase de divulgación a 6 meses.

3.5.4.2. Las partes suspendieron el contrato el 23 de abril de 2010, en cumplimiento de las medidas cautelares ordenadas por el Juzgado 17 Administrativo de Bogotá dentro del trámite de una acción popular²⁴. Posteriormente pactaron el reinicio, ante la decisión de anular el trámite procesal de la acción popular, tomado por dicho despacho judicial²⁵

3.5.5. La Corte Constitucional, a través de la sentencia C-979 del 1° de diciembre de 2010, resolvió:

«Primero.- Declarar inexecutable desde la fecha de su promulgación el inciso 23 del numeral 3.3 del punto 3 del artículo 6° de la Ley 1151 de 2007, que establece “Para garantizar lo establecido en el parágrafo 2o del artículo 26 de la Ley 1122 de 2007, las Empresas Promotoras de Salud, EPS, del Régimen Subsidiado y Contributivo, dedicarán el 0.3% de la Unidad de Pago por Capitación a la coordinación y financiación de los servicios de Telemedicina con cobertura nacional, tanto para promoción de la salud como para atención de sus afiliados; los municipios y distritos, a través de la entidad nacional que los agremia, harán posible la prestación de este servicio. Asimismo, la Superintendencia Nacional de Salud verificará el cumplimiento de lo dispuesto en este artículo para autorizar o renovar el funcionamiento de las EPS, en particular al momento de verificar sus redes de servicios.”

Segundo.- Declarar inexecutable desde la fecha de su promulgación las expresiones “Adiciónase al numeral 44.1 del artículo 44 de la Ley 715 de 2001 el siguiente numeral: 44.1.7 Coordinar con la organización que agremia nacionalmente los municipios colombianos, la integración de la red local de salud con” y “y servicios de telemedicina en concordancia con los objetivos de las Leyes 1151 de 2007 artículo 6o, Plan Nacional de Desarrollo 2007-2010 y la Ley 1122 de 2007” contenidas en el artículo 33 de la Ley 1176 de 2007».

Según la página web de la Corte Constitucional²⁶, la sentencia fue fijada por edicto del 25 de febrero de 2011, desfijado el 1° de marzo de ese año. También consta que Fedemunicipios solicitó la nulidad del fallo de constitucionalidad, esta petición fue negada por la Sala Plena de la mencionada Corporación, a través del auto A-100A del 18 de mayo de 2011, notificado mediante edicto del 17 de agosto de 2011. Esa providencia quedó ejecutoriada el 22 de agosto siguiente.

3.5.5.1. En líneas generales, la sentencia C-979 de 2010 aduce las siguientes razones para declarar la inexecutable del inciso 23 del numeral 3.3 del punto 3 del artículo 6° de la Ley 1151 de 2007 y el artículo 33 de la Ley 1176 de 2007:

²² F. 45-46, c.2.

²³ F. 49, c. 2.

²⁴ F. 52-53, c. 2.

²⁵ F. 54-55, c. 2.

²⁶ <https://www.corteconstitucional.gov.co/secretaria/actuacion.php?palabra=D0008125%20%20%20%20&proc=1&sentencia=C-979/10> (fecha de consulta: 27 de junio de 2021)



Que, "es competencia del municipio por excelencia la función de aseguramiento. Es decir, que no es el municipio el titular de la competencia para prestar el servicio de salud a su población pobre y vulnerable, sino el titular de la competencia de asegurar a esa población al Sistema de Salud. En ese orden, corresponde tanto a municipios como a distritos garantizar que los servicios de salud se presten a través de las entidades aseguradoras del sistema (...). "En consecuencia, si el municipio no puede prestar servicios de salud –porque tal función corresponde a las Empresas Sociales del Estado en su calidad de Instituciones Prestadoras de Salud públicas-, ni elegir con que Empresas Promotoras de Salud contrata –porque existe el derecho de libre escogencia del asegurado-, ni contratar directamente servicios de salud- porque la contratación de las empresas sociales del Estado se realiza a través de las empresas aseguradoras, es necesario concluir que la función de hacer posible el servicio de telemedicina por parte de municipios y distritos se agota, en cuanto a la población asegurada, al suscribir los contratos de aseguramiento.

Que, "de acuerdo con lo expuesto, la interpretación de la norma en estudio según la cual los municipios y distritos harán posible el servicio de telemedicina " a través de la entidad nacional que los agremia", debe entenderse dentro del ámbito de las competencias y potestades de estos entes territoriales, las cuales no incluyen ni la prestación de servicios de salud ni la contratación con Instituciones Prestadoras de Salud, de manera que si carecen de tal competencia por virtud de la ley, mucho menos podrían ejercerlas a través de interpuesta persona".

Que, "en desarrollo de los artículos 356 y 357 Superiores, la Ley Orgánica 60 de 1993, estableció que conforme al artículo 49 de la Constitución Política los municipios y distritos tendrían a su cargo el aseguramiento y la prestación de los servicios de tratamiento y rehabilitación del primer nivel de atención y, los departamentos los de segundo y tercer nivel.

Que, "(...) la competencia municipal está casi estrictamente limitada a los servicios de aseguramiento y a la atención de servicios del primer nivel, así como a garantizar la existencia y operación de las instituciones para ese efecto. Solo una vez cumplida esa labor será posible al municipio desarrollar actividades de prestación de servicios de salud de segundo y tercer nivel, previo acuerdo con el departamento respectivo.

Que, "(...) el artículo 26 de la Ley 1122 de 2007, incluyó en el contexto normativo la figura de la telemedicina, con el fin de llevar servicios de prevención de enfermedades, capacitación y diagnóstico, a departamentos distantes geográficamente y con bajos niveles de cobertura como el Amazonas, Casanare, Caquetá, Guaviare, Guainía, Vichada y Vaupés, a través de Empresas Sociales del Estado o directamente por las autoridades territoriales, previa autorización del Ministerio de la Protección Social, hasta tanto los servicios asistenciales de salud se asuman por las ESE, en orden a garantizar la continuidad del servicio en zonas de difícil acceso.

No obstante, con la expedición de la Ley 1151 de 2007, se puede afirmar que el legislador hizo explícita la necesidad de extender los servicios de telemedicina de manera transversal a todo el Sistema General de Seguridad Social en Salud, de forma que no se limitara a la red local sino que se extendiera a todo el esquema de aseguramiento en beneficio de los afiliados de los regímenes contributivo y subsidiado del Sistema, así como de las personas vinculadas".

Que, "lo que hace el inciso 23, numeral 3.3, artículo 6 de la Ley 1151 de 2007 en su primer párrafo, es comprometer a las aseguradoras del Sistema a destinar un porcentaje de los recursos de la Unidad de Pago por Capitación para la prestación de servicios de telemedicina, lo cual se hace a partir de su inclusión, en el paquete de servicios incluidos dentro de los Planes Obligatorios de Salud tanto del régimen contributivo como del subsidiado, sin que esta norma prevea traslado de recursos de las entidades territoriales a entidades diferentes a las empresas promotoras de salud.



De manera que, cuando el segundo párrafo de la norma señala que los municipios y distritos harán posible la prestación de este servicio, la obligación de hacer del ente territorial se encuentra supeditada a las competencias en salud que les asigne la ley – Ley 715 de 2001-, así en (i.) aseguramiento, la orden de hacer posible el servicio de telemedicina se concretará en hacer efectivo el aseguramiento de su población pobre y vulnerable al régimen subsidiado mediante la suscripción de los contratos con las empresas promotoras de salud subsidiadas que hayan escogido libremente los beneficiarios en su jurisdicción y el consecuente traslado de los recursos de subsidio. Vale la pena señalar que en este caso, la intermediación de un tercero no encuentra espacio legal. Para hacer posible esta competencia la norma compele a las empresas promotoras de salud a destinar un porcentaje del 0.3% de la Unidad de Pago por Capitación que se financia en gran medida con recursos de participaciones en tanto rentas atadas -65% de los recursos de transferencias. (ii) La prestación, por delegación del Departamento, de servicios no cubiertos por el subsidio a la demanda en los niveles I, II y III, respecto de la cual los servicios de telemedicina se prestarán a través de la red local hospitalaria, de manera que la obligación de los municipios y distritos de asegurar la prestación del servicio de telemedicina, se concretan mediante la suscripción de contratos con las Empresas Sociales del Estado, por expresa disposición legal. Tampoco en este caso se deja espacio legal para la eventual intermediación de un tercero”

Que, “en consecuencia, no es posible inferir, como lo hace el representante legal de la Federación Nacional de Municipios, que las Empresas Promotoras de Salud deben trasladar a la asociación que agremia nacionalmente a los municipios y distritos el 0.3% de la Unidad de Pago por Capitación con destino a hacer posible el servicio de telemedicina, pues tal conclusión no se deduce ni de su tenor literal ni de su interpretación sistemática a partir del marco legal expuesto, que impone la indelegabilidad del aseguramiento, es decir la prohibición de prestar los servicios que integran el POS y administración de recursos de la Unidad de Pago por Capitación a un tercero no autorizado por el Sistema”.

Que, “los **municipios y distritos** en ejercicio de la competencia de aseguramiento de la población pobre de su jurisdicción al Sistema General de Seguridad Social en Salud a través del régimen subsidiado, **cumplen por vía de las afiliaciones, con las actividades de promoción y prestación del servicio de telemedicina respecto de los asegurados de su jurisdicción**, en la medida que el mismo será cubierto por el POS –S, de manera que es esa y no otra, la única interpretación que debe darse a la norma en estudio cuando indica que “...las Empresas Promotoras de Salud, EPS, del Régimen Subsidiado y Contributivo, dedicarán el 0.3% de la Unidad de Pago por Capitación a la coordinación y financiación de los servicios de Telemedicina con cobertura nacional, tanto para la promoción en salud como para la atención de sus afiliados”.

Que, “(...) los municipios y distritos carecen de competencia para prestar directamente servicios de salud. Su competencia se restringe a subsidiar su prestación a través de la suscripción de contratos de capitación con entidades aseguradoras y a verificar que se surtan debidamente las afiliaciones, de manera que el municipio no puede ejecutar por interpuesta persona competencias de las cuales carece.”

Que, “(...) En consecuencia la posible intermediación de dicha agremiación para hacer posible el servicio de telemedicina a nivel local, se reduce a los servicios de salud no cubiertos por el subsidio a la demanda que deben proporcionar los municipios y distritos a través de la red local de salud, de manera que solo en relación con esas competencias tendría alcance el párrafo segundo del inciso 23 numeral 3.3 artículo 6º de la Ley 1151 de 2007 cuando señala que “los municipios y distritos a través de la entidad nacional que los agremia harán posible la prestación de este servicio” y, es frente a ellas que la Corte efectuará



el análisis de constitucionalidad por vulneración a la autonomía territorial y al derecho de asociación.

Que, "la participación de dicha agremiación eventualmente podría ser procedente respecto de los servicios de salud no cubiertos por el subsidio a la demanda, en aquellos casos en que por autorización del departamento y mediante delegación se les entregue a los municipios el ejercicio de competencias de salud pública en los niveles 1, 2 y 3. De igual manera, para el ejercicio de las competencias en salud pública que tengan que ver, por ejemplo, con prevención y capacitación cuando las mismas sean prestadas por el municipio, esto es, cuando el mismo se encuentre clasificado en la categoría Especial (E), 1, 2 y 3, pues los municipios con clasificación 5 y 6 no están autorizados para la ejecución de tales competencias, en tal caso corresponde a los departamentos su ejecución, siempre que la Corte encuentre que con dicha limitación de ejercicio de dichas potestades no se vulnere la autonomía territorial o el derecho de asociación, como pasa a estudiarse a continuación.

Que, "la gestión de aseguramiento (...) margina al municipio y/o distrito para prestar los servicios previstos POS, limita su facultad de contratación en tanto los contratos de capitación sólo pueden celebrarse con empresas promotoras de salud elegidas libremente por los usuarios, restringe la libertad de disposición de los recursos cedidos, aspecto que de suyo impide cualquier tipo de intermediación para efectos de su puesta en marcha.

Que, "Al prescribir la ley que los municipios y distritos harán lo posible por prestar el servicio de telemedicina, no se está frente a una prerrogativa de hacer o no hacer (...) sino frente a una verdadera obligación de carácter positivo (...), responsabilidad que en términos de la misma norma debe ejecutarse por la entidad territorial a través "de la entidad nacional que los agremia", aspecto que sin lugar a mayores cavilaciones restringe el libre ejercicio de la autonomía territorial".

Que, "si bien en el caso concreto, la entidad territorial no es despojada o desprovista de sus competencias, sí se limita el ejercicio de las potestades que se derivan de ellas, desconociendo por completo su capacidad de autogestión, de manera que no pueden por sí mismas hacer posible el servicio de telemedicina a través del libre ejercicio de sus competencias de dirección, coordinación y prestación del servicio de salud, sino que deben hacerlo por interpuesta persona, lo cual de bulto interfiere con su autonomía y, con la facultad inherente a ella, de establecer la necesidad de asociarse de acuerdo con sus capacidades técnicas y financieras. Es claro, que la condición que fija la norma en estudio afecta la capacidad de administración y disposición de los recursos en salud y, la capacidad para suscribir o no contratos"

Que, "(...) nada impide que los municipios o distritos encuentren eficaz coordinar la integración de sus redes locales de salud en cuanto al servicio de telemedicina, a través de una entidad que los agremie nacionalmente, pero si así fuere, lo será como resultado del ejercicio de sus potestades de autoregulación o autogestión y, no como consecuencia de una caprichosa imposición del legislador."

Que, "(...) un tal condicionamiento no se acompasa con la claridad de la norma que no sugiere varias interpretaciones posibles, sino que su preceptiva es unívoca al obligar a los municipios y distritos a contratar en los términos ya expuestos."

3.5.5.2. En síntesis, las normas objeto del control de constitucionalidad fueron declaradas inexecutable porque limitaban la autonomía de las entidades territoriales, mediante la imposición de la intervención de un tercero ajeno al sistema de salud y carente de cualidades técnicas para intervenir como actor del sistema. Es decir que el legislador, al ordenar la mediación de la asociación que agrupa a las entidades territoriales, en el ejercicio de sus competencias en materia de coordinación, prestación



y dirección del servicio de salud, desconoció el margen mínimo de autogestión de los intereses locales en cabeza de las mencionadas entidades.

3.5.5.3. Para modular los efectos del fallo de manera retroactiva, la Corte encontró que la orden de destinar un 0,3% de la Unidad del Pago por Capitación (UPC) de los regímenes contributivo y subsidiado para la coordinación y financiación de servicios de telemedicina:

"[...] introduce un factor de desequilibrio en el balance que debe existir entre UPC-POS, el cual se proyecta en el quebrantamiento del principio de eficiencia que de conformidad con el artículo 49 de la Carta, debe orientar el manejo racional de los recursos con los cuales se financia la salud de los colombianos".

Desarrollando este criterio, la Corte Constitucional expuso las razones por las que el fallo debía tener efectos a partir de la fecha de promulgación de la norma declarada inconstitucional:

"91. En el presente caso la modulación de los efectos de la presente providencia debe construirse teniendo como norte la supremacía material de la Constitución y el efecto útil del derecho, de manera que la caótica situación financiera de la salud en Colombia no se vea menoscabada por gastos de intermediación innecesarios y por restricciones ineficientes de la Unidad de Pago por Capitación, como tampoco que las entidades territoriales se vean constreñidas a cumplir con compromisos que afectan los linderos de su autonomía, pues de otra manera, carecería de sentido el pronunciamiento de inconstitucionalidad.

Siguiendo los lineamientos hasta aquí reseñados, los efectos de la presente declaratoria de inexecutable se deberán surtir desde la fecha de promulgación de la Ley 1151 de 2007, así como desde la fecha de promulgación de la norma integrada, esto es, con efectos retroactivos, pues de otra manera la decisión de la Corte carecería de sentido para garantizar la supremacía material de la Constitución.

92. Por último, la Corte no encuentra cómo el hecho de conceder efectos retroactivos a la presente declaratoria de inexecutable, con el fin de proteger la supremacía e integridad de la Constitución, y de ser especialmente celosa del respeto al principio de eficiencia de los recursos de la salud y del derecho a la autonomía territorial, pueda generar una situación que afecte la institucionalidad o que resulte más desfavorable en términos de valores y principios constitucionales. De lo contrario, el pronunciamiento de la Corte no sólo sería inocuo sino que permitiría reconocer efectos a una norma que sólo favorece a una organización en particular y, cuya aplicación sólo agudiza la crisis financiera que se cierne sobre el Sistema de Salud en Colombia en contravía del ordenamiento Superior. No de otra forma es posible garantizar una verdadera seguridad jurídica y certeza del derecho".

3.5.6. Mientras se adelantaba el trámite de la solicitud de nulidad de la sentencia de constitucionalidad, las partes suspendieron²⁷ el contrato el 3 de marzo de 2011. Posteriormente, reiniciaron el plazo de ejecución, mediante acta²⁸ del 8 de julio de 2011.

3.5.7. A través de la Resolución 075 del 21 de noviembre de 2011, Fedemunicipios declaró la terminación unilateral del contrato de concesión núm. 67 de 2008. Además, ordenó "hacer efectiva la cláusula de reversión de que trata el artículo 19 de la Ley 80 de 1993"; y proceder a "la liquidación del referido contrato, señalando el monto de los

²⁷ F. 74-75, c. 2.

²⁸ F. 76-77, c. 2.



saldos que resulten a favor de la Federación Colombiana de Municipios y el monto de los reintegros a que haya lugar”.

En las consideraciones, la decisión citó la parte resolutive de la sentencia de la Corte Constitucional, e invocó los artículos 44 y 45 de la Ley 80 de 1993, así:

“[...] ante las causales de nulidad absoluta señaladas en los numerales 2o. y 4o. del artículo 44 de la Ley 80 de 1993, que sobrevienen al Contrato de Concesión No. 067 de 2008 como resultado de la sentencia C-979 de 2010 proferida por la Corte Constitucional, es deber de la Federación Colombiana de Municipios cesar en su actividad de prestar el servicio de Telemedicina, de ejecutar recursos provenientes de UPC y por consiguiente terminar el vínculo contractual en referencia en el estado en que se encuentre”.

La resolución fue notificada personalmente²⁹ a la Unión Temporal el 9 de diciembre de 2011.

3.5.8. Mediante Resolución³⁰ 020 del 21 de marzo de 2012, Fedemunicipios liquidó unilateralmente el contrato de concesión y adoptó otras decisiones. Posteriormente, al decidir los recursos de reposición³¹ interpuestos por la Unión Temporal y por la compañía de seguros garante del cumplimiento de las obligaciones del contrato, Fedemunicipios confirmó la decisión de liquidación unilateral y, en consecuencia, estableció que la Unión Temporal debía reintegrar la suma de \$2.447'602.863 por concepto de “*anticipo no ejecutado*”. Así mismo, declaró el siniestro de “*amparo del buen manejo e inversión del anticipo*”, cubierto con la póliza que garantizó el contrato por la misma suma.

3.4. Análisis del caso concreto.

3.4.1. La responsabilidad del Estado por el hecho del legislador.

El artículo 90 de la Constitución Política de Colombia establece que el Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos causados por la acción u omisión de las autoridades públicas. Así pues, para que se configure la responsabilidad patrimonial del Estado, deben concurrir dos presupuestos: un daño antijurídico y su imputación al Estado por la acción u omisión de autoridades públicas.

Esta subsección, en sentencia del 14 de diciembre de 2018, en relación con el régimen de responsabilidad por el hecho del legislador, explicó:

*“(...) la cláusula general de responsabilidad contenida en el artículo 90 de la Constitución Política presta fundamento suficiente a las pretensiones de reparación de daños antijurídicos causados por acción u omisión del legislador; que esta responsabilidad puede tener causa en la inconstitucionalidad de la ley; que para obtener la declaración judicial de responsabilidad por esta causa no basta con la acreditación de la declaración de inexecutable de la ley; y que, corresponde al juez de la responsabilidad estatal la verificación, en cada caso, de los presupuestos de la responsabilidad”.*³²

Con base en los anteriores lineamientos constitucionales y jurisprudenciales, procede la Sala al juicio de responsabilidad del Estado por el hecho del legislador planteado por la parte demandante, juicio que supone el análisis, en un primer momento, de la prueba de la existencia de un daño que, en los términos del artículo 90 de la Constitución

²⁹ F. 89, c. 2.

³⁰ F. 92-101, c. 2.

³¹ F. 104-115, c. 2.

³² Consejo de Estado, Subsección C, 14 diciembre de 2018, Exp. 29849.



Política, debe ser antijurídico; para proceder después, si a ello hay lugar, al análisis de imputabilidad a la entidad demandada.³³

5.4.1. La prueba del daño antijurídico.

Para establecer, en el presente asunto, si hubo o no daño antijurídico causado por el Estado legislador, viene pertinente la consideración de la tipología de la sentencia de la Corte Constitucional, la Sentencia C-979 del 2010, que declaró la inexecutable de la norma del inciso 23, del numeral 3.3., del artículo 6 de la Ley 1151 de 2007, y en función de ella, el análisis de los efectos que dio la Corte Constitucional a su decisión; efectos que dijo, serían retroactivos.

Esto, para decir que, si bien en un principio se planteó una tesis clásica, minoritaria y ya superada, que consideraba que, en materia de responsabilidad por el hecho del legislador, el daño antijurídico se consolidaba por la sola declaración de la inexecutable de la norma con efectos hacia el pasado, circunstancia ésta que sustraía soporte normativo vigente al daño³⁴, en el derecho colombiano actual, existe una clara uniformidad en la jurisprudencia, tanto del Consejo de Estado como de la Corte Constitucional, en cuanto a la desestimación de la producción automática de daño antijurídico por causa de la declaración de la inexecutable de una norma, con efectos retroactiva y al requerimiento de prueba particular de la antijuridicidad del daño que en cada caso se pretende, sea reparado. Esta evolución fue descrita por la Corte Constitucional en la sentencia SU-037 de 2019:

“6.11. Con todo, como se indicó líneas atrás, dicha la postura que se basaba en la antijuridicidad como incompatibilidad con la Constitución, fue descartada por el Pleno de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado en la Sentencia del 13 de marzo de 2018, al estimar que:

“(...) el criterio de antijuridicidad que mejor se acompasa con el ordenamiento jurídico es aquél que se funda en los efectos de la sentencia proferida en sede de constitucionalidad y no en la constatación que ésta realizó sobre la contrariedad de la norma o acto con las normas superiores.

Lo anterior por cuanto, al estimar que los efectos del fallo de inexecutable de la Corte Constitucional no deben tener incidencia alguna a la hora de determinar la antijuridicidad de los daños causados por leyes inexecutables, la tesis de la antijuridicidad como incompatibilidad con la norma superior sugiere que, a pesar de existir un pronunciamiento expreso por parte de la autoridad que establece la interpretación de la Constitución aplicable erga omnes, la cual concierne no sólo a la decisión misma sino a sus efectos, el juez de lo contencioso administrativo podría realizar un juicio de conformidad paralelo y, en virtud del mismo, establecer que, sin importar lo considerado por la Corte, es incompatible con la Constitución el que los particulares deban soportar las cargas impuestas por una ley declarada inexecutable.

Lo anterior equivale a aceptar que, a pesar de existir un pronunciamiento por parte de la autoridad en la materia, subsistan en el ordenamiento dos interpretaciones sobre la obligatoriedad de una ley inconstitucional –la de la Corte Constitucional que mantuvo su vigencia entre su expedición y la declaratoria de inexecutable y la del juez de la responsabilidad del

³³ Consejo de Estado, Sala Plena, sentencia del 13 de marzo de 2018, Exp. 28769.

³⁴ Sobre el tema ver: Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia del 13 de marzo de 2018, Exp. 28.769.



Estado que concluiría que las cargas por ella impuesta no son obligatorias-³⁵.

6.12. Así las cosas, según la jurisprudencia contenciosa administrativa en vigor, la responsabilidad por el hecho del legislador, en los términos del artículo 90 de la Constitución, puede derivarse de un fallo de inconstitucionalidad, siempre que el interesado en la reparación respectiva demuestre que: (i) sufrió un daño con ocasión de la aplicación de una norma legal, la cual, (ii) con posterioridad a la ocurrencia del mismo, fue declarada inexecutable con efectos retroactivos por esta Corporación³⁶."

6.13. Sobre el particular, este Tribunal considera pertinente manifestar que comparte la posición unificada acogida por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado en la sentencia del 13 de marzo de 2018, pues es la tesis que resulta más acorde con los mandatos superiores que regulan el control de constitucionalidad de las leyes y le asignan únicamente a la Corte Constitucional la atribución de modular los efectos temporales de sus providencias³⁷,³⁸

Con base en las anteriores consideraciones, la Sala centrará el estudio de este elemento de la responsabilidad, en la prueba traída a este contencioso en relación con el daño antijurídico que pretende la parte demandante, le sea reparado, por haber estado determinado por la aplicación de una norma legal, que posteriormente fue declarada inexecutable, con efectos retroactivos, por la Corte Constitucional. Lo anterior, en función de lo preceptuado por el artículo 177 del CPC.

Para los demandantes, el daño objeto de la pretensión de reparación de las demandantes radica en la terminación abrupta de una relación negocial que había trabado con la suscripción del contrato 067 de 2008; y los perjuicios que pide sean resarcidos residen, básicamente, en la pérdida de los recursos invertidos para ejecutar dicho contrato y en las utilidades dejadas de percibir por causa de su inexecución forzada.

Es por esto por lo que viene pertinente responder, preliminarmente, a la siguiente pregunta: ¿la normativa declarada inexecutable por la Corte (inciso 23 del numeral 3.3 del punto 3 del artículo 6° de la Ley 1151 de 2007 y el artículo 33 de la Ley 1176 de 2007), autorizó, como afirman las demandantes, la celebración de un contrato, como el 067 de 2008?

Al punto, la Sala observa que:

Por un lado, el inciso 23 del numeral 3.3 del punto 3 del artículo 6° de la Ley 1151 de 2007, prescribió que los municipios y distritos haría posible la prestación del servicio de telemedicina, a través de la entidad nacional que los agremia, y que la coordinación y financiación de aquel se haría con cargo al 0.3% de la UPC que para el efecto debían destinar las Empresas Promotoras de Salud, tanto en el régimen contributivo, como en el subsidiado. Por otro, el artículo 33 de la Ley 1176 de 2007, dispuso que correspondía a los municipios dirigir y coordinar el sector salud y el Sistema General de Seguridad Social en Salud en el ámbito de su jurisdicción, y cumplir para el efecto, entre otras funciones, la de "Coordinar con la organización que agremia nacionalmente los municipios colombianos, la integración de la red local de salud con el sistema integral

³⁵ Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia del 13 de marzo de 2018 (C.P. Danilo Rojas Betancourth), Rad.: 28.769. Actor: Mercedes Benz Colombia S.A.

³⁶ Cabe resaltar que la posición unificada de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo adoptada en la Sentencia del 13 de marzo pasado, fue reiterada por el mismo Pleno en el fallo del 21 de marzo siguiente (C.P. Danilo Rojas Betancourth), al resolver una demanda contra el legislador presentada por la empresa Glaxosmithkline Colombia S.A. (Rad.: 29.352).

³⁷ Cfr. Supra II, 5.

³⁸ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia SU-037/2019, 31 de enero de 2019.



de transporte aéreo medicalizado y servicios de telemedicina en concordancia con los objetivos de las Leyes 1151 de 2007 artículo 6°, Plan Nacional de Desarrollo 2007-2010 y la Ley 1122 de 2007".

Estos preceptos, de suyo invasivos de la autonomía local en cuanto determinaban el sujeto a través del cual había de ser ejercida la atribución por los municipios y distritos, no admitían interpretación, al menos unívoca, en el sentido de la atribución directa, por la ley, de esa competencia, a Fedemunicipios, que es una entidad gremial de naturaleza asociativa, de derecho privado. Por el contrario, claramente indicaban que esa función pública, que el legislador consideró en cabeza de los referidos entes territoriales, sería ejercida por ellos "a través" de la entidad que los agremiara nacionalmente.

En ese sentido, la propia Corte advirtió en el fallo en comento que, en este caso, si bien la ley desconocía por completo la capacidad de autogestión de distritos y municipios, particularmente, la de "suscribir o no contratos", no estaba despojando o dejando desprovistas a esas entidades territoriales de sus competencias. Más aún, consideró válido que esos entes territoriales, como una manifestación de su capacidad de autogestión, y bajo la apreciación de la eficacia que podía haber en ello, optaran por la coordinación de la integración de sus redes locales de salud en cuanto al servicio de telemedicina, a través de una entidad que las agremiara nacionalmente. Así, bien hubiera podido, no sólo seleccionar a Fedemunicipios para esos efectos, sino, convenir con ésta la forma y las condiciones del desarrollo de tal actividad. Pero, en este caso, la atribución de selección de la entidad fue invadida por la ley, circunstancia que motivó, en parte, la declaración de inexecutable del inciso 23 del numeral 3.3 del punto 3 del artículo 6° de la Ley 1151 de 2007.

Pero, eso no significaba que los aludidos entes territoriales pudieran ser vaciados de su competencia, que es lo que revela ocurrido el relato fáctico que presentó la parte demandante en sustento de sus pretensiones. Todo indica en ese relato que, al margen y allende lo que disponía la ley, Fedemunicipios optó por acometer directamente esa atribución, o al menos, nada se trajo a este proceso que indique lo contrario, y procedió a la celebración con terceros, del contrato de concesión que posteriormente declaró terminado en forma unilateral.

Entonces, esta Sala encuentra razón en el aserto del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, cuando indicó que "tanto la celebración como el acto administrativo de terminación del contrato obedece(n) a un criterio interpretativo de las partes contratantes", y que ni aquello ni esto se desprenden directamente de la norma que fue declarada inconstitucional. No encuentra esta Sala que el inciso 23 del numeral 3.3 del punto 3 del artículo 6° de la Ley 1151 de 2007 y/o el artículo 33 de la Ley 1167 del mismo año hayan autorizado la celebración del contrato 067 de 2008, ni que, por tanto, la declaración de inexecutable que lo retiró del ordenamiento, hayan sido causa directa de la extinción de esa relación negocial.

En verdad, los perjuicios materia de las pretensiones de resarcimiento, a juicio de la Sala, guardan relación directa de causalidad con una decisión eminentemente contractual. La norma declarada inexecutable, no creó carga o gravamen alguno para los demandantes, ni determinó la suscripción de contratos por aquellos con terceros. La declaración de inexecutable. Mas aún, ese contrato nunca debió, siquiera, celebrarse, pues contravenía la noción que la jurisprudencia de esta Sección ha desarrollado respecto de este tipo contractual:

"La concesión es una de las modalidades contractuales a las cuales se ha acudido, en el derecho administrativo, para posibilitar y regular una concreta forma de colaboración de los particulares para con el Estado, en especial con el fin de que éstos puedan explotar económicamente un bien o una obra del Estado



o un servicio a él asignado por el Constituyente o por el Legislador mediante la vinculación del patrimonio particular a la consecución de fines de interés general para cuyo propósito los recursos presupuestales del propio Estado resultan escasos o limitados; de allí derivaron sus dos modalidades predominantes: la concesión de un bien u obra pública y la concesión de servicio público.³⁹ (Destaca la Sala)

Vistas, así las cosas, la Sala no encuentra elemento de prueba que demuestre que la causa del daño, consistente en la interrupción definitiva de la ejecución contractual y derivado de ello, los perjuicios por la pérdida de los beneficios económicos y de las inversiones realizadas por la concesionaria en el marco del negocio, reside en la expedición de una norma declarada inexecutable por la Corte Constitucional.

Contrario a lo afirmado por la parte la decisión de finiquitar el contrato de concesión no devino consecuencia inmediata de la inconstitucionalidad de leyes que le dieran soporte a éste, sino que provino del ejercicio de potestades administrativas contractuales que conforme al artículo 45 de la Ley 80 de 1993⁴⁰ facultaban la terminación unilateral como una potestad del jefe o representante legal de la entidad contratante, previo examen y verificación de los supuestos fácticos y jurídicos correspondientes, de dar por terminado el contrato mediante acto administrativo motivado, si estimaba que aquel era nulo por las causales contenidas en los numerales 1, 2 y 4 del artículo 44 de dicho estatuto de contratación. Tal terminación, y la consiguiente pérdida de oportunidad, mientras no se logre el abatimiento de la presunción de legalidad que ampara al acto administrativo, comporta una carga jurídica que el contratista está en la obligación de soportar. De hecho, vale denotar que las partes contractuales, tras suspender el plazo contractual con ocasión del fallo, decidieron reanudararlo, antes de su terminación unilateral, sin que para ese efecto importara la expedición de la sentencia de constitucionalidad.

En **síntesis**, la Sala confirmará el fallo apelado porque la parte demandante no probó la existencia de un daño antijurídico, por la declaratoria de una ley inexecutable y la terminación unilateral de un contrato. Así, el daño alegado no tiene relación directa con los perjuicios reclamados.

4. La condena en costas

De conformidad con el artículo 188 del CPACA:

“Salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil.”

Para la fecha en que la demanda fue formulada, para los asuntos del contencioso administrativo⁴¹ ya había entrado en vigencia el Código General del Proceso (Ley 1564 de 2012 – CGP), cuyo artículo 365 disciplina lo concerniente a la condena en costas.

En lo que resulta pertinente para el asunto, vale tener presentes las siguientes pautas:

³⁹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 18 de marzo de 2010. Rad. 25000-23-26-000-1994-00071-01(14390)

⁴⁰ Ver: Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencias del 2 de mayo de 2007. Rad. 85001-23-31-000-1997-00339-01(15599); del 1° de diciembre de 2008. Rad. 85001-23-31-000-1997-00423-01(15603); del 25 de febrero de 2009. Rad. 85001-23-31-000-1997-00374-01(15797); y Subsección A. Sentencia del 7 de noviembre de 2012. Rad. 85001-23-31-000-1999-00392-01(20863)

⁴¹ Sobre la entrada en vigencia del CGP en la jurisdicción de lo contencioso administrativo, ver: Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Auto del 25 de junio de 2014. Rad. 25000233600020120039501(49299) (IJ).



“ARTÍCULO 365. CONDENA EN COSTAS. En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos en que haya controversia la condena en costas se sujetará a las siguientes reglas:

1. Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, queja, súplica, anulación o revisión que haya propuesto. Además, en los casos especiales previstos en este código. (...)

2. La condena se hará en sentencia o auto que resuelva la actuación que dio lugar a aquella.

3. En la providencia del superior que confirme en todas sus partes la de primera instancia se condenará al recurrente en las costas de la segunda.

(...) 8. Solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación.” (Subraya la Sala)

Aplicando estas reglas, esta Colegiatura se limitará a confirmar en todas sus partes la providencia apelada y no condenará en costas por el trámite de segunda instancia, porque no hay prueba alguna de que la parte demandada haya efectuado gestión alguna ante esta Corporación que haya implicado erogaciones con ocasión del proceso.

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

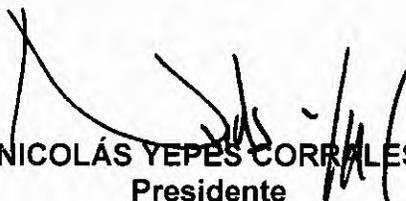
FALLA

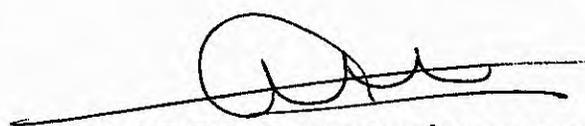
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia apelada, esto es, la proferida el 16 de marzo de 2015 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Tercera – Subsección “A”.

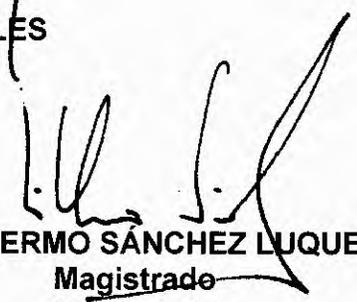
SEGUNDO: SIN CONDENA EN COSTAS en segunda instancia por no estar acreditadas.

TERCERO: DEVOLVER el proceso al Tribunal de origen, una vez ejecutoriada la presente sentencia.

Cópiese, Notifíquese Y Cúmplase


NICOLÁS YEPES CORRALES
Presidente


JAIME ENRIQUE RODRÍGUEZ NAVAS
Magistrado


GUILLERMO SÁNCHEZ LUQUE
Magistrado
Aclaro voto