



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR
SALA DE DECISIÓN ESCRITURAL No. 002
SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA No. 065/2016

SIGCMA

Cartagena de Indias D.T y C., Diecinueve (19) diciembre de Dos Mil Dieciséis (2016)

Acción	Reparación Directa
Radicado	13-001-23-31-001-2009-00062-00
Demandante	CAJA DE COMPENSACIÓN FAMILIAR DE CARTAGENA-COMFAMILIAR
Demandados	DISTRITO DE CARTAGENA DE INDIAS Y PERSONERÍA DISTRITAL
Magistrado Ponente	MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ
Tema	Recobro a una entidad territorial por la omisión de esta en la afiliación al sistema general de salud de los beneficiarios del afiliado - Inexistencia de la omisión generadora del daño.

I. ASUNTO A DECIDIR

Incumbe a la Sala, dictar sentencia de primera instancia dentro del proceso promovido por la CAJA DE COMPENSACIÓN FAMILIAR DE CARTAGENA – CONFAMILIAR, quien a través de apoderado judicial interpuso acción de Reparación Directa contra el DISTRITO DE CARTAGENA DE INDIAS y la PERSONERÍA DISTRITAL; en donde el objeto del proceso consiste en la declaratoria de responsabilidad administrativa y patrimonial de las demandadas, con ocasión en una falla del servicio.

II. ANTECEDENTES

2.1. Demandante

La presente acción fue instaurada por la CAJA DE COMPENSACIÓN FAMILIAR DE CARTAGENA –CONFAMILIAR, por conducto de apoderado judicial.

2.2. Demandado

La acción está dirigida en contra del DISTRITO DE CARTAGENA DE INDIAS, D. T. y C., y la PERSONERÍA DISTRITAL.



2.3. La demanda¹.

La presente acción de Reparación Directa fue instaurada por la CAJA DE COMPENSACIÓN FAMILIAR DE CARTAGENA –CONFAMILIAR, por conducto de apoderado judicial, con el objeto que sean declarados el DISTRITO DE CARTAGENA DE INDIAS D.T. y C., y la PERSONERÍA DISTRITAL DE CARTAGENA solidaria administrativamente y patrimonialmente como responsables de los perjuicios materiales e inmateriales ocasionados a la parte demandante, por una falla en el servicio, que el actor hace consistir en la prestación de un servicios de salud en el régimen subsidiado para el tratamiento de una enfermedad ruinosa, debido a la ausencia de exigencia de inscripción en el régimen contributivo a un servidor de dicho ente territorial.

Como consecuencia de la anterior declaración, pide que se condene a las demandadas a las siguientes,

2.4. Pretensiones

"PRIMERA. Que el ente territorial CARTAGENA DE INDIAS DISTRITO TURÍSTICO Y CULTURAL (DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DISTRITAL DE SALUD-DADIS-PERSONERÍA DISTRITAL DE CARTAGENA DE INDIAS), es administrativamente responsable de los perjuicios materiales y morales causados a la CAJA DE COMPENSACIÓN FAMILIAR DE CARTAGENA –COMFAMILIAR, por falla o falta de servicio debido a acciones u omisión de la administración pública que condujo a la prestación de unos servicios de salud de enfermedad ruinosa o catastrófica, por intermedio de su ARS COMFAMILIAR (hoy EPS 'S COMFAMILIAR), con ocasión a la ausencia de exigencia de inscripción en el régimen contributivo a un servidor suyo, y por acciones directas suyas y de sus funcionarios.

SEGUNDA. Condenar, en consecuencia, al ente territorial CARTAGENA DE INDIAS DISTRITO TURÍSTICO Y CULTURAL (DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DISTRITAL DE SALUD- DADIS- PERSONERÍA DISTRITAL DE CARTAGENA DE INDIAS), por reparación del daño ocasionado, a pagar a la CAJA DE COMPENSACIÓN FAMILIAR DE CARTAGENA-COMFAMILIAR, o a quien represente legalmente sus derechos, los perjuicios de orden material y moral, subjetivos y objetivados, actuales y futuros, lucro cesante y daño emergente, los cuales se estiman como mínimo en la suma de un mil trescientos millones de pesos (\$1.300.000.000.00), previa deducción de los dineros pagado por el FOSIGA (sic), y de la sumas que reconocimiento contractual en acción distinta sean condenados previamente.

¹ Folios 1-20 del C.Ppal No. 01



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR
SALA DE DECISIÓN ESCRITURAL No. 002
SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA No. 065/2016

SIGCMA

TERCERA. En subsidio a lo anterior, se disponga, la ordenación del reconocimiento y pago a cargo de la demandada, de dichos valores cancelado por la demandante, conforme a las pruebas que se allegaran y practicaran dentro del proceso, esto es, de acuerdo a lo probado en proceso.

CUARTA. La condena respectiva será actualizada de conformidad con lo previsto en el artículo 178 del C.C.A, aplicando en la liquidación la variación promedio mensual del índice de precios al consumidor, desde la fecha de ocurrencia de los hechos hasta la de ejecutoria del correspondiente fallo definitivo.

QUINTA. La parte demandada dará cumplimiento a la sentencia, en los términos de los artículos 176 y 177 del C.C.A.

SEXTA. Igualmente, condenara a las costas, gastos, agencias en derechos, que se generan con ocasión a la presente acción".

2.5. Hechos

Como soporte fáctico de sus pedimentos, la parte demandante expone los siguientes:

Relata que la Personera Delegada en derechos Humanos de la Personería Distrital, presentó una acción de tutela en contra de la ARS COMFAMILIAR (hoy EPS 'S COMFAMILIAR), la cual fue conocida por el Juzgado Primero Penal Municipal de Cartagena, radicada bajo el No. 13001-40-04-001-2006-00143-00, quien mediante sentencia de 14 de noviembre de 2006 decidió tutelar los derechos invocados a favor del menor MARCOS ANDRÉS BLANCO AGAMEZ.

Expresa que con ocasión a una investigación se descubrió que el padre del menor, señor MARCOS FIDEL BLANCO AGRESOTT, era servidor del Distrito de Cartagena de Indias, y por consiguiente el ente territorial estaba obligado a afiliarlo o exigirle la constancia de su afiliación al Sistema General de Seguridad Social en Salud al régimen contributivo; al sustraerse del incumplimiento de afiliación al régimen contributivo, se afecta la responsabilidad del Distrito.

Continúa la demandante indicando que el menor MARCOS ANDRÉS BLANCO AGAMEZ estaba afiliado en el régimen subsidiado, a pesar que su papá trabajaba en el Distrito de Cartagena.

Que con la acción de tutela fue cuando se tuvo conocimiento del tratamiento definitivo del menor, quien fue diagnosticado con Hemofilia Tipo A + Fractura Conminuta de Tercio Proximal de Fémur con Fragmento en Mariposa Angulacion en varo y la Junta Médica realizada en el Hospital Infantil



Napoleón Franco Pareja, consideró que dicho tratamiento era quirúrgico y que se requería de un apoyo logístico de control de la titulación de factor VIII, por lo menos dos veces al día durante cirugía y en el postoperatorio, atendiendo que en Cartagena no existe un laboratorio clínico donde se puedan hacer los exámenes, se definió el traslado para la ciudad de Bogotá, para que el paciente con su acompañante se dirigiera al Hospital Universitario Fundación Santa Fe, toda vez que era necesario la atención de especialistas expertos en pacientes hemofílicos; reiterando que la ARS COMFAMILIAR solo conoció con el fallo de tutela y fue así como se realizaron los contactos de rigor ante la orden constitucional.

Manifiesta la actora que, los costos en la atención Quirúrgica de Ortopedia con el diagnóstico indicado tiene como patología de base Hemofilia Tipo A con Inhibidores, tratamiento con cargo al subsidio a la oferta a cargo del Distrito, siendo el costo del tratamiento más de \$1.300.000.000.00, por cuanto los gastos de los medicamentos con que se maneja este tipo de Hemofilia, son sumamente elevados, suma que le correspondía pagar al Distrito de Cartagena - Departamento Administrativo Distrital de Salud – DADIS, previa deducción de los dineros pagados por el FOSYGA.

Señala COMFAMILIAR que, detectaron la existencia de connivencia entre los empleados del DADIS y los de la Personería Distrital de Cartagena, a efecto que la tutela correspondiente a la enfermedad ruinosa que padece el menor Marcos Blanco, se presentara exclusivamente a la ARS COMFAMILIAR, a fin de eximir al ente territorial de sus obligaciones legales con ocasión a los tratamientos, medicamentos y demás no POS; por lo tanto, la tutela se presentó sin incluir al Departamento Administrativo de Salud Distrital – DADIS y conocían la situación de salud del menor hemofílico y no se atrevieron a tutelar al Distrito, por las connotaciones legales que ello ocasionaba.

Por último, la demandante agrega que el fin perseguido fue la de liberar de la carga obligacional que le correspondía al Distrito de Cartagena como empleador del padre del menor, con la ocasión a la ausencia de vinculación a una EPS contributiva y crearle a la ARS COMFAMILIAR, el peso consumado de la acción de tutela, que por ley le correspondía a la EPS del régimen contributivo a la cual debía vincularse el padre del menor, o al ente territorial, pero en ningún caso a la ARS COMFAMILIAR.

2.6. Contestación de la Demanda

2.6.1 PERSONERÍA DISTRITAL DE CARTAGENA²

² Folio 150-156 C Ppal No. 2



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR
SALA DE DECISIÓN ESCRITURAL No. 002
SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA No. 065/2016

SIGCMA

Explica que cumplió con su deber funcional de interponer la acción de tutela en defensa y protección de los derechos del niño Marco Andrés Blanco Agamez, para que la ARS COMFAMILIAR, donde se encontraba afiliado el menor le brindara el servicio de salud que requería.

Que en cuanto a los costos de atención quirúrgica y demás servicios de salud, que se le debe prestar al menor, la ARS tenía conocimiento de sus obligaciones con respecto a él, como uno de sus afiliados.

Manifiesta la demandada que no tiene ninguna connivencia con empleados del DADIS, pero aclara que si se encuentra generalmente en conversaciones con dicho departamento por las innumerables tutelas que presenta la Personería de Cartagena, lo cual es de público conocimiento en la ciudad y en la Rama Judicial, por lo tanto, la Personería Distrital de Cartagena cumplió con el deber constitucional y legal de presentar la acción de tutela para proteger los derechos del niño y se le brindara la prestación del servicio de salud que requería en ese momento para proteger su salud en conexidad a su vida, en contra de la ARS que se encontraba afiliado en ese momento.

2.6.2. DISTRITO DE CARTAGENA DE INDIAS.³

Con relación a las pretensiones se opuso a la prosperidad de las mismas, con el argumento que los derechos de los menores de edad, se encuentran dentro del escaño más alto del sistema de fuentes jurídicas del Estado, razón por la cual no podría pensarse en buscar o justificar la forma de no haber amparado a un menor hemofílico frente a una calamidad.

2.6.2.1. Razones de la Defensa

Explica que someter al padre del menor al cambio del régimen subsidiado a uno contributivo, sin duda se afectaría los derechos del menor. Además, la relación contractual sostenida entre el padre del menor y el Distrito, no eran del todo estables, lo que sin duda someter a dicho padre al trámite de cambio de régimen del subsidiado al contributivo pondría en riesgo la salud y la estabilidad del menor de edad.

El ente territorial demandado destaca que en el proceso constitucional respectivo, se observó que:

- El DADIS si participó dentro del proceso y se acogió al mismo, para lo cual hizo uso de sus facultades procesales para ejercer su derecho a la defensa.

³ Folio 158-166 C Ppal No. 2



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR
SALA DE DECISIÓN ESCRITURAL No. 002
SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA No. 065/2016

SIGCMA

- COMFAMILIAR no hizo uso de las garantías procesales ofrecidas, al punto que en el fallo se señala frente al informe rendido *"La entidad accionada no dio respuesta a pesar de haberle notificado en legal forma, por lo que se tendrán como ciertos los hechos de la tutela"*.
- En el fallo de tutela de 14 de noviembre de 2006, proferido por el Juzgado Primero Penal Municipal de Cartagena de Indias, en las consideraciones nuevamente se anota que COMFAMILIAR no cumplió con la orden de rendir un informe, sobre los hechos materia de la acción de tutela.

Por lo anterior, no puede entonces, la parte demandante pretender afirmar que dentro del proceso constitucional no tuvo la oportunidad de manifestar lo que ahora pretende se reconozca, cual es la posible manipulación procesal encaminada a perjudicar los intereses de la CAJA DE COMPENSACIÓN FAMILIAR COMFAMILIAR, dado que esta tuvo la oportunidad de oponerse y presentar los recursos legales necesarios para vincular a las entidades que pretende sean responsables del reembolso, por la atención del menor Marcos Andrés Blanco Agamez.

2.6.2.2. Excepciones de Fondo

Caducidad de la Acción de Reparación Directa

Arguye la demandada que en vista que la solicitud de conciliación ante la Procuraduría General de la Nación se dio el 10 de noviembre de 2008 y la demanda se presentó el 9 de febrero de 2009, el accionante presentó con posterioridad al término señalado luego de haberse interrumpido el mismo con la solicitud al Ministerio Público, por tanto, es evidente que ha operado el fenómeno de la caducidad para la presente acción.

Indebido señalamiento de la Acción

Indica la demandada que se propone la acción de reparación directa, no obstante, está diseñada para solicitar indemnización por los hechos, operaciones y omisiones en los actos de la administración como lo expresa el Consejo de Estado.

Que en el caso que nos ocupa, resulta la acción improcedente debido a que la controversia fundamental resulta como lo afirma el demandante en los hechos de la demanda *"la falta de información del estado de salud de los afiliados, omisión respectiva que no permite contratar con conocimiento de causa, lo cual nos demuestra la dificultad en el proceso de contratación, ya que de haberse sabido todas las situaciones de salud de los afiliados, las transacciones resultarían fortalecidas sin costo adicional alguno"*.



De lo anterior, se colige que, la acción para realizar la presente reclamación sería la de las controversias contractuales establecidas en el artículo 87 del C.C.A., por lo tanto, solicita declara que la acción que nos ocupa no es la adecuada para llevar a cabo la persecución de las prestaciones del demandante.

Indebido agotamiento de la vía gubernativa

Que si se observa los hechos presentados en la acción y la solicitud de conciliación efectuada ante la Procuraduría, se observa que algunos de ellos de los presentados en la demanda son nuevos respecto de los presentados ante el Ministerio Público; por lo tanto, dado que se presentan hechos nuevos en la acción, la vía gubernativa no fue agotada en debida forma.

III. TRÁMITE PROCESAL

La demanda se presentó el día 10 de febrero de 2009⁴; posteriormente, por auto del 16 de julio de 2009⁵, el Magistrado que le correspondió por reparto la rechaza por no haberse agotado el requisito de la conciliación prejudicial, la parte demandante interpuso los recurso contra la providencia de rechazó y el Consejo de Estado mediante auto de 10 de febrero de 2011⁶ revoca el auto de 16 de julio de 2009 y admite la demanda, practicándose las notificaciones de rigor al Ministerio Público y a la parte demandada, mediante auto de 9 de Diciembre de 2011 se abre el periodo probatorio⁷, por auto de 22 de Enero de 2016 se corrió traslado a las partes para que presentaran sus alegatos de conclusión.⁸

IV. ALEGATOS Y CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

4.1. Parte Demandante⁹: Alega que se generó una ruptura total de la ecuación financiera entre las partes, pues la demandante en sus propios medios, ejecutó los servicios de salud por fuera del POSS, y ello trajo como consecuencia, una evidente e insoportable disminución con su patrimonio al cumplir compromisos de pagos que afectaron sus ingresos como consecuencia de la crisis económica y en definitiva, con la conducta administrativa asumida por la entidad territorial, le ha ocasionado a

⁴ Ver acta individual de reparto a folio 81 C. Ppal No. 1.

⁵ Folios 82-83 C. Ppal No. 2

⁶ Folio 123-125 C. Ppal No. 2

⁷Folios 190 Cuaderno Principal No. 2

⁸Folios 464- C. Ppal No. 3

⁹ Folios 465-475 C. Ppal No. 3



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR
SALA DE DECISIÓN ESCRITURAL No. 002
SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA No. 065/2016

SIGCMA

COMFAMILIAR graves perjuicios económicos, por acciones, imprecisiones, incumplimiento que deberán ser reparados e indemnizados.

Arguye que la relación de COMFAMILIAR con el DISTRITO DE CARTAGENA DE INDIAS, este no procedió de buena fe, en tanto que no informa la situación de salud del menor, lo que genera una selección adversa por clásica ausencia de detalles, en no dar a conocer el estado de salud de los afiliados hemofílicos, omisión de información que no permite contratar con conocimiento de causa, lo cual generó dificultades en proceso de contratación, pues de haber sabido previamente, las transacciones por capitación de afiliados ordenadas por la ley hubiesen resultado fortalecidas sin costo adicional alguno.

Concluye manifestando que, las demandadas confluyeron a la violación de innumerables derechos fundamentales que se analizaron oportunamente, contentivos de derechos económicos que COMFAMILIAR no estaba obligada a sufrir, así se hubiese tratado de una relación contractual, pero que por las circunstancias especiales que se surtieron fuera del contrato respectiva desbordaron la situación económica, por lo tanto, debe responder el Departamento Administrativo de Salud- Dadis.

4.2. Parte Demandada Distrito de Cartagena de Indias¹⁰ : Se reitera en los argumentos esbozados en la contestación de la demanda, específicamente en lo relativo a que no existe responsabilidad por parte de ente territorial por acción u omisión, toda vez que se encuentra acreditado que el menor se encontraba vinculado a COMFAMILIAR desde el año 2003, y si bien el padre del menor tenía una OPS para el año 2006, la omisión de afiliar a su hijo en el régimen contributivo no era del Distrito sino del padre del menor.

Con relación a la prueba, manifiesta que no se encuentra acreditado, cuanto canceló COMFAMILIAR por concepto de los servicios prestados al menor, ni cuanto se le reintegró por parte del FOSYGA, existe una serie de testimonios que dan fe que hubo una tutela y la demandante ordenó los servicios que creen que asciende aproximadamente a \$1.300.000.000.00.

Que la falla del servicio alegada no encuentra sustento en las pruebas obrantes en el expediente, lo que resultó suficientemente acreditado es que los servicios prestados por COMFAMILIAR fueron como consecuencia de una orden judicial emitida ante la presentación de una tutela por parte de la Personería.

Por último, expresa la demandada, que no son de recibo las pretensiones del accionante orientadas a que se declare un daño y se disponga la

¹⁰ Folios 476-485 C. Ppal No. 3



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR
SALA DE DECISIÓN ESCRITURAL No. 002
SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA No. 065/2016

SIGCMA

consecuencial reparación, al no tener responsabilidad alguna el Distrito de Cartagena, por lo ordenado por el Juez de Tutela.

4.3. Parte demandada Personería Distrital: No alegó de conclusión.

4.4. Ministerio Público: La agente del Ministerio Público no rindió concepto.

V. CONSIDERACIONES

5.1 Control de Legalidad

Tramitada la primera instancia y dado que, como resultado de la revisión procesal ordenada en el artículo Art. 25 Ley 1285 de 2009 – Modificatoria de la Ley 270 de 1996, no se observa causal de nulidad, impedimento alguno o irregularidad que pueda invalidar lo actuado, se procede a decidir la controversia suscitada entre las partes, previas las siguientes,

5.2. Competencia.

El Tribunal es competente para conocer en primera instancia de la presente demanda, conforme lo establece el artículo 132 numeral 6º del Código Contencioso Administrativo, por tratarse de la acción de Reparación Directa y su cuantía excede los quinientos salarios mínimos legales mensuales.

5.3. Problema jurídico.

Los problemas jurídicos dentro del sub lite se centran en determinar ¿Si existe omisión por parte del Distrito de Cartagena al no exigir a un contratista vinculado por OPS que afilie a su grupo familiar en calidad de beneficiarios?

En caso que la respuesta anterior sea positiva, se entrará a determinar si el Distrito de Cartagena debe rembolsar los dineros que COMFAMILIAR sufragó por la atención de un beneficiario perteneciente al grupo familiar de un contratista de la entidad territorial, en virtud de una acción de tutela, cuando dichos costos debió asumirlo el régimen contributivo y no la entidad demandante.

5.4. Tesis de la Sala

La Sala señala que se negaran las pretensiones, porque no existe omisión del Distrito de Cartagena de Indias al no exigirle a su contratista que afilie a su



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR
SALA DE DECISIÓN ESCRITURAL No. 002
SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA No. 065/2016

SIGCMA

grupo familiar en el régimen contributivo; toda vez que por expresa disposición legal, es el afiliado quien debe integrar su grupo familiar como beneficiarios del sistema de seguridad social en salud y es la EPS quien debe verificar que el proceso de afiliación se haga con todos los beneficiarios de ley; es decir, que la falla del servicio alegada no existe, ateniendo que el ente territorial no tiene la obligación de confirmar que el contratista afilie a su grupo familiar en el régimen contributivo.

Además, con el material probatorio recaudado, no se demostró que para la fecha del fallo de tutela de 14 de noviembre de 2006, el señor Marcos Fidel Blanco Agresott, tenía la condición de contratista del Distrito de Cartagena porque su contrato se había vencido el 25 de julio de esa anualidad y la obligación del Distrito en esa relación contractual en la cláusula octava se circunscribía a que el señor estuviera afiliado a la seguridad social en salud.

En orden a resolver el presente asunto, la Sala primeramente se permitirá ahondar en el tema de (i) Para solventar el mérito del sub examine, se hará alusión, a saber: (i) Régimen de responsabilidad aplicable; (ii) De la valoración probatoria; (iii) Marco Normativo (iv) caso en concreto; y (v) conclusión

5.5 Régimen de responsabilidad aplicable.

La responsabilidad patrimonial del Estado exige para su configuración de la existencia de una falla en el servicio que sirva como nexo causal del hecho dañoso y conduzca al resultado dañino, sobre el particular, el Consejo de Estado, ha señalado: ¹¹

"5. Presupuestos para la configuración de la responsabilidad extracontractual del Estado

Con la Carta Política de 1991 se produjo la "constitucionalización" de la responsabilidad del Estado y se erigió como garantía de los derechos e intereses de los administrados y de su patrimonio, sin distinguir su condición, situación e interés. De esta forma se reivindica el sustento doctrinal según el cual la "acción administrativa se ejerce en interés de todos: si los daños que resultan de ella, para algunos, no

¹¹ CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN TERCERA SUBSECCIÓN C Consejero Ponente: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA,.. veintiocho (28) de enero de dos mil quince (2015) Radicación número: 05 001 23 31 000 2002 03487 01 (32912) Actor: DARÍO DE JESÚS JIMÉNEZ GIRALDO Y OTROS Demandado: MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL-EJERCITO.



fuesen reparados, éstos serían sacrificados por la colectividad, sin que nada pueda justificar tal discriminación; la indemnización restablece el equilibrio roto en detrimento de ellos".

Como bien se sostiene en la doctrina:

"La responsabilidad de la Administración, en cambio, se articula como una garantía de los ciudadanos, pero no como una potestad; los daños cubiertos por la responsabilidad administrativa no son deliberadamente causados por la Administración por exigencia del interés general, no aparecen como un medio necesario para la consecución del fin público"

5.1 Daño antijurídico

Según lo prescrito en el artículo 90 de la Constitución, la cláusula general de la responsabilidad extracontractual del Estado tiene como fundamento la determinación de un daño antijurídico causado a un administrado, y la imputación del mismo a la administración pública tanto por la acción, como por la omisión de un deber normativo.

En relación con la naturaleza del daño antijurídico, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha sostenido reiteradamente que "ha de corresponder al juez determinar si el daño va más allá de lo que, normalmente y sin compensación alguna, debe soportar una persona por el hecho de vivir en una comunidad jurídicamente organizada y comportarse como un sujeto solidario". En este sentido se ha señalado que "en cada caso concreto deberá establecerse si el daño sufrido es de tal entidad que el afectado no está en la obligación de soportarlo, y resulta, en consecuencia, antijurídico"

Ahora bien, a pesar de que el artículo 90 de la Constitución establece que el Estado "responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables", no existe en la legislación definición alguna del daño antijurídico. No obstante, la jurisprudencia nacional ha definido tal concepto como "la lesión de un interés legítimo, patrimonial o extrapatrimonial, que la víctima no está en la obligación de soportar, que no está justificado por la ley o el derecho" , en otros términos, aquel que se produce a pesar de que "el ordenamiento jurídico no le ha impuesto a la víctima el deber de soportarlo, es decir, que el daño carece de causales de justificación"

De conformidad con lo expuesto el régimen de responsabilidad aplicable al presente caso, será el de falla probada del servicio y en consecuencia,



procede la Sala a estudiar los elementos que configuran la responsabilidad del Estado.

5.6. De la valoración Probatoria

La ley hace una especial delegación al juez para apreciar de forma conjunta y exponiendo razonadamente el mérito que le asigne a cada medio probatorio, conforme a las reglas de la sana crítica, sin perjuicio de las solemnidades previstas en la ley sustancial para su existencia o validez¹².

Es así como el artículo 177¹³ del Código de Procedimiento Civil, señala:

"Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen.

Los hechos notorios y las afirmaciones o negaciones indefinidas no requieren prueba."

Ahora en lo que hace al daño, ha hecho carrera en la jurisprudencia nacional que, corresponde a la parte demandante probar el perjuicio material alegado dado que es a él a quien se le impone la carga de probar, la falta de aquella tendrá como consecuencia¹⁴, la negación de las pretensiones.

Así tanto en la jurisprudencia del H. Consejo de Estado como en la doctrina, se puede observar una marcada tendencia que intenta descifrar el estándar probatorio necesario para probar el nexo de causalidad dentro de la responsabilidad extracontractual.

De allí que, para la doctrina¹⁵, el tema del nexo causal entre el hecho (acción u omisión), que se predica fue producido por la administración, y el daño antijurídico, no es un asunto sencillo, ni se prueba de manera sumaria, ni mucho menos opera como una presunción, de allí que su prueba no puede confundirse con el régimen de imputación aplicable a cada evento y suponer sin más que dentro de los títulos objetivos no se hace necesario su demostración, en la medida en que los presupuestos que involucran la

¹² Pedro Alejo Cañón Ramírez, "Teoría y Práctica de la Prueba Judicial" 3ª Edición; editorial "DIKE" año 2015, página 145.

¹³ Hoy Artículo 167 C. General del Proceso

¹⁴ Consejo de Estado, Sección 3ª, sentencia de marzo 18 de 2010, C.P. Ruth Stella Correa; exp. (17047); también puede leerse la sentencia del 19 de octubre de 2011, C.P. Hernán Andrade Rincón

¹⁵ Carlos Enrique Pinzón Muñoz; "La Prueba de la Responsabilidad Extracontractual del Estado"; Ediciones Doctrina y Ley Ltda; año 2015, página 65 y 66.



carga de la prueba indican que es el demandante, en cualquier caso el responsable de su prueba dentro del proceso.

Así las cosas, para el profesor Carlos Pinzón Muñoz, queda claro que el actor debe probar en definitiva el nexo causal entre el hecho que se cuestiona fue producto de la administración y el daño por el cual se reclama la reparación, -se reitera-, carga probatoria, que es regulado por el artículo 177 del código de procedimiento civil vigente hoy el artículo 167 de la ley 1564 de 2012 –código general del proceso¹⁶-.

Bajo la anterior óptica, la Sala se entrará a analizar fáctica y jurídicamente si existe responsabilidad del Distrito de Cartagena de Indias y de la Personería Distrital.

5.7 Marco Normativo

Esta Corporación, con el objeto de determinar quién tiene la obligación de verificar que el grupo familiar del afiliado este completamente integrado, se permite transcribir los artículos 34 y 35 del Decreto 806 de 1998, que la letra reza:

"Artículo 34. Cobertura familiar. El grupo familiar del afiliado cotizante o subsidiado, estará constituido por:

a) El cónyuge;

b) A falta de cónyuge la compañera o compañero permanente, siempre y cuando la unión sea superior a dos años;

c) Los hijos menores de dieciocho (18) años que dependen económicamente del afiliado;

d) Los hijos de cualquier edad si tienen incapacidad permanente y dependen económicamente del afiliado;

e) Los hijos entre los dieciocho (18) y los veinticinco (25) años, cuando sean estudiantes de tiempo completo, tal como lo establece el Decreto 1889 de 1994 y dependan económicamente del afiliado;

f) Los hijos del cónyuge o compañera o compañero permanente del afiliado que se encuentren en las situaciones definidas en los numerales c) y d) del presente artículo;

g) A falta de cónyuge o de compañera o compañero permanente y de hijos, los padres del afiliado que no estén pensionados y dependan económicamente de éste.

¹⁶Carlos Enrique Pinzón Muñoz; "La Prueba de la Responsabilidad Extracontractual del Estado"; Ediciones Doctrina y Ley Ltda; año 2015, página 65 y 66.



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR
SALA DE DECISIÓN ESCRITURAL No. 002
SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA No. 065/2016

SIGCMA

Parágrafo. Se entiende que existe dependencia económica cuando una persona recibe de otra los medios necesarios para su congrua subsistencia.

"Artículo 35. Inscripción del grupo familiar. **Los afiliados deberán** inscribir ante la Entidad Promotora de Salud -EPS., a cada uno de los miembros que conforman su grupo familiar según lo dispuesto en el artículo anterior. Esta inscripción se hará mediante el diligenciamiento del formulario que para el efecto determine la Superintendencia Nacional de Salud. Dicho formulario deberá ser suscrito por el afiliado. El formulario deberá suscribirlo también el empleador cuando se trate de personas con contrato de trabajo o de servidores públicos.

La solicitud de inscripción deberá estar acompañada de una declaración del afiliado que se entenderá prestada bajo la gravedad del juramento, en la que manifieste que las personas que conforman su grupo familiar no están afiliadas a otra Entidad Promotora de Salud -EPS y que ninguna de ellas por su nivel de ingresos debe estar afiliada como cotizante.

Parágrafo. El formulario y los anexos a que se refiere el presente artículo podrán ser destruidos después de un año contado a partir del momento de su recepción por la EPS, siempre y cuando los conserve por cualquier medio técnico que garantice la reproducción exacta de documentos, tales como la microfilmación, la micografía y los discos ópticos. El mismo procedimiento podrá seguirse con el formulario y documento de autoliquidación."

Igualmente el Decreto 1703 de 2002 sobre este mismo tópico señala:

"Artículo 4º. Obligación de los afiliados. Además de la obligación de suministrar los soportes que acreditan la calidad de beneficiario de su grupo familiar cuando les sea requerida, **es responsabilidad del afiliado cotizante reportar las novedades que se presenten en su grupo familiar** y que constituyan causal de extinción del derecho del beneficiario, tales como fallecimientos, discapacidad, pérdida de la calidad de estudiante, independencia económica, cumplimiento de la edad máxima legal establecida y demás que puedan afectar la calidad del afiliado beneficiario.

Cuando se compruebe por la entidad promotora de salud, la ocurrencia de un hecho extintivo de la calidad de beneficiario, no comunicado oportunamente a dicha entidad por parte del afiliado cotizante, dicha entidad seguirá el procedimiento de desafiliación correspondiente, previa comunicación escrita al afiliado cotizante, con no menos de un (1) mes de antelación; el cotizante responderá pecuniariamente en todo caso, por el reporte extemporáneo de las novedades correspondientes de su grupo familiar, debiendo reembolsar los gastos en que incurrió el Sistema durante el periodo en que el beneficiario carecía del derecho. Lo anterior sin perjuicio de las responsabilidades en cabeza del afiliado cotizante, la entidad promotora de salud, EPS, el empleador o la entidad pagadora de pensiones, cuando a ello hubiere lugar."



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR
SALA DE DECISIÓN ESCRITURAL No. 002
SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA No. 065/2016

SIGCMA

“Artículo 35. *Modificado art. 6 Decreto Nacional 2400 de 2002* Condiciones para promoción de la afiliación. No se podrán estipular condiciones de remuneración directa o indirecta frente a las personas encargadas de la promoción o comercialización del proceso de afiliación, que impliquen una remuneración en función al número de beneficiarios que hagan parte del grupo familiar. Los pagos, deberán limitarse a la afiliación por cotizante, sin que se puedan concretar condiciones que impliquen una discriminación en el proceso de ninguna naturaleza. Para el pago de comisiones, debe haberse verificado el ingreso efectivo del afiliado a través del pago correspondiente de su cotización por un periodo no inferior a tres meses por los cuales ha debido ser efectivamente compensado. **Es deber de la entidad promotora de salud, EPS, que realiza el proceso de afiliación, velar porque se concrete la afiliación de los beneficiarios de ley.**

Las entidades promotoras de salud, EPS, deberán elaborar un Manual para Asesores que deberá ser conocido y cumplido por todos los asesores comerciales de la entidad, en el cual se establezcan los requisitos normativos en relación con los procesos de afiliación.”

De las normas en cita se desprende con claridad, que el deber de afiliar al grupo familiar es del afiliado y la EPS debe verificar que el proceso de afiliación se haga con todos los beneficiarios de ley.

5.8 Análisis del caso concreto.

Para esta Corporación, es necesario establecer si se configuran los elementos propios de la responsabilidad patrimonial del Estado. Se analizará en consecuencia cada uno de los elementos esenciales de la responsabilidad patrimonial del Estado a la luz del material probatorio allegado al expediente.

En el asunto bajo examen, como se ha indicado, se pretende la declaratoria de responsabilidad del Distrito de Cartagena de Indias y de la Personería Distrital, con ocasión a una acción de tutela presentada por la Personería Distrital a nombre del menor Marcos Blanco Agamez en contra de ARS COMFAMILIAR hoy EPS’S COMFAMILIAR; hecho que origina el daño según lo expuesto la parte actora, por una falla en el servicio consistente en la omisión del Distrito de Cartagena de exigirle al padre del menor que afiliará a su hijo en el régimen contributivo.

Para demostrar su dicho, se adjuntaron con la demanda, y se recolectaron durante del trámite de la primera instancia, las siguientes **Pruebas:**



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR
SALA DE DECISIÓN ESCRITURAL No. 002
SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA No. 065/2016

SIGCMA

Documental

- Copia de contratos cuyo objeto es la administración de recursos del Régimen Subsidiado de Seguridad Social en Salud (folios 21-24)
- Copia de cuenta de cobro al Distrito de Cartagena por valor de \$434.305.100.00 (Folio 25)
- Factura de venta No. FSFB 00774726 de Fundación Santa Fe de Bogotá, por valor de \$257.213.026 (folio 26)
- Extracto de ordenes API por paciente Marcos Blanco Agamez por valor de \$18.843.562.00(folio 27-34)
- Cuenta de cobro de la Fundación Santa Fe a Comfamiliar por valor de \$121.585.526.00 (folio 35)
- Soporte agrupado de prefactura de la Fundación Santa Fe del paciente Blanco Agamez por valor de \$173.063.241.00 (folio 36)
- Soporte agrupado de prefactura de la Fundación Santa Fe del paciente Blanco Agamez por valor de \$170.659.725.00 (folio 37-44)
- Carta de fecha 22 de enero de 2007 enviada por Marleny Gutiérrez Pinzón dirigida junto con los módulos de facturación a Reynaldo Vásquez, solicitando el saldo del convenio correspondiente al servicio prestado al menor Blanco Agamez Marcos, por valor de \$165.289.553.00 (folio 45-52)
- Factura de Compra venta No. 31693 de Amarey Nova Medical S.A. por valor de \$354.744.036.00 (folio 53)
- Presupuesto de la Fundación Santa Fe dirigido a Comfamiliar por el paciente Marcos Blanco Agamez de 22 de noviembre de 2006, por valor de \$ 884.988.000.00 (folio 54)
- Presupuesto de la Fundación Santa Fe dirigido a Comfamiliar por el acompañante por valor de \$900.645.00 (folio 55)
- Presupuesto de Fundación Santa Fe dirigido a Comfamiliar de 27 de octubre de 2006, por valor de \$135.627.500.00 (folio 56)
- Carta de 27 de noviembre de 2006 dirigida a la doctora Rocío Mendoza Ballestas, en donde se solicita reserva técnica por \$1.300.000.000.00 (folios 57-58)
- Copia de Sentencia de acción de tutela de fecha 17 de julio de 2006, proferida por el Juzgado Noveno Civil Municipal de Cartagena (folio 59-62)
- Relación de servicios de fecha 14 de noviembre de 2006, presentada por ambulancias medicas dirigida a Comfamiliar por valor de \$240.000.00(folio 63)
- Oficio No. 2190 y sentencia de tutela de 14 de noviembre de 2006 del Juzgado Primero Penal Municipal (folio 64-73)
- Copia de la Planilla de Autoliquidación mensual de aportes al Sistema de Seguridad Social Integral al Instituto de los Seguros Sociales, efectuado por el padre del menor, señor Marco Blanco Agresott. (folio 74)



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR
SALA DE DECISIÓN ESCRITURAL No. 002
SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA No. 065/2016

SIGCMA

- Copia de orden de prestación de servicios No. SG/AL 98-72-2006, suscrita por el Distrito y el padre del menor, señor Marco Fidel Blanco Agresott (folios 77-78)

Testimonios.

En lo que hace a los testigos, se encuentra que estos, ROSANA VÁSQUEZ MENDOZA¹⁷, LAUREANO DÍAZ BONFANTE¹⁸, REINALDO VÁSQUEZ VIANA¹⁹, NÉSTOR ALCALÁ PIMIENTA²⁰, MARÍA BERNARDA VÉLEZ GARCÍA²¹, FELIPE MENDOZA ARIAS²², En particular, el debate probatorio está encaminado a determinar la existencia de una falla en el servicio que la parte demandante hace consistir en los perjuicios ocasionados a COMFAMILIAR por el cumplimiento de un fallo de tutela, atendiendo que los costos del tratamiento fueron asumidos por la caja actora, a causa de la omisión del Distrito de Cartagena a exigirle al señor Marcos Fidel Blanco que afiliara a su hijo al régimen contributivo.

Antes de analizar los elementos de la responsabilidad entra la Sala a resolver las excepciones de mérito propuestas por la parte demandada.

5.9 Excepciones de Mérito

Precisado lo anterior, procede la Sala a resolver las excepciones de mérito propuestas por el Distrito de Cartagena de Indias en el orden que fueron presentadas.

5.9.1 Caducidad de la Acción de Reparación Directa

Expresa que la solicitud de conciliación ante la Procuraduría General de la Nación se realizó el 10 de noviembre de 2008 y la demanda se presentó el 9 de febrero de 2009, es decir, por fuera del término de los dos años, puesto que se tiene como fecha para contar el término de caducidad al día siguiente a la comisión del hecho que fue el día 17 de julio de 2006, en el cual se profirió el primer fallo de tutela que origina la controversia que se discute.

Esta Sala, considera que no puede tenerme como fecha para iniciar el conteo de la caducidad el 17 de julio de 2006, pues si bien es cierto, el Juzgado Noveno Civil Municipal de Cartagena profirió sentencia en esa

¹⁷ Folio 354-358

¹⁸ Folio 359-363

¹⁹ Folio 376-379

²⁰ Folios 380-384

²¹ Folio 385-388

²² Folio 392-394



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR
SALA DE DECISIÓN ESCRITURAL No. 002
SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA No. 065/2016

SIGCMA

fecha, en esa acción de tutela se ordena a la ARS COMFAMILIAR el suministro del tratamiento con Factor VIII; procedimiento que según el Acuerdo No. 228 de 2002 del Ministerio de Salud, se encuentra dentro de las coberturas POS, es decir, que no podría tenerse este fallo, como la comisión del hecho; además no podemos desconocer que la parte demandante en el libelo demandador se refiere exclusivamente es a la segunda sentencia de tutela proferida por el Juzgado Primero Penal Municipal de Cartagena, donde se ordena a la ARS COMFAMILIAR el traslado a la ciudad de Bogotá del menor MARCOS ANDRÉS BLANCO AGAMEZ en compañía de su madre NELLY DEL CARMEN AGAMEZ CÉSPEDES, con el objeto que se realice el tratamiento definitivo para la fractura conminuta de tercio proximal de femur con fragmento de mariposa y angulación en varo, por tener antecedentes Hemofílicos Tipo A y se ordena recobro al Fosyga.

Para la época en que se profirió el fallo de tutela por el Juzgado Primero Penal Municipal de Cartagena no estaba incluido en el POS los traslados y viáticos, es decir, que a partir de la notificación sentencia mediante oficio No. 2190 de 16 de nov/06 (17 de noviembre de 2006) la parte demandante tenía dos años para presentar la acción que nos ocupa, es decir, hasta el 17 de noviembre de 2008, pero la demanda se presentó el 10 de febrero de 2009; en principio se podría pensar que la acción esta caducada, pero la realidad es que la solicitud de conciliación ante la Procuraduría General de la Nación, fue radicada el 10 de noviembre de 2008, es decir, que el término de caducidad quedó interrumpido por 8 días.

Ahora bien, en el expediente no reposa prueba de la realización de la audiencia de conciliación prejudicial, por consiguiente se infiere que el término de caducidad quedó suspendió por 3 meses, tal como lo establece la Ley 640 de 2001, es decir, que hasta el 10 de febrero de 2009, la parte demandante tenía oportunidad de presentar la demanda de manera oportuna, así las cosas, teniendo en cuenta que la demanda se presentó el 10 de febrero de 2009, cuando faltaban 8 días para vencer los dos años de que habla el artículo 136 del C.C.A para este tipo de acción; concluyéndose que la excepción no está llamada a prosperar por no haberse demostrado el fenómeno de la caducidad,

5.9.2. Indebido Señalamiento de la Acción.

Indica la demandada que la acción para realizar la reclamación sería la de las controversias contractuales establecidas en el artículo 87 del C.C.A., por lo tanto, solicita se declare que la acción que nos ocupa no es la adecuada para llevar a cabo la persecución de las prestaciones del demandante.

Llama la atención de esta Judicatura, que la parte demandante de manera concomitante presentó una acción de Reparación Directa y una acción



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR
SALA DE DECISIÓN ESCRITURAL No. 002
SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA No. 065/2016

SIGCMA

Contractual, siendo la segunda conocida por el Sala Especial de Descongestión No. 004, Magistrado Ponente: Arturo Matson Carballo, quien mediante sentencia de 10 de abril de 2014 denegó las pretensiones de la demanda²³, sentencia que se encuentra en apelación en el Consejo de Estado.

Sobre el particular, surge que el demandante abusando de su derecho al acceso a la administración de justicia, utilizó dos acciones distintas con supuestos de hechos idénticos, tratando de conseguir por lo menos una decisión favorable a sus pretensiones, cuyo objeto se circunscribe al pago de una suma de dinero que a su juicio debió ser asumido por el ente territorial demandando.

Igualmente para esta Sala resulta contradictorio que bajo los mismos supuestos de hechos se presente una acción contractual y otra extracontractual (reparación directa), teniendo en cuenta que la naturaleza, el objeto de las acciones son distintos y el origen de las obligaciones también lo es, pues una se deriva del contrato y la otra persigue la reparación del daño cuando la causa sea un hecho, una omisión, una operación administrativa o la ocupación temporal o permanente de un inmueble, por lo tanto, al existir una acción contractual que como se dijo se encuentra con sentencia apelada, en principio podríamos decir que existe Pleito Pendiente, pero la excepción como ha sido planteada solo se limita a decir que es "*indebido el señalamiento de la acción*", pero no menciona que ya hubo otra acción contractual, luego a juicio de esta Judicatura, resultaría nugatoria la excepción como viene propuesta.

Ahora bien, sobre la acción contractual partiendo del supuesto que se encontrara ejecutoriada la sentencia proferida el 10 de abril de 2014 por el Tribunal Administrativo de Bolívar, estaríamos ante la excepción de Cosa Juzgada, pero como existe un recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, tal como aparece registrado en el sistema justicia XXI el 17 de junio de 2014 fue enviado al Consejo de Estado para que resuelva la alzada, estaríamos ante la excepción de Pleito Pendiente, así las cosas, bajo los dos supuestos, se tendrán por no probada la excepción propuesta, porque en efecto si existe otra acción y la misma se encuentra surtiendo el trámite de segunda instancia.

Además la acción contractual se refiere al rompimiento del equilibrio financiero del contrato y el origen de la reparación directa es porque el Distrito permitió a un supuesto trabajador no afiliarse a todos los beneficiarios

²³ Folio 486-511 C Ppal No. 3



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR
SALA DE DECISIÓN ESCRITURAL No. 002
SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA No. 065/2016

SIGCMA

de su grupo familiar, es decir, el origen de ambas acciones es distinto, lo que impide que prospere la excepción propuesta.

5.9.3 Indebido agotamiento de la vía gubernativa.

Que si se observa los hechos presentados en la acción y la solicitud de conciliación efectuada ante la Procuraduría, se observa que algunos de ellos de los presentados en la demanda son nuevos respecto de los presentados ante el Ministerio Público; por lo tanto, dado que se presentan hechos nuevos en la acción, la vía gubernativa no fue agotada en debida forma.

Sobre el particular, esta Judicatura considera que esta excepción es improcedente en una acción de reparación directa, pues el agotamiento de la vía gubernativa solo se predica de los procedimientos administrativos, los cuales son enjuiciables por esta Jurisdicción, a través de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, luego entonces, sin mayores elucubraciones, se tendrá por no probada esta excepción.

Determinado que no prosperan las excepciones de mérito, procede la Sala a analizar el **FONDO** del asunto, estudiando los elementos de la responsabilidad, así:

En el presente caso, está demostrada la ocurrencia del hecho que es el Primero Penal Municipal de Cartagena, donde la Personería Distrital interpuso la acción constitucional a nombre del menor MARCOS ANDRÉS BLANCO AGAMEZ, contra ARS COMFAMILIAR, donde se ordenó que se realizara el traslado del menor y su acompañante a la ciudad de Bogotá, con el objeto de realizar el tratamiento definitivo para la fractura conminuta de tercioproximal de fémur, por tener antecedentes de Hemofilia Tipo A, ordenándole a la ARS hoy EPS 'S' que corriera con los gastos de transporte, hospedaje y manutención, así como también el tratamiento integral. Igualmente se autorizó el recobro ante el FOSYGA. (Folio 65-73)

En cuanto al daño, la parte actora alega haber sufrido perjuicios de orden material y de orden moral. Esta Corporación se detendrá en analizar el daño y las pruebas allegadas de manera conjunta, a efectos de determinar si el mismo se encuentra probado, como primera medida, la parte demandante en el libelo demandador manifiesta que la falla del servicio consistió en la ausencia de exigencia de afiliación en el régimen contributivo del menor, a pesar que su padre era servidor del Distrito de Cartagena.

Como primera medida se aclara que el padre del menor señor Marco Fidel Blanco Agresott, prestó sus servicios al Distrito de Cartagena de Indias, por medio de una Orden de Prestación de Servicio No. SG/AL98-72 de 2006, por el término de 6 meses, contados a partir del registro presupuestal de fecha



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR
SALA DE DECISIÓN ESCRITURAL No. 002
SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA No. 065/2016

SIGCMA

25 de enero de 2006, tal como consta a folio 77-78 del expediente, es decir, que el mencionado contrato venció el 25 de julio de esa anualidad.

Igualmente, se resalta que se trata de dos acciones de tutela, ambas presentadas por la Personería Distrital, la primera decidida el 17 de julio de 2006, por el Juzgado Noveno Civil Municipal de Cartagena²⁴, donde la ARS COMFAMILIAR no dio respuesta al informe requerido a pesar de haber sido notificada de la acción de tutela presentada en su contra, en dicho fallo se ordenó el suministro del tratamiento con Factor VIII y el recobro al FOSYGA.

Mediante sentencia de 14 de noviembre de 2006 el Juzgado Primero Penal Municipal de Cartagena de Indias²⁵, ordena a la ARS COMFAMILIAR el traslado a la ciudad de Bogotá del menor MARCOS ANDRÉS BLANCO AGAMEZ en compañía de su madre NELLY DEL CARMEN AGAMEZ CÉSPEDES, con el objeto que se realice el tratamiento definitivo para la fractura conminuta de tercio proximal de femur con fragmento de mariposa y angulación en varo, por tener antecedentes Hemofílicos Tipo A, se ordena recobro al Fosyga. Igualmente la accionada no respondió los hechos materia de tutela.

Esta Corporación se detendrá primero en la sentencia de tutela fallada por el Juzgado Noveno Civil Municipal de Cartagena el 17 de julio de 2006, donde se ordenó a COMFAMILIAR que asumiera económicamente el tratamiento con Factor VIII.

El Acuerdo No. 228 de 2002, del Ministerio de Salud "*Por medio del cual se actualiza el Manual de Medicamentos del Plan Obligatorio de Salud y se dictan otras disposiciones*"; tiene dentro de las coberturas del POS el tratamiento ordenado en la tutela, específicamente en el acápite denominado Sangre- Coagulantes y Hemostáticos, es decir, que le correspondía a la aquí demandante asumir económicamente el tratamiento en la forma y dentro del tiempo establecido por el médico tratante, atendiendo que el mismo se encuentra dentro del Plan Obligatorio de Salud, luego entonces, la falla del servicio alegada en el sentido que el Distrito no le exigió al padre del menor que lo afiliara al régimen contributivo, queda descartada, pues a pesar que a la fecha en que se profiere el fallo (17 julio/06) todavía estaba vigente la OPS, COMFAMILIAR debía autorizar el tratamiento en la forma y oportunidad establecida por el galeno, toda vez el procedimiento prescrito está dentro del POS.

A efectos de determinar el Daño, en lo que respecta a la segunda acción de tutela cuyo conocimiento le correspondió al Juzgado Primero Penal

²⁴ Folios 59-62 C Ppal No. 1

²⁵ Folios 65-73 Ibidem



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR
SALA DE DECISIÓN ESCRITURAL No. 002
SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA No. 065/2016

SIGCMA

Municipal de Cartagena, donde se ordenó a COMFAMILIAR, el traslado a la ciudad de Bogotá del menor MARCOS ANDRÉS BLANCO AGAMEZ en compañía de su madre NELLY DEL CARMEN AGAMEZ CÉSPEDES, con el objeto que se realice el tratamiento definitivo para la fractura conminuta de tercio proximal de femur con fragmento de mariposa y angulación en varo, sea lo primero indicar, que el fallo se profiere el 14 de noviembre de 2006, cuando el padre del menor ya no estaba vinculado contractualmente con el Distrito mediante contrato de prestación de servicio-OPS, pues la vigencia del contrato fue de 6 meses y finalizó en Julio de 2006, es decir, que con la prueba aportada, esta Sala no tiene la certeza para determinar si cuando se dictó la sentencia el señor MARCOS FIDEL BLANCO, tenía alguna vinculación con el ente territorial demandado.

Ahora bien, en la sentencia de tutela aludida ²⁶ como prueba se escuchó a la madre del menor señora NELLY DEL CARMEN AGAMEZ CÉSPEDES, quien manifestó ser ama de casa y no convivir con el padre de sus hijos, además de indicar que no tenía recursos económicos para sufragar el costo del traslado a la ciudad de Bogotá, es decir, que atendiendo las circunstancias económicas de la madre del menor y su grupo familiar y que el servicio no se prestaba en la ciudad de Cartagena, se ordenó el traslado del MARCOS ANDRÉS BLANCO AGAMEZ a la ciudad de Bogotá, el cual debía ser asumido por la ARS COMFAMILIAR.

De lo anterior, esta Judicatura tiene las siguientes observaciones:

- La Conducta de la ARS COMFAMILIAR en sede de tutela, siempre fue omisiva, toda vez que en ambas acciones de tutela dieron aplicación a la presunción de veracidad que consagra el Decreto 2591 de 1991, es decir, cuando la accionada no rinde el informe requerido sobre los hechos materia de la acción.
- El tratamiento Factor VIII está dentro de las coberturas del POS, es decir, que debía ser asumido por la ARS COMFAMILIAR.
- El traslado a la ciudad de Bogotá del menor MARCOS ANDRÉS BLANCO AGAMEZ en compañía de su madre NELLY DEL CARMEN AGAMEZ CÉSPEDES, con el objeto que se realice el tratamiento definitivo para la fractura conminuta de tercio proximal de femur con fragmento de mariposa y angulación en varo, dicha orden se encontró ajustada a derecho, toda vez que los accionantes no tenían los medios económicos para sufragar los mismos, además que en la ciudad de Cartagena no existía la alternativa médica para su atención.
- El padre del menor MARCOS FIDEL BLANCO, no convivía con sus hijos, así que no existía unidad familiar.
- A la fecha de la segunda acción de tutela (14 Noviembre/06) no existe prueba que el padre del menor estuviera vinculado contractualmente con el Distrito de Cartagena.

²⁶ Folio 66



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR
SALA DE DECISIÓN ESCRITURAL No. 002
SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA No. 065/2016

SIGCMA

- El Distrito no está obligado a exigirle a sus contratistas que afilien a su grupo familiar, la obligación es solo que se encuentren afiliados al sistema de seguridad social en salud, tal como se establece en la cláusula octava del contrato de prestación de servicios (folio 78)

Ahora bien, la parte demandante en los hechos afirma que el Distrito de Cartagena de Indias y la Personería Distrital de manera confabulada, lideraron las acciones de tutela en su contra, con el objeto que COMFAMILIAR asumiera los costos de una enfermedad ruinosa o catastrófica, y así eximir al ente territorial de sus obligaciones con relación al tratamiento de un paciente Hemofílico, esta manifestación carece de prueba, pues si bien es cierto, se presentaron dos acciones de tutela a través de la Personería Distrital, está cumplió con su deber funcional de interponer la acción de tutela en defensa y protección de los derechos del niño Marco Andrés Blanco Agamez y el Distrito de Cartagena de Indias en la primera tutela, la que le correspondió al Juzgado Noveno Civil Municipal de Cartagena fue accionada, luego entonces, la connivencia alegada por COMFAMILIAR es inexistente, por ser una afirmación sin ningún soporte probatorio.

Continuando con el estudio del daño, esta Corporación analizando la prueba documental allegada con la demanda y testimonial practicada, al estudiarlas de manera conjunta no se evidencia, la existencia del daño, toda vez que la falla del servicio consiste en que el Distrito de Cartagena de Indias, no le exigió al padre del menor la afiliación al régimen contributivo, donde ha quedado demostrado que para la fecha en que se ordenó el traslado del menor MARCO ANDRÉS BLANCO AGAMEZ a la ciudad de Bogotá con su acompañante, su padre no tenía ningún vínculo ni contractual, ni legal con el ente territorial demandando; igualmente no existía la obligación o el deber del Distrito de Cartagena de Indias, de exigirle al padre del menor que lo afiliara al régimen contributivo y está demostrado que para la época en que se profirió el fallo de tutela (14 Noviembre de 2006), el señor MARCOS FIDEL BLANCO AGRESOTT, no convivía con su familia, es decir, que no existía unidad familiar, además la ARS COMFAMILIAR jamás ejerció su derecho de defensa en sede de tutela y no impugnó las sentencias donde le ordenaban asumir el mencionado traslado a la ciudad de Bogotá y el hecho de desconocer la situación de salud del menor, no es un argumento válido para la negativa de la prestación del servicio, pues el hecho que el niño tuviera un diagnóstico con una enfermedad ruinosa, no era impedimento para que la ARS hoy EPS 'S le prestara el servicio, por lo tanto, en lo relativo al daño, está Judicatura, considera al mismo inexistente.



5.10 Conclusión.

Para resolver el primer interrogante del problema jurídico, esta Sala con apoyo en el Decreto 806 de 1998 (art. 35) y del Decreto 1703 de 2002 (art. 35) destaca que el deber de afiliar al grupo familiar es del afiliado y la EPS debe verificar que el proceso de afiliación se haga con todos los beneficiarios de ley, es decir, que la omisión que hace predicar el demandante en cabeza del ente territorial demandado es inexistente a luz de las disposiciones mencionadas; por lo tanto, al no existir el deber legal por parte del Distrito de exigir la vinculación del grupo familiar de sus contratistas, no existe la supuesta falla del servicio alegada por la parte demandante

Además, la parte demandante no probaron el hecho que alegan, de allí que, al quedarse solamente con su decir la omisión alegada, este no tiene la fuerza como para pretender la indemnización puesto que la escases en la prueba fue evidente a efectos de probar la existencia del mismo.

Además, con el material probatorio recaudado, no se demostró que para la fecha del fallo de tutela de 14 de noviembre de 2006, el señor Marcos Fidel Blanco Agresott, tenía la condición de contratista del Distrito de Cartagena porque su contrato se había vencido el 25 de julio de esa anualidad y la obligación del Distrito en esa relación contractual en la cláusula octava se circunscribía a que el señor estuviera afiliado a la seguridad social en salud.

De contera, se denegaran las pretensiones de la demanda.

VI. COSTAS

Toda vez que no se evidencia temeridad, ni mala fe de las partes, la Sala se abstendrá de condenar en costas de conformidad con lo reglado en el artículo 171 del C.C.A., modificado por el artículo 55 de la Ley 446 de 1998.

VII. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Contencioso Administrativo de Bolívar, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA

PRIMERO: DENEGAR las pretensiones de la demanda instaurada por la CAJA DE COMPENSACIÓN FAMILIAR DE CARTAGENA -COMFAMILIAR, contra el



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR
SALA DE DECISIÓN ESCRITURAL No. 002
SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA No. 065/2016

SIGCMA

DISTRITO DE CARTAGENA DE INDIAS y la PERSONERÍA DISTRITAL, por las razones expuestas en la parte considerativa de esta providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

TERCERO: Si esta providencia no fuere apelada, una vez en firme, **ARCHÍVESE** el expediente previas las anotaciones de ley en los libros y sistemas de radicación.

Constancia: El proyecto de esta providencia fue considerado y aprobado por la Sala, en sesión ordinaria de la fecha, según consta en acta No. 43



MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ
Magistrado Ponente

ARTURO MATSON CARBALLO
Magistrado
Ausente con permiso



EDGAR ALEXI VÁSQUEZ CONTRERAS
Magistrado

C

C