



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

Consejero ponente: JAIME ENRIQUE RODRÍGUEZ NAVAS

Bogotá D.C., nueve (9) de julio de dos mil dieciocho (2018)

Radicación: 520012331000200300352-01 (39902)

Actor: VILLASALUD LTDA I.P.S.

Demandado: LA NACIÓN - MINISTERIO DE JUSTICIA Y DEL DERECHO PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN - CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA

Referencia: ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA

Tema: Ausencia de daño

Subtema 1: Pérdida de oportunidad

Sentencia: Confirma

A la Sala corresponde decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Nariño, el 27 de agosto de 2010¹. Por medio de esta decisión se negaron las pretensiones de la demanda.

I. SÍNTESIS DEL CASO

Villasalud Ltda IPS inició un proceso ordinario de resolución de contrato frente a Selvasalud S.A. EPS, en el que el juzgado cognoscente rechazó de plano la demanda por falta de jurisdicción y competencia, decisión que fue confirmada por la Sala Civil - laboral del Tribunal Superior de Pasto. Sin embargo, anteriormente, en un proceso ejecutivo entre las mismas partes, el Tribunal había decidido que la justicia ordinaria si era competente para conocer del litigio. El actor atribuyó responsabilidad a la administración de justicia por cuenta de las decisiones disímiles y a la demora en resolver los pleitos, lo que en su criterio, acarreó la imposibilidad de acudir en tiempo ante la jurisdicción contencioso administrativo, lo que le generó pérdidas.

II. ANTECEDENTES

¹ Fls. 249 a 255, c. 3.

2.1. La demanda

Villasalud Ltda IPS (víctima y a quien se denominará en adelante, Villasalud) instauró demanda de reparación directa² contra la Nación - Ministerio de Justicia y del Derecho - Consejo Superior de la Judicatura, el 1 de abril de 2003³, para que se le declarara patrimonialmente responsable de los perjuicios sufridos con ocasión de la falla en el servicio de justicia por la nulidad del proceso ordinario de responsabilidad contractual que instauró ante el Juzgado Civil del Circuito de Mocoa.

Solicitó, como consecuencia de la anterior que se condenara a la demandada al reconocimiento y pago de perjuicios materiales y morales.

La parte demandante sostuvo, como **fundamento de hecho** de sus pretensiones lo siguiente:

Villasalud Ltda IPS celebró un contrato de prestación de servicios de salud con la empresa Selvasalud S.A. EPS (en adelante, Selvasalud), el 30 de diciembre de 1998, con vigencia a partir del 1 de enero de 1999, por el término de un (1) año, en cuyo desarrollo se presentó un incumplimiento que fue motivo de demanda ejecutiva ante el Juzgado Civil del Circuito de Mocoa.

El Juzgado Civil del Circuito de Mocoa, por auto de 10 de mayo de 1999, resolvió abstenerse de librar mandamiento de pago contra Selvasalud S.A. EPS, “por falta de competencia”. Inconforme, la parte ejecutante interpuso recurso de apelación.

La Sala Civil - Familia del Tribunal Superior de Pasto, decidió la alzada dentro del proceso ejecutivo No. 137-01, por auto de 5 de agosto de 1999, en el que revocó el auto apelado y ordenó al juez resolver lo que en derecho correspondía con la demanda y las medidas cautelares solicitadas.

Dentro de otro proceso, entre las mismas partes, esta vez un ordinario de resolución de contrato, radicado 2001-0118, seguido en el mismo Juzgado Civil del Circuito de Mocoa, como consecuencia del rechazo de la demanda ejecutiva por falta del título compuesto, dicho despacho repuso el auto que había rechazado de plano la demanda por carecer de jurisdicción y competencia, reconociendo su error al considerar a las empresas en conflicto como entidades de carácter oficial y procedió a la admisión de la demanda.

Posteriormente, el 19 de abril de 2002, declaró nula toda la actuación y rechazó de plano la demanda ordinaria de resolución de contrato promovida por Villasalud contra Selvasalud, por carecer de jurisdicción y competencia. El demandante apeló la decisión y el Tribunal Superior de Pasto, confirmó por auto de 4 de julio de 2002.

² Fls. 3 a 16, c. 1.

³ Fl. 67, c. 1.

El actor consideró que tanto el Juzgado Civil del Circuito de Mocoa como la Sala Civil - Familia de Decisión del Tribunal Superior de Pasto, entre el 10 de mayo de 1999 y el 26 de abril de 2002, utilizaron en la tramitación de las demandas ejecutiva y ordinaria, todo el tiempo indispensable y necesario que tenía el actor para acudir ante la jurisdicción contencioso administrativo, dando lugar con su actuación fallida, por error inexcusable, a que se presentara el fenómeno de la caducidad de todas las acciones a que tenía derecho Villasalud y que por tal motivo quedó desprovista de acción para los reclamos patrimoniales correspondientes.

Refirió que la justicia ordinaria dentro de la pretensión jurídica de la parte actora contra Selvasalud después de establecer la jurisdicción y la competencia, modificó su criterio para declarar que era de conocimiento de la jurisdicción contencioso administrativo, declaración esta que no podía ser atacada con ningún recurso, dada la firmeza de tales decisiones.

Agregó que hubo un error grave e inexcusable al dejar sin oportunidad legal a Villasalud de poder reclamar por la vía que fuera pertinente la solución del incumplimiento del contrato, lo que le generó grandes perjuicios económicos y morales que debían ser resarcidos.

Concluyó, que hubo una grave e inexcusable falla en el servicio público de la administración de justicia por la acción y omisión en que incurrieron los funcionarios judiciales al no cumplir con el derecho de administrar cumplida justicia.

2.2. Trámite procesal relevante.

El Tribunal Administrativo de Nariño admitió la demanda el 23 de mayo de 2003⁴, y ordenó notificar a la demandada y al Agente del Ministerio Público.

La Nación – Ministerio de Justicia y del Derecho⁵ en el escrito de contestación de la demanda, propuso la exceptiva de “*indebida representación por pasiva*”, como quiera que conforme con el artículo 149 del C.C.A., modificado por el artículo 49 de la Ley 446 de 1998, el Director Ejecutivo de Administración Judicial es el representante legal de la Nación – Rama Judicial.

La Rama Judicial - Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, por su parte, en el escrito de contestación de la demanda⁶, se opuso a las pretensiones de la demanda fundado en que “*la acción, o sea, la capacidad de los particulares para decirle al estado (sic) que actúe en los procesos administrativos y civiles es voluntaria y se elige de acuerdo la (sic) interpretación de las normas de los particulares, en consecuencia mal podría establecerse la responsabilizas del Estado por un hecho que esta (sic) determinado por la voluntad del accionante ...*”; propuso las excepciones innominada o genérica y la de falta de causa para demandar.

⁴ Fl. 71, c. 1.

⁵ Fls. 88 a 94, c. 1.

⁶ Fls. 101 a 105, c. 1.

La Procuraduría General de la Nación, en la contestación de la demanda⁷, se opuso a las pretensiones de estas y presentó la exceptiva denominada ilegitimidad de la personería por pasiva, toda vez que esa entidad no es parte demandada y el procurador no representa al Ministerio de Justicia y del Derecho, como equivocadamente lo mencionó el demandante, conforme el Decreto 262 de 2000.

Terminada la etapa de revisión de pruebas, se corrió traslado para alegar de conclusión⁸ y para que el Ministerio Público rindiera concepto.

2.3. La sentencia apelada

El Tribunal Administrativo de Nariño, el 27 de agosto de 2010⁹, dictó **fallo de primera instancia**, en el que decidió:

“ PRIMERO: DECLARAR, probada la excepción “Falta de legitimación en la causa por pasiva” propuesta por la mandataria judicial de la PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN.

SEGUNDO: DENEGAR, las pretensiones de la demanda que en ejercicio de la acción de reparación directa y por conducto de apoderado legal debidamente constituido, formuló la I.P.S. VILLASALUD LTDA contra la NACIÓN – MINISTERIO DE JUSTICIA Y DEL DERECHO – CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA y PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN.

(...) ”.

Respondió de esta manera el Tribunal al problema que se le planteó en torno a la responsabilidad que podía atribuirse a la demandada, por el daño que dijo haber padecido Villasalud a consecuencia de algunas decisiones que adoptó la jurisdicción ordinaria en el curso de dos procesos que aquella promovió contra Selvasalud, y que a su juicio fueron disímiles y diferidas al punto de agotar el tiempo que la ley le confería para acudir a la jurisdicción contencioso administrativa.

Para esa colegiatura, ahondar en la temática en cuestión, implicaría indudablemente estudiar la prueba documental a que se que hizo alusión en esas actuaciones judiciales, para determinar si efectivamente se presentó el error judicial o la falla en el servicio de la administración de justicia que pregonó la parte demandante.

Empero, este estudio resultó, a juicio del Tribunal, imposible por cuanto las copias simples de las providencias judiciales aportadas al proceso a folios 31 a 66 no satisfacían los presupuestos para ser valoradas, de modo que se impuso el despacho desfavorable de las pretensiones de la demanda.

⁷ Fls. 112 a 115, c.1.

⁸ Fl. 221, c. 1.

⁹ Fls. 249 -255v, c. 3

2.4. El recurso contra la sentencia.

La parte demandante interpuso oportunamente **recurso de apelación**¹⁰, este fue concedido el 30 de septiembre de 2010¹¹.

Con base en la cita de diversos y extensos apartes de la sentencia T-654 de 2009, reprochó al *a quo* que no hubiera puesto en ejercicio los medios necesarios para superar el yerro formal de las pruebas documentales decretadas, con empleo de las facultades oficiosas establecidas en el artículo 169 del C.C.A., en aras de garantizar el derecho de acceso a la justicia.

Adjuntó copia auténtica de las providencias judiciales¹² que el *a quo* echó de menos, y solicitó de esta Corporación la revocación de la sentencia de primera instancia par que en su lugar se dicte la decisión que en derecho deba reemplazarla.

2.5. Trámite en segunda instancia

Esta Corporación por auto del 1 de diciembre de 2010¹³, admitió el recurso de apelación y con providencia de 9 de febrero de 2011¹⁴ resolvió tener como pruebas los documentos allegados en el escrito de sustentación del recurso. Posteriormente, corrió traslado a las partes para que alegaran de conclusión y al Ministerio Público para que, si lo consideraba pertinente, rindiera concepto de fondo¹⁵. En esta oportunidad procesal, la Procuraduría General de la Nación intervino básicamente para manifestar que las pretensiones no estaban llamadas a prosperar por cuanto no se acreditaron los presupuestos de la responsabilidad patrimonial de la administración de justicia.

La parte demandante y la Rama Judicial - Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, guardaron silencio.

III. CONSIDERACIONES

3.1 Sobre los presupuestos materiales de la sentencia de mérito

3.1.1 Competencia

La naturaleza del asunto es el factor determinante de la competencia en este caso, debido a que la Ley 270 de 1996 prescribió que el Estado es responsable de los daños que cause por error jurisdiccional, defectuoso funcionamiento de la administración de justicia o privación injusta de la libertad, y fijó la competencia de los Tribunales Administrativos y del Consejo de

¹⁰Fls. 258 a 272, c. 3.

¹¹ Fls. 312 a 313 c. 3.

¹² Fls. 273 a 310, c. 3.

¹³ Fls. 318 a 319 c. 3.

¹⁴ Fls. 321 a 324 c. 3.

¹⁵ Fl. 326 c. 3.

Estado para conocer de tales asuntos en primera y segunda instancia, respectivamente, sin consideración a la cuantía¹⁶.

3.1.2 Legitimación

Villasalud es la persona jurídica legitimada en la causa por activa, ya que es quien aduce haber padecido el daño, presuntamente generado por la actuación judicial cuya demora y error se predica en este proceso. Por tanto, **se encuentra legitimada para la causa, por activa.**

En lo que concierne a la **legitimación en la causa por pasiva**, la Nación es la persona jurídica llamada a responder por el presunto daño padecido por el actor, en razón al actuar de la Rama Judicial, que es en este caso el órgano llamado al ejercicio, en representación de aquella, del derecho de contradicción y defensa.

3.1.3 Vigencia de la acción

El ejercicio que hizo Villasalud de la acción de reparación directa, mediante la presentación de la demanda correspondiente el 1 de abril de 2003¹⁷, fue oportuno.

El artículo 136,8 del Código Contencioso Administrativo, modificado por el artículo 44 de la Ley 446 de 1998 -vigente al momento de la ocurrencia de los hechos–, estableció en su numeral 8º: *“la acción de reparación directa caducará al vencimiento del plazo de dos (2) años, contados a partir del día siguiente del acaecimiento del hecho, omisión u operación administrativa o de ocurrida la ocupación temporal o permanente del inmueble de propiedad ajena por causa de trabajo público o por cualquiera otra causa”*.

En el presente caso la decisión del Tribunal que confirmó la declaración de nulidad de lo actuado y ordenó el rechazo de plano de la demanda por falta de jurisdicción y competencia dentro del proceso radicado 2001-0118, fue notificada por estados del 8 de julio de 2002. Por tanto, al 1 de abril de 2003, fecha en que se incoó la acción, no habían transcurrido los dos años establecidos por la ley para su ejercicio.

3.2. Sobre los hechos probados

¹⁶ La Ley 270 de 1996 -vigente para el momento de interposición del recurso de apelación en el caso en estudio- desarrolló la responsabilidad del Estado en los eventos de error jurisdiccional, defectuoso funcionamiento de la administración de justicia y privación injusta de la libertad. En relación con la competencia funcional en el juzgamiento de las controversias suscitadas por tales asuntos, determinó que, en primera instancia, conocerían los Tribunales Administrativos y, en segunda instancia, el Consejo de Estado. Para tal efecto, consultar: Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, auto del 9 de septiembre de 2008, expediente 2008-00009, C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

¹⁷ Folio 66v C.1

Los elementos constitutivos de la responsabilidad de la administración, de acuerdo con el artículo 90 Superior, son, el daño antijurídico y su imputación al Estado por causa de la acción u omisión de una autoridad pública.

Como quiera que en la demanda se hace relación a estos dos elementos, para presentar, de un lado, el daño sufrido, su extensión, intensidad y modalidades, y de otro, las actuaciones u omisiones que endilga a la demandada y en cuya virtud le imputa la responsabilidad que pide, sea declarada en esta sentencia, el estudio de los hechos probados lo hará la Sala en dos grandes apartes, a saber: hechos relativos al daño, y hechos relativos a la imputación.

3.2.1. Sobre la prueba de los hechos relativos al daño

Según lo señalado en la demanda, el daño se concretó en la afectación al patrimonio del demandante, dado que este no pudo acudir oportunamente ante la jurisdicción contencioso administrativo por causa de la demora injustificada que observaron el Juzgado Civil del Circuito de Mocoa y el Tribunal Superior de Pasto en el trámite de los procesos ejecutivo y ordinario que promovió contra Selvasalud, así como por las decisiones disímiles que esos órganos jurisdiccionales adoptaron en materia de la jurisdicción y de los órganos a quienes competía el conocimiento de esas pretensiones. Como consecuencia de ello, ha dicho el actor, se configuró la caducidad de las acciones contencioso-administrativas que la ley disponía para que Villasalud accediera a la jurisdicción para formular las pretensiones patrimoniales correspondientes contra Selvasalud.

Para acreditar los hechos atinentes al daño a su antijuridicidad y a la imputación de este a la Nación – Consejo Superior de la Judicatura, se cuenta con el siguiente acervo de pruebas:

- Copia auténtica de la providencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial Sala de Decisión Civil Familia de Pasto, de fecha 5 de agosto de 1999, proceso ejecutivo 137-01¹⁸.
- Copia auténtica del auto del Juzgado Civil del Circuito de Mocoa, de fecha 17 de septiembre de 1999, proferido dentro del proceso ejecutivo singular 1999-0129¹⁹.
- Copia auténtica de la providencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial Sala de Decisión Civil Familia de Pasto, de fecha 25 de noviembre de 1999, proceso ejecutivo 137-01²⁰ que resuelve la apelación interpuesta contra el auto de 17 de septiembre de 1999 del Juzgado Civil del Circuito de Mocoa.
- Copia auténtica del auto del Juzgado Civil del Circuito de Mocoa, de fecha 5 de septiembre de 2001, proferido dentro del proceso ordinario 2001-0118²¹.

¹⁸ Fls. 31 a 33, c. 1. y 308 a 310, c. 3.

¹⁹ Fls. 34 a 39, c. 1. y 301 a 306, c. 3.

²⁰ Fls. 41 a 50, c. 1. y 274 a 283, c. 3.

²¹ Fls. 51 a 52, c. 1. y 292 a 293, c. 3.

- Copia auténtica del auto del Juzgado Civil del Circuito de Mocoa, de fecha 19 de abril de 2002, proferido dentro del proceso ordinario de resolución de contrato²².
- Copia auténtica de la providencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial Sala de Decisión Civil Familia de Pasto, de fecha 4 de julio de 2002, proceso ordinario de resolución de contrato²³ que resuelve la apelación interpuesta contra el auto de 19 de abril de 2002 del Juzgado Civil del Circuito de Mocoa.

Con fundamento en los anteriores documentos y tomando en cuenta algunas de las consideraciones que se hicieron constar en las providencias que allí se recogen, la Sala encuentra probados los siguientes hechos, algunos de los cuales no fueron incluidos por el actor en el relato fáctico que presentó para fundamentar sus pretensiones:

- El 30 de diciembre de 1998, Villasalud celebró un contrato de prestación de servicios con Selvasalud por el cual la primera de estas entidades se obligó a la prestación de servicios de salud integral a las personas beneficiadas del Régimen Subsidiado, debidamente carnetizadas. Tal contrato se convino con una vigencia de un año.
- Habida cuenta del incumplimiento de algunas obligaciones contractuales a cargo de Selvasalud. (obligaciones que no se han dado a conocer en concreto dentro de este proceso contencioso administrativo), Villasalud presentó (al parecer el 6 de mayo de 1999) demanda ejecutiva ante el Juzgado Civil del Circuito de Mocoa, para procurar el cumplimiento forzado de aquellas. Esta demanda ejecutiva se radicó bajo el número 274-02.
- El 10 de mayo de 1999, el Juzgado Civil del Circuito de Mocoa profirió auto dentro del ejecutivo radicado al número 274-02, por medio del que se abstuvo de librar mandamiento ejecutivo por considerar que ese Despacho no tenía **jurisdicción ni competencia** para el conocimiento de ese asunto.
- Recurrida en apelación esta providencia por el actor, el asunto llegó a conocimiento del Tribunal Superior de Distrito Judicial Sala de Decisión Civil – Familia de Pasto, órgano este que al desatar el recurso con providencia del 5 de agosto de 1999, revocó el auto proferido el 10 de mayo de 1999 por el Juzgado Civil del Circuito de Mocoa y dispuso remitir de nuevo el asunto a ese Despacho, para que resolviera lo que en derecho correspondiera “en relación con la demanda presentada y las medidas cautelares solicitadas”, decisión que fundamentó, entre otras, con las siguientes consideraciones:

“En el caso materia de estudio, si se examina cuidadosamente, el Contrato de Prestación de Servicios lo suscribieron dos entidades de derecho privado como son VILLA SALUD LTDA y SELVA SALUD S.A., CPS (sic) por lo cual, las normas aplicables para decidir las incidencias que puedan presentarse en relación con el contrato son las del derecho civil.

²² Fls. 53 a 60, c. 1. y 284 a 291 c. 3.

²³ Fls. 61 a 66, c. 1. y 294 a 299, c. 3.

Se tiene de otra parte que si los contratos estatales, de acuerdo con el artículo 32 de la Ley 80 de 1993 “son todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a las que se refiere el presente estatuto, previsto en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad...” mal podría pretenderse que en este caso le corresponde intervenir a la jurisdicción contencioso administrativa con base en una incompleta decisión del Tribunal.

*Cierto que en el aludido contrato que suscribieron las entidades de derecho privado **se introdujo para los contratantes la cláusula de la caducidad**, pero tal determinación no puede tenerse en cuenta por la naturaleza misma de los contratantes.”*

- Aunque no obra prueba documental directa de ello, la Sala infiere, a partir de las referencias que se hacen en otros autos, que el 2 de septiembre de 1999, el Juzgado Civil del Circuito de Mocoa dio cumplimiento a lo dispuesto por el Tribunal, estudió la demanda ejecutiva con sus anexos, y concluyó que el contrato presentado por el allí actor como base del recaudo ejecutivo no contaba con los requisitos que las partes voluntariamente habían convenido para que alcanzara validez y perfeccionamiento. Por tanto, se abstuvo de librar mandamiento de pago por insuficiencia del título.
- Inconforme con esta decisión, el actor interpuso recurso de reposición y en subsidio de apelación contra ella el 8 de septiembre de 1999.
- En sede de reposición, el Juzgado Civil del Circuito de Mocoa adicionó a los motivos que inicialmente había expuesto para negar el mandamiento de pago deprecado, para connotar, a la luz de lo dispuesto en el artículo 1546 del código civil, la falta de prueba por parte del actor, del cumplimiento de las obligaciones contractuales a su cargo. Por tanto, se abstuvo de reponer el auto de 2 de septiembre de 1999.
- Con ocasión de la respuesta al recurso subsidiario de apelación interpuesto por el actor contra el auto del 2 de septiembre de 1999, el Tribunal Superior de Distrito Judicial Sala de Decisión Civil – Familia de Pasto confirmó la providencia recurrida, decisión esta que sustentó, primero, en la reafirmación de la naturaleza civil del contrato base del recaudo tanto como de la competencia para su conocimiento por parte de la jurisdicción ordinaria civil; y segundo, en el reconocimiento de la validez a las motivaciones de la decisión recurrida, sin perjuicio del señalamiento del exceso en que incurrió el a quo al exigir del actor, prueba del cumplimiento de sus obligaciones contractuales, como si se tratara de una acción de responsabilidad contractual. Esta providencia, de fecha puso término a la actuación ejecutiva promovida por Villasalud y radicada al número 274-02.

- Aunque no obra en el expediente prueba documental directa de este hecho, la Sala puede inferir a partir de las referencias que a él se hacen en las providencias que se mencionarán en lo sucesivo, que veintitrés meses y veintisiete días más tarde, el 22 de agosto del año 2001, Villasalud presentó demanda ante el Juez Civil del Circuito de Mocoa, esta vez para que, previos los trámites de un proceso ordinario, declarara el incumplimiento de las obligaciones contraídas por Selvasalud dentro de la ejecución del contrato de prestación de servicios suscrito con Villasalud. Lamentablemente, la Sala no conoce, ni las pretensiones que en concreto formuló Villasalud en esa oportunidad, ni sus fundamentos de hecho.
- Aunque no obra prueba documental directa de este hecho, la Sala puede inferir a partir de las referencias que a él se hacen en las providencias que se mencionarán en lo sucesivo, que el Juez Civil del Circuito de Mocoa, con providencia del 22 de agosto de 2001, rechazó la demanda referida al punto inmediatamente anterior, con fundamento en la falta de jurisdicción y competencia para avocar su conocimiento.
- Inconforme con esta decisión, el actor interpuso recurso de reposición y en subsidio de apelación contra ella. Sustentó su inconformidad en los siguientes términos:

“1o.- El criterio jurídico permito disentir de la determinación judicial atacada por cuanto NO ESTAMOS, como lo dicho (sic) la providencia, ante un caso de competencia y jurisdicción de la justicia Contencioso Administrativa, sino de la civil ordinaria.

*2o.- Ya su despacho en controversia entre las mismas partes había opinado de semejante manera a la de ahora, pero ante recurso del suscrito se obtuvo criterio DE LA SALA DE DECISIÓN CIVIL Y FAMILIA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE PASTO, en el **proceso ejecutivo 137-01** que se adelantó en ese mismo Juzgado por demanda de Villasalud Ltda. Contra SELVASALUD S.A. EPS., que se transcribe: “Sea lo primero anotar que el señor Juez del Conocimiento, al transcribir el auto de este Tribunal que le sirvió de fundamento de la decisión recurrida, lo hizo en forma incompleta por cuanto omitió lo referente a la caducidad y a que una de las partes contratantes precisamente era la Intendencia, vale decir, una entidad de derecho público, circunstancia esta que determina una diferencia de fondo al asunto al que se contraen estas diligencias.*

En el caso materia de estudio, si se examina cuidadosamente el Contrato de Prestación de Servicios, lo suscribieron dos entidades de derecho privado como son VILLASALUD LTDA. Y SELVASALUD S.A. EPS, por lo cual las normas aplicables para decidir las incidencias que puedan presentarse en relación con el contrato son las del derecho civil...”

- Al desatar el recurso de reposición, el Juez Civil del Circuito de Mocoa repuso la providencia recurrida y admitió la demanda, con auto de 5 de septiembre de 2001. A manera de fundamento de esta decisión, manifestó:

*“... es de nobles reconocer los errores y en tal virtud, teniendo en cuenta que ciertamente **se incurrió en error al considerar a las empresas en conflicto como entidades de carácter estatal y por ende de competencia de la jurisdicción contencioso administrativo**, se debe reponer el auto, admitiendo que nuestro despacho es el competente, como quiera que dicha competencia la avala la providencia del superior local, que en lo pertinente se ha transcrito*

- Desconoce la Sala las incidencias de este proceso ordinario hasta el 19 de junio de 2002, fecha en la que el Juzgado Civil del Circuito de Mocoa profirió el auto por medio del cual declaró la nulidad de todo lo actuado en el proceso, desde el auto del 22 de agosto de 2001, en adelante. Puede deducir, sí, con base en las motivaciones de esta providencia, que Selvasalud propuso incidente de nulidad por falta de jurisdicción, y que el Juzgado haló mérito en esta solicitud. Necesario es resaltar que esta decisión tuvo fundamento agonal en el estudio de la prueba aportada por la entidad demandada al momento de proponer el incidente de nulidad, consistente en la Escritura pública número 1531 del 19 de diciembre del 2.001, estudio que le permitió concluir que la Entidad Promotora de Salud demandada estaba constituida como sociedad anónima **mixta** de segundo orden del nivel Departamental, regida por las reglas que regulan las sociedades de economía mixta y las Empresas Industriales y Comerciales del Estado, y que, por tanto, para efectos de contratación y según lo normado en la ley 80 de 1.993, en cuanto sociedad de economía mixta con participación estatal superior al 50% en su capital, formaba parte del universo de las entidades estatales se entienden que son Entidades Estatales. Así las cosas, dedujo que al proceso ordinario adelantado por Villasalud le resultaba aplicable el artículo 75 de la ley 80 de 1993, según el cual, el Juez competente para conocer de las controversias derivadas de los contratos estatales y de los procesos de ejecución o cumplimiento sería el de la jurisdicción contencioso-administrativa.
- Inconforme con esta solicitud, el ejecutante interpuso recurso de apelación frente a ella, el que fue resuelto por el Tribunal Superior de Distrito Judicial Sala de Decisión Civil – Familia de Pasto, según consta en el acta de discusión del 4 de julio de 2002, confirmándolo en su totalidad, por las razones que expuso el a quo expusiera el a quo y las que brevemente en esta providencia se consignan.”.

3.3. Problema jurídico

Corresponde a la Sala determinar, si:

¿Perdió Villasalud Ltda IPS la oportunidad de acceder a la jurisdicción contencioso-administrativa para formular las pretensiones que equivocadamente propuso en un primer momento ante la jurisdicción ordinaria, por causa de error judicial o defectuoso funcionamiento de la justicia dentro de los procesos ejecutivo y ordinario que aquella promovió contra Selvasalud S.A. EPS?

La solución de este problema ha de desenvolverse, para consecuencia con el breve marco teórico antes expuesto, con sujeción a la siguiente sucesión de preguntas:

- ¿Probó el actor que, al momento en que al 4 de julio de 2002, fecha en la que se emitió la decisión del Tribunal Superior, confirmatoria del auto de 19 de abril de 2002 que declaró la nulidad de lo actuado dentro del proceso ordinario promovido por Villasalud contra Selvasalud, había caducado la acción de controversias contractuales para ante la jurisdicción contenciosa?
- De resultar afirmativa la respuesta a la pregunta precedente, ha de cuestionarse la Sala: ¿se encuentra configurada la pérdida de oportunidad como daño autónomo?
- En caso de concluir la Sala, que se encuentra configurada la pérdida de oportunidad, ha de preguntarse si esta tuvo por causa la dilación procesal y/o las decisiones disímiles, injustificadas una y otras, de la jurisdicción ordinaria.
- Y si la respuesta a esa pregunta se impone afirmativa, se planteará la Sala la siguiente cuestión: ¿La pérdida de oportunidad, así demostrada, es jurídicamente imputable a la demandada?

3.4. Análisis de la Sala sobre la responsabilidad

3.4.1. Sobre el daño antijurídico

Para los fines que interesan al derecho, el daño puede ser entendido como la aminoración o alteración negativa de un interés humano objeto de tutela jurídica, debido a la que el derecho facilita la reacción de quien la padece, en orden a la reparación o compensación de su sacrificio²⁴.

Como puede advertirse, el daño incorpora dos elementos: uno, físico o material; otro, jurídico o formal.

El elemento físico o material consiste en la destrucción o el deterioro que *las fuerzas de la naturaleza, actuadas por el hombre*, provocan en un objeto apto para satisfacer una necesidad. Tal consecuencia, en cuanto ocurre en el plano puramente fáctico, resulta insuficiente, *per se*, para la configuración del daño antijurídico.

Para ello es necesario que se consolide un segundo elemento, el elemento formal, que se verifica en el plano jurídico, sí y solo sí, se acreditan los siguientes supuestos adicionales al elemento material:

²⁴ DE CUPIS, Adriano. El daño. Teoría general de la responsabilidad civil. Bosch, Casa editorial S.A., Barcelona, 1975, pp. 107-127.

- a) Que la lesión recaiga sobre un interés jurídicamente tutelado;
- b) Que no exista un título legal conforme al ordenamiento constitucional, que justifique, que legitime la lesión al interés jurídicamente tutelado (en abstracto), esto es, que la víctima no esté jurídicamente obligada, en las condiciones particulares y concretas en que sufrió la lesión, a soportar sus consecuencias.
- c) Que la lesión no haya sido causada por la propia víctima²⁵;
- d) Que la lesión tenga consecuencias ciertas en el patrimonio económico o moral de la víctima²⁶;

Sólo una vez reunidos los dos elementos, y acreditados los supuestos del elemento jurídico, puede decirse que se encuentra probado el daño antijurídico como lesión resarcible.

3.4.1.1. El daño en el caso concreto.

En síntesis, el actor protesta la pérdida de la oportunidad que tenía, conforme a la ley, para presentar demanda ante la jurisdicción contencioso-administrativa, contra Selvasalud S.A. EPS., habida cuenta de la caducidad que operó sobre los de los medios de control de los que disponía para el efecto, por causas que él atribuye a la jurisdicción ordinaria y que, si hay lugar a ello, se analizarán más adelante.

La respuesta a este asunto remite a las siguientes consideraciones:

- Relativas a la caducidad de la acción contractual que le hubiera permitido a Villasalud ventilar su controversia con Selvasalud ante la jurisdicción contencioso-administrativa.

Ciertamente, establecida la naturaleza de la Empresa Promotora de Servicios de Salud Selvasalud, ninguna duda podía subsistir en relación con la jurisdicción competente para resolver los conflictos surgidos con ocasión del contrato que aquella celebró con Villasalud: eran competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa, y el medio de control pertinente para formular pretensiones relativas a su incumplimiento era la acción prevista en el artículo 87 del código contencioso administrativo.

En relación con la caducidad de esta acción, el artículo 136 del Código Contencioso Administrativo, en la redacción que tenía antes del 8 de julio de 1998 señalaba en su inciso 7º que la caducidad de las acciones “relativas a contratos caducarán en dos (2) años de ocurridos los motivos de hecho o de derecho que le sirvan de fundamento”.

Esta norma recibió nueva redacción en el artículo 44 numeral 10 de la ley 46 de 1998. Su nuevo texto fue el siguiente:

²⁵ Pues al derecho solo le interesan las relaciones intersubjetivas.

²⁶ Este elemento configura, en realidad, el perjuicio, en cuanto concreción del daño. Su inclusión como elemento estructural del daño antijurídico obedece a la intención de guardar coherencia con una tesis dominante en nuestra jurisprudencia, que asimila los conceptos de daño y perjuicio, tesis que el ponente estima, por lo menos, inexacta.

“Artículo 136. Caducidad de las acciones.

(...)

10. En las relativas a contratos, el término de caducidad será de dos (2) años que se contará a partir del día siguiente a la ocurrencia de los motivos de hecho o de derecho que les sirvan de fundamento.

En los siguientes contratos, el término de caducidad se contará así:

a) En los de ejecución instantánea, a más tardar dentro de los dos (2) años siguientes a cuando se cumplió o debió cumplirse el objeto del contrato;

b) En los que no requieran de liquidación, a más tardar dentro de los dos (2) años siguientes, contados desde la terminación del contrato por cualquier causa;

c) En los que requieran de liquidación y ésta sea efectuada de común acuerdo por las partes, a más tardar dentro de los dos (2) años, contados desde la firma del acta;

d) En los que requieran de liquidación y ésta sea efectuada unilateralmente por la administración, a más tardar dentro de los dos (2) años, contados desde la ejecutoria del acto que la apruebe. Si la administración no lo liquidare durante los dos (2) meses siguientes al vencimiento del plazo convenido por las partes o, en su defecto del establecido por la ley, el interesado podrá acudir a la jurisdicción para obtener la liquidación en sede judicial a más tardar dentro de los dos (2) años siguientes al incumplimiento de la obligación de liquidar;”

Así las cosas, en los contratos de tracto sucesivo, una vez vencido el plazo acordado por las partes o el señalado por la ley para efectuar la liquidación del contrato, según el caso, la administración contaba con dos (2) meses más para tales efectos, luego de los cuales comienzan a contabilizarse para el interesado los dos (2) años para acudir a la jurisdicción en forma oportuna.

Pues bien, el contrato que suscribieron Villasalud y Servisalud, como contrato de prestación de servicios, era un contrato de tracto sucesivo, que, por su naturaleza, para la época requería liquidación. Como las partes no fijaron un plazo para efectuar la liquidación del contrato, debe aplicarse el término legal señalado en la ley 80 de 1993, que dispone:

“ART.60.- De su concurrencia y contenido. Los contratos de tracto sucesivo, aquellos cuya ejecución o cumplimiento se prolongue en el tiempo y los demás que lo requieran, serán objeto de liquidación de común acuerdo por las partes contratantes, procedimiento que se efectuará dentro del término fijado en el pliego de condiciones o términos de referencia o, en su defecto, a más tardar antes del vencimiento de los cuatro (4) meses

siguientes a la finalización del contrato o a la expedición del acto administrativo que ordene la terminación, o a la fecha del acuerdo que la disponga.

(...)"

En el contrato objeto de estudio, el término previsto para la terminación, atendida la vigencia acordada, vencía el 30 de diciembre de 1999, de modo que las partes pudieron liquidarlo de común acuerdo hasta el día 30 de abril del año 2000.

A partir de tal momento, frente a la generalidad de los contratos estatales de tracto sucesivo, empezaba a correr el término para que la administración para que operara su liquidación unilateralmente, término que, para ese entonces, la jurisprudencia entendía de dos meses.

Ahora bien, la Sala ha podido verificar que las partes hicieron constar en el contrato, que este era un contrato interadministrativo al que, por tanto, no le eran aplicables las cláusulas excepcionales, y al que, con base en la jurisprudencia de la Sección, tampoco le era aplicable el artículo 61 de la ley 80 de 1993.

Así las cosas, si ese contrato era interadministrativo (aspecto este que la Sala no podría compartir en consideración a los términos del certificado de existencia y representación que se allegó a este proceso contencioso administrativo, pero que no puede infirmar pues desconoce esa realidad para la fecha de los hechos) el término de caducidad de la acción contractual corrió, desde el 30 de abril de 1999, hasta el 30 de abril de 2002.

En consecuencia, se impone, como conclusión que, desde ese momento, perdió Villasalud la oportunidad de acceder a la jurisdicción contencioso-administrativa para formular las pretensiones que equivocadamente propuso en un primer momento ante la jurisdicción ordinaria

- Sobre el daño que puede configurar la caducidad de la acción contractual, para Villasalud.

De conformidad con la pretensión de condena que ha formalizado la accionante, éste afirma que la extinción de la acción contractual, como daño evento, se ha concretado en su patrimonio a la manera de una pérdida en suma de Quinientos Treinta y Seis Millones Seiscientos Cinco Mil Quinientos Veinticuatro pesos (\$536.605.524,00), que es, precisamente, el valor que corresponde a la contraprestación que habría de recibir en ejecución del contrato celebrado entre Selvasalud S.A. EPS y Villasalud Ltda. IPS, incumplido por aquella.

Empero, este aserto carece de respaldo probatorio, como pasa a mostrar la Sala.

En primer lugar, porque Villasalud no presentó demanda alguna ante la jurisdicción contencioso administrativa, no ha dado a conocer a esta jurisdicción las pretensiones que se proponía formular ante ella, ni los fundamentos de hecho relativos a la forma como se ejecutó o dejó de

ejecutar el contrato que suscribió con Selvasalud, de forma tal que mal puede pretender que se produzca una condena bajo el supuesto de que el contrato no se honró por parte de esta última, al tiempo que se ejecutó a cabalidad y en toda completitud por ella.

En segundo lugar, porque aún en caso de haber presentado la demanda contencioso-administrativa, y de haberlo hecho en ejercicio de la acción pertinente, de ello no se derivaría necesariamente la pérdida de un derecho cierto de contenido económico. Esto, porque tal derecho era, precisamente, el objeto de la condena que se proponía obtener de parte de la jurisdicción, contra Selvasalud, previa litis, y sabido es que, todo litigio conlleva un factor aleatorio que hace imposible anticipar su resultado.

En estas condiciones, el único daño que se podría configurar sería el daño autónomo que la jurisprudencia ha denominado “pérdida de oportunidad”, y ello, siempre que se demuestren sus elementos, precisados por el Consejo de Estado en el proceso radicado bajo el número 13001233100020010050601, a saber:

(i) Certeza respecto de la existencia de una oportunidad que se pierde,

(ii) Imposibilidad definitiva de obtener el provecho o de evitar el detrimento, y

(iii) La víctima debe encontrarse en una situación potencialmente apta para pretender la consecución del resultado esperado.

Pues bien, la Sala ha reconocido que Villasalud perdió irremediamente la oportunidad cierta de accionar ante la jurisdicción contencioso-administrativa, pero no encuentra elemento de juicio que le permita afirmar que se encontrara, antes de caducar la acción contractual, en una “situación potencialmente apta para pretender la consecución de una sentencia favorable” a sus intereses (ni siquiera puede decirse “a sus pretensiones”, pues estas no las dio a conocer). Y en tales condiciones, no se encuentran acreditadas las reales probabilidades de éxito que tendía en el eventual litigio.

Así las cosas, lo único cierto es que el reconocimiento del daño y la comprobación de los perjuicios se quedó, dentro de esa actuación, en el terreno de las probabilidades, pues no se concretó, como ya se dijo, ni en la certeza del daño patrimonial o moral, ni en la presentación de dicha demanda ante la jurisdicción contencioso administrativo de que ahora se duele.

No ha probado, entonces, un daño resarcible, pues este debe ser cierto²⁷, esto es, “no un daño genérico o hipotético sino uno específico, cierto: el que sufre una persona determinada en su patrimonio”²⁸.

²⁷ Consejo de Estado, sección Tercera, 2 de junio de 1994, exp. 8998. En sentido idéntico: 23 de septiembre de 1994, exp. 9458; 27 de octubre de 1994, exp. 9763.

²⁸ Consejo de Estado, sección Tercera, 19 de octubre de 1990, exp. 4333

Tan incierto es el daño en este caso, que el perito designado en auto de 16 de marzo de 2005²⁹ para que determinara el monto específico dejado de percibir por el incumplimiento del contrato de prestación de servicios de salud, señor Jaime Vicente Agreda Salazar, señaló:

“...Me permito hacer la devolución del expediente principal y por cuanto no se encontró la documentación, recibos ni contabilidad de donde se pudiera extraer los datos exactos para cumplir o entregar el valor correspondiente al lucro cesante y daño emergente, solicitud realizada en su auto correspondiente”³⁰

Igual suerte corrió la prueba del daño inmaterial – moral³¹ –, pues no obra en el expediente prueba alguna que indique que la accionante lo haya padecido.

Para redundar, la Sala advierte que no encuentra admisible el reproche por causa de dilación injustificada que Villasalud formuló en su demanda, respecto de las actuaciones de la jurisdicción ordinaria en los procesos ejecutivo y ordinario de responsabilidad contractual que adelantó contra Selvasalud.

Tales actuaciones, tanto en primera como en segunda instancia, se desarrollaron con especial celeridad, si se considera, en relación con el proceso ejecutivo, que, entre el 10 de mayo de 1999, fecha del auto que el Juzgado se abstuvo de librar mandamiento ejecutivo por falta de competencia y el 5 de agosto de 1999, fecha en la que el Tribunal Superior de Pasto revocó la decisión del Juzgado, transcurrió un lapso de tan sólo tres meses; y entre esta fecha y aquella en la que el Tribunal puso término al proceso ejecutivo, hubo un lapso de tres meses y veinte días durante el cual el expediente regresó a Mocoa, volvió a pronunciarse el Juzgado Civil del Circuito, el demandante impugnó, y se resolvieron las dos impugnaciones.

En lo que guarda relación con la actuación desplegada en el ordinario de responsabilidad contractual, esta Sala encuentra razonable el tiempo que tomó su desenvolvimiento, desde el mes de agosto de 2001, hasta el mes de julio de 2002, máxime si se considera que, al parecer, el proceso avanzó y que la jurisdicción hubo de resolver en doble instancia un incidente de nulidad.

Mas aún, si la Sala toma el tiempo que transcurrió desde la fecha en la que Villasalud formuló la demanda ejecutiva (10 de mayo de 1999) y la fecha en que el Tribunal confirmó el auto declarativo de nulidad que se profirió en el proceso ordinario (4 de julio de 2002), puede constatar que entre una y otra fecha media un lapso aproximado de treinta y nueve (39) meses,

²⁹ Fl. 158, c. 1

³⁰ Fl. 186, c. 1

³¹ “...si se considera el daño moral en la extensión que le es propia, es decir, como el menoscabo de derechos o de bienes extrapatrimoniales jurídicamente protegidos, es indudable que las personas jurídicas pueden constituirse en sus víctimas; así su reparación no consista, de modo necesario, en una indemnización pecuniaria. Se robustece esta afirmación al amparo del precepto de la nueva Constitución Política que reconoce a ‘todas las personas’ el derecho ‘a su buen nombre’ y atribuye al estado el deber de “respetarlos y hacerlos respetar” (art. 15), entre otros que podrían citarse como ejemplo.

Asunto diverso es que en el caso que examina la Sala este daño no se haya probado y que, por lo tanto, deba denegarse”

lapso dentro del cual, hay un tiempo en el que el asunto no estuvo en sede judicial, sino en manos de Villasalud, de aproximadamente 21 meses (que fue el tiempo que corrió entre la fecha en que se profirió la decisión del tribunal que puso término al ejecutivo, y la fecha en la que Villasalud presentó la demanda ordinaria.

Por lo que respecta a las decisiones disímiles que se adoptaron en el curso de los dos procesos, la Sala considera necesario connotar que el punto sobre el que gravitaron las aducidas disimilitudes, específicamente el de la jurisdicción competente, sólo podía inferirse a partir de la prueba de la naturaleza jurídica de la entidad demandada, aspecto que no resultaba posible de deducir con apoyo en el certificado de existencia y representación de las entidades a en litigio³², y que sólo vino a establecerse cuando la entidad demandada propuso el incidente de nulidad con la aportación de la escritura pública número 1531 del 19 de diciembre del 2001.

Por tanto, se impone la conclusión, que sí hubo decisiones disímiles, pero que estas se dieron en consideración al examen de las pruebas que estaban al alcance de la jurisdicción al momento en que aquellas se produjeron, de modo que no pueden decirse injustificadas.

En consecuencia, no estando probado el primer elemento de la responsabilidad del Estado, esto es, el daño antijurídico, se hace innecesario el acometimiento del juicio de imputabilidad. Por tanto, la Subsección confirmará la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Nariño el 27 de agosto de 2010.

4. Condena en costas.

No hay lugar a la imposición de costas, debido a que no se evidencia en el caso concreto actuación temeraria de ninguna de las partes, condición exigida por el artículo 55 de la Ley 446 de 1998 para que se proceda de esta forma.

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

FALLA

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Nariño el 27 de agosto de 2010, pero por las razones expuestas en la parte motiva de la sentencia.

SEGUNDO: Sin condena en costas.

³² Aunque la Sala no pudo acceder a los anexos de las demandas ejecutiva y ordinaria civil, sí ha leído los certificados que se trajeron al proceso contencioso-administrativo (folios 17 a 19 y 20 a 24 del cuaderno 1), y de su lectura no podía deducirse siquiera, que en la conformación del capital de esas entidades hubiera participación estatal.

TERCERO: En firme este fallo devuélvase el expediente al Tribunal de origen para su cumplimiento y expídase a la parte actora las copias auténticas con las constancias de las que trata el artículo 115 del Código de Procedimiento Civil.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA

Presidente

Aclaración de Voto

JAIME ENRIQUE RODRÍGUEZ NAVAS

Magistrado

GUILLERMO SÁNCHEZ LUQUE

Magistrado

Aclaración de voto Cfr. Rad. 36146-15 #1; Rad. 52221-18 #1