



CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCION TERCERA- SUBSECCION B
Consejero Ponente: Danilo Rojas Betancourth

Bogotá D.C., 29 de agosto de 2016.

Expediente: 34097
Radicación: 27001-12-33-1000-2005-00361-01
Actor: Caprecom E.P.S.
Demandado: Municipio de Quibdó y otro
Naturaleza: Controversias contractuales

La Sección Tercera, Subsección B, del Consejo de Estado procede a resolver el recurso de apelación presentado por la parte demandante contra la sentencia del 2 de febrero del 2007, proferida por el Tribunal Administrativo del Chocó, en la que emitió fallo inhibitorio por encontrar configurada la ineptitud sustantiva de la demanda. El pronunciamiento del *a quo* será revocado.

SÍNTESIS DEL CASO

CAPRECOM y el municipio de Quibdó firmaron un contrato de administración de recursos del régimen subsidiado de seguridad social en salud, vigente entre el 1 de junio de 2002 y el 31 de marzo de 2003. La entidad territorial decidió no renovar dicho vínculo, determinación reprochada por CAPRECOM porque, en su parecer, el municipio estaba legal y reglamentariamente obligado a efectuar la renovación.

ANTECEDENTES

I. Lo que se pretende

1. Con el escrito presentado el 31 de marzo de 2005 ante el Tribunal Administrativo del Chocó (f. 4 - 28 c. 1), la Caja de Previsión Social de Comunicaciones “CAPRECOM EPS” interpuso acción de controversias contractuales en contra del

Municipio de Quibdó y del señor Patrocinio Sánchez Montes de Oca, en procura de que se hicieran las siguientes declaraciones y condenas:

1. Que se declare la nulidad del acto administrativo presunto a través del cual el alcalde Municipal de Quibdó, decidió de manera ilegal no renovar el contratos (sic) N° 285 de administración de recursos del régimen subsidiado en seguridad social en salud con la empresa Caprecom, para vigencia que inicia (sic) del 1 de abril de 2003

2. Que como consecuencia de la nulidad pretendida, se declare el incumplimiento de los contratos relacionados en la primera pretensión, por el hecho de no haberse ejecutado su respectiva renovación, la que procede de manera obligatoria por expreso mandato legal.

3. Que como consecuencia de lo anterior se declare que el municipio de Carmen de Quibdó – Chocó, incumplió con la obligación de renovar los contratos inter administrativos del Régimen Subsidiado suscritos con CAPRECOM.

4. Que como consecuencia de las declaraciones anteriores se condene al Municipio de Carmen de Atrato – Chocó (sic), y al señor PATROCINIO SÁNCHEZ MONTES DE OCA, en calidad de ex alcalde del Municipio de Quibdó, al pago de todos los perjuicios causados a mi representado con ocasión del incumplimiento contractual, de la expedición y de la ejecutoria del acto demandado, con el que se decidió de manera unilateral e ilegal no renovar los contratos de aseguramiento entre el Municipio y CAPRECOM, incluyendo daño emergente y lucro cesante, así como la corrección monetaria y cualesquiera otros índices de ajuste monetario de tales sumas.

5. Todas las sumas de dinero a reconocerse deberán ser actualizadas, desde el momento mismo en que se presentaron los hechos y hasta que quede en firme la sentencia respectiva, y que debe (sic) aplicarse intereses moratorios sobre las sumas líquidas adeudadas por la decisión de no renovar el contrato, conforme a lo señalado en el artículo 32 del Decreto 050 de 2003 y demás normas que lo modifiquen o complementen.

6. Que se condene a los demandados al pago de las costas, agencias en derecho y demás gastos del proceso.

7. Que a la sentencia que se profiera accediendo a las pretensiones expresadas, se le dé cumplimiento dentro del término establecido por los artículos 176 y 177 del C.C.A. En caso de que así no lo hiciere, que se condene a los demandantes al pago de los intereses moratorios correspondientes al interés corriente doblado sobre las sumas debidas, a partir de la fecha en que se produzca la mora y hasta cuando se haga el pago efectivo de ella.

2. La demanda presentó como sustento fáctico de sus pretensiones lo siguiente:

2.1. CAPRECOM, empresa industrial y comercial del Estado de acuerdo con la

Ley 314 de 1996, celebró con el municipio de Quibdó el contrato de aseguramiento n° 285, con vigencia del 1 de junio de 2002 hasta el 31 de marzo de 2003, *“para la atención de 7.428 afiliados con vigencia desde el 01 de junio de 2002 hasta el 31 de marzo de 2003”*, prestando los respectivos servicios *“de manera interrumpida (sic)”*¹.

2.2. Según el artículo 29 del acuerdo 77 de 1997 *“para el año 2002, las Entidades Territoriales estaban obligadas a renovar los contratos de aseguramiento, siempre y cuando las ARS cumplan con los requisitos exigidos por las normas para administrar los subsidios y los afiliados la hayan elegido”*².

2.3. CAPRECOM recibió copia de la resolución n° 1090 del 26 de marzo de 2003, que dispuso *“no renovar el contrato suscrito entre Caprecom y el municipio de Quibdó”*³.

2.4. El 28 de abril de 2003, CAPRECOM presentó recurso de reposición en contra de la mencionada resolución, que no fue respondido por el municipio *“operando el silencio administrativo negativo”*⁴.

2.5. Conforme al acuerdo mencionado, *“el Municipio debió renovar el contrato de aseguramiento, inicialmente por el periodo mínimo de un (1) año, sin perjuicio de las subsiguientes renovaciones que proceden, previo cumplimiento de las obligaciones que corresponden a CAPRECOM y a la Entidad Territorial en relación con los recursos del régimen subsidiado y con el aseguramiento de los afiliados”*⁵.

2.6. El 1º de abril de 2003, el alcalde de Quibdó *“celebró contrato para administrar el régimen subsidiado en su municipio con otras ARS despojando a CAPRECOM de su derecho a seguir administrando los recursos del régimen subsidiado”*⁶.

2.7. El acuerdo 284 del 31 de enero de 2005, proferido por el Consejo Nacional de

¹ F. 6 – c.1.

² Ibíd.

³ Ibíd.

⁴ Ibíd.

⁵ FF. 9 – c.1.

⁶ F. 12 – c.1.

Seguridad Social en Salud, indicó un periodo mínimo de permanencia de 3 años *“para que el afiliado pueda acceder a la libre elección”*⁷. Sostiene la actora que este periodo también habría beneficiado a CAPRECOM, si la demandada no hubiese optado por no renovar el contrato de aseguramiento con la actora.

2.8. La demandante no ha tenido disminución en sus afiliados, de lo que infiere que *“si a CAPRECOM no se le hubiese privado arbitrariamente de su derecho a renovación del contrato, tendría por el transcurso del tiempo que dure el sistema, los mismos afiliados”*⁸.

2.9. En síntesis, el extremo demandante sostiene que la decisión de la administración la *“privó de seguir administrando unos recursos por un periodo indefinido de tiempo, pues mientras cumpliera los contratos, existe una obligación para el Ente Territorial de renovarlos indefinidamente, por lo menos mientras persista el presente sistema”*⁹.

3. Como normas violadas, el demandante indicó que las circunstancias anotadas vulneraron los artículos 1, 2, 6, 13, 23, 29, 48, 49, 83, 84, 90, 113, 123, 209, 287, 311, 333, 334 y 365 de la Constitución Política de Colombia; los artículos 1602, 1603, 1608 y 1609 del Código Civil; los artículos 2 – literal f, 3 – inciso 2, 4, 153 - numerales 4 y 7, 156 – literal g, 171, 172 – numeral 2, y 216 de la Ley 100 de 1993; los Decretos 2357 de 1995 (artículos 13, 14 y 15), 050 (artículos 31 y 36), 163 y 574 de 2003; y los Acuerdos 77 de 1997 (artículos 12, 13, 14, 16, 29, 30 y 37), 223 (artículo 1) y 225 de 2002 (artículo 1), 244 y 258 de 2003, y 284 de 2005.

4. En el acápite *“CAUSALES DE NULIDAD Y/O FUNDAMENTOS DE LA ACCIÓN”*, mencionó que la entidad violó los artículos 1602 y 1603 del Código Civil, toda vez que el contenido de los contratos suscritos era ley para las partes, y obligaba no solo a lo plasmado en los acuerdos sino a lo que emane de su naturaleza o a aquello *“que por ley le pertenece, como corresponde el derecho que tenía CAPRECOM de renovación”*¹⁰ del contrato. Así mismo, sostuvo que el

⁷ Ibíd.

⁸ FF. 13 – c.1.

⁹ Ibíd.

¹⁰ F. 16 – c.1.

acto administrativo que dispuso la no renovación¹¹:

4.1. Infringió normas superiores, concretamente el derecho de los afiliados a escoger libremente la empresa prestadora de salud, establecido en el literal g) del artículo 156 de la Ley 100 de 1993 y en el artículo 13 del Acuerdo 77 de 1997.

4.2. Desconoció el derecho de defensa y el debido proceso, al pasar por alto la prohibición de promover o inducir la afiliación a determinada administradora de régimen subsidiado.

4.3. Incurrió en falsa motivación puesto que CAPRECOM no causó la mora que la administración le imputó como fundamento de su decisión de no renovar el vínculo que las ataba. Por el contrario, *“los pagos del Municipio han sido extemporáneos”*, circunstancia que hace imposible la aplicación del artículo 36 del Decreto 050 de 2003.

4.4. Fue expedido con desviación de poder.

II. Trámite procesal

5. El 26 de agosto de 2005, el Tribunal Administrativo del Chocó admitió la demanda (f. 78 - c. 1).

6. El señor Patrocinio Montes de Oca, a través de apoderado judicial, **contestó la demanda**¹² de forma oportuna el 10 de octubre de 2005 (f. 85 – 92 - c. 1), en donde solicitó la denegación de las pretensiones formuladas por la actora.

6.1. Planteó que es cierto que los municipios tenían la obligación de contratar o de renovar los contratos de continuidad y aseguramiento, sin embargo, esta acción era improcedente porque CAPRECOM incumplió sus obligaciones contractuales.

¹¹ FF. 24 – 25 – c.1.

¹² El municipio se abstuvo de contestar la demanda.

Por esa razón, el municipio de Quibdó decidió no renovar el vínculo que tenía con la actora.

6.2. Propuso la excepción de falta de competencia al entender que, por haberse celebrado dentro del marco jurídico de la Ley 100 de 1993, la jurisdicción competente es la ordinaria.

6.3. Así mismo, argumentó que existía ineptitud de la demanda por la incorrecta escogencia de la acción porque contra el acto impugnado, que no se trataba de “*un acto preparatorio o separable, ni de ejecución del contrato*” la acción procedente era la de nulidad y restablecimiento del derecho. En este orden de ideas:

De forma indebida el actor ha confundido el proceso de contratación que se adelantó, con la decisión administrativa de no continuar la contratación, cosa totalmente diferente, para lo cual en uno y otro caso la acción es distinta, pues para los actos derivados de la ejecución del contrato es procedente la acción contractual, mientras que en la decisión administrativa de no continuar con la contratación lo es eventualmente la de nulidad y restablecimiento del derecho.

7. En la oportunidad definida por el Tribunal para presentar **alegatos de conclusión** (f. 385 – c.1), solo la parte actora se pronunció (f. 386 – 390 – c.1) afirmando que, contrario a lo sostenido por su contraparte, CAPRECOM cumplió cabalmente con sus obligaciones contractuales, siendo infundados los argumentos que motivaron la decisión de la entidad territorial de no renovar el contrato.

8. El 2 de febrero de 2007, el Tribunal Administrativo del Chocó profirió **sentencia de primera instancia** (f. 391-399 c. ppal.) en la que decidió:

PRIMERO: Declarar de oficio la excepción de inepta demanda, dentro del presente proceso.

SEGUNDO: Inhibirse de fallar en el fondo por las razones expuestas en las consideraciones.

8.1. Luego de reseñar los requisitos de contenido que la ley procesal exige para la demanda, (en particular, lo relacionado con la claridad de las pretensiones), e

identificar que se está ante el ejercicio de la acción contractual, el *a quo* indica dos errores que conducen a la imposibilidad de proferir una sentencia de fondo:

8.1.1. En primer lugar, encuentra el Tribunal que el actor no demandó la resolución 1090 del 26 de marzo de 2003, contentiva de la decisión del municipio demandado de no renovar los contratos de aseguramiento del régimen subsidiado de salud con CAPRECOM. Ello,

Constituye un requisito de la demanda, como lo tiene reiterado la jurisprudencia, el deber de demandar junto con el acto presunto, sino también el que fue materia de recurso en la vía gubernativa, porque de no hacerse, y al pronunciarse sobre el acto presunto, la legalidad del que le dio origen continuaría vigente. (f. 398 – c. ppal.)

8.1.2. En segundo término, para el Tribunal el incumplimiento contractual y la obligación del municipio de renovar el contrato son situaciones completamente diferentes. De una parte, el contrato no se incumplió; y de otra, lo que realmente se buscaba era el cumplimiento de otro tipo de deber: el de celebrar un nuevo contrato (renovar), en las mismas o en diferentes condiciones al primigenio “o *en su defecto prorrogar el anterior*”.

8.1.3. De allí que, además de no haber sido demandado el acto, existió una indebida acumulación de pretensiones al querer que se declare nulo el acto ficto y, consecuentemente, el incumplimiento del contrato, “*ya que lo que se debió pedir era el derecho a la renovación de aquel, o en últimas el cumplimiento, habida consideración que lo alegado en la demanda es el cumplimiento de las obligaciones de parte del contratista, y que por lo tanto tenía derecho a la renovación*”.

9. El 19 de febrero de 2007, el apoderado de la parte demandante interpuso oportunamente recurso de **apelación** (f. 402-403 c. ppal.) en contra de la sentencia adoptada por el Tribunal Administrativo del Chocó. En la oportunidad correspondiente, expuso las siguientes discrepancias con la decisión (f. 412 – 420 – c. ppal.):

9.1. El fallo, al plasmar la imposibilidad de acumular las pretensiones de incumplimiento y de nulidad del acto ficto, está interpretando de forma restrictiva el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo. Por el contrario, considera que en la acción contractual pueden solicitarse varias pretensiones *“por ello nada se opone a que a través de esta acción se ejerza el control de legalidad de los actos y se solicite el incumplimiento, que en el caso resultó de no dar lugar a la obligación de dar continuidad a la relación contractual de aseguramiento de los afiliados, en los términos de ley...”* (f. 417 – c. ppal.).

9.2. Así mismo, la sentencia *“parte del presupuesto errado que el contrato que se demanda terminó, que por tal, lo que sigue es un nuevo contrato o derecho de renovación de otro vínculo contractual”*. Por el contrario, las particularidades del contrato de aseguramiento hacen que *“llegado el término de expiración del plazo sin que existan razones de ley (...) para que el Municipio no continúe el contrato con la ARS (CAPRECOM) a cargo de los servicios, o sin que el usuario libremente manifieste en este período de traslado su intención de afiliarse a otra ARS, la administración por virtud de la ley y el reglamento, debe dar continuidad al contrato que viene rigiendo (...) esto es simplemente continuidad y no un nuevo contrato...”* (f. 413 – c. ppal.).

9.3. La sentencia es *“excesivamente formalista y cercena el derecho sustancial”* pedido por la parte actora, porque se encontraba relacionado *“en forma clara y precisa”* en otros acápite de la demanda. En ese sentido, como la totalidad de los capítulos de la demanda *“conforman una unidad”*, en dichos apartes se demuestra que sí se pidió el control de legalidad en contra de la resolución 1090 de 2003. Y aunque existiera el error endilgado por la sentencia, el juez tenía el deber de inadmitir la demanda, concediendo el término legal para corregirla, y garantizar de este modo los derechos de acceso a la administración de justicia y debido proceso.

10. El 26 de octubre de 2007, esta Corporación estableció la oportunidad para presentar **alegatos de conclusión en segunda instancia** (f. 432 – c. ppal.), en la que solo se pronunció la parte demandante para reiterar los argumentos presentados en el recurso de apelación (f. 433 – 438 – c.1).

CONSIDERACIONES

I. Competencia

11. La Sala es competente para decidir el caso por ser un asunto contractual en el que participaron dos entidades estatales de las enunciadas en el artículo 2 de la Ley 80 de 1993¹³, según lo dispone el artículo 75¹⁴ del mismo estatuto.

11.1. Así mismo, observa la Sala que para el momento de interposición del recurso de apelación (19 de febrero de 2007), habían entrado en vigencia las disposiciones contenidas en la Ley 446 de 1998 motivo por el cual el presente proceso contencioso administrativo, en razón de su cuantía¹⁵, tiene vocación de doble instancia, en donde la segunda deberá ser resuelta por esta Corporación.

11.2. Cabe enfatizar y reiterar que la normatividad aplicable a los contratos que celebran las entidades estatales (en este caso, los dos extremos contractuales lo son) no modifica su naturaleza por el hecho de aplicarse un régimen jurídico sustancial distinto al del estatuto de contratación pública (Ley 80 de 1993), puesto que *“según las normas legales vigentes, se acogió un criterio eminentemente subjetivo u orgánico, deben considerarse contratos estatales aquellos que celebren las entidades que participan de esa misma naturaleza”*¹⁶. De modo que *“solamente por vía de excepción la justicia administrativa puede ser relevada del*

¹³ “1o. Se denominan entidades estatales:

a) La Nación, las regiones, los departamentos, las provincias, el distrito capital y los distritos especiales, las áreas metropolitanas, las asociaciones de municipios, los territorios indígenas y **los municipios**; los establecimientos públicos, **las empresas industriales y comerciales del Estado**, las sociedades de economía mixta en las que el Estado tenga participación superior al cincuenta por ciento (50%), así como las entidades descentralizadas indirectas y las demás personas jurídicas en las que exista dicha participación pública mayoritaria, cualquiera sea la denominación que ellas adopten, en todos los órdenes y niveles.” (Negrillas nuestras)

¹⁴ “Artículo 75.- Sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos anteriores, el juez competente para conocer de las controversias derivadas de los contratos estatales y de los procesos de ejecución o cumplimiento será el de la jurisdicción contencioso administrativo (...).”

¹⁵ En la demanda se estimó la cuantía del proceso en la suma de \$1.607'566.939,95. De acuerdo con los artículos 43 de la Ley 446 de 1998 (que introdujo el artículo 134B del Código Contencioso Administrativo) y 1 de la Ley 954 de 2004, aplicables a este asunto, la acción de controversias contractuales sería conocida por los Tribunales Administrativos en primera instancia, siempre que la cuantía del proceso sobrepasara los 500 salarios mínimos legales mensuales vigentes para el momento de la presentación de la demanda. En este caso, para el año 2005, ese tope equivalía a \$190'750.000, monto superado por la cuantía formulada en este proceso.

¹⁶ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección A. Sentencia del 16 de julio de 2015. Rad. 76001233100020010100901. Exp. 31683. C.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera.

*conocimiento de controversias originadas en actuaciones de las entidades públicas, que por disposición legal estén sujetas a regímenes especiales y atribuidas a otra jurisdicción, por ejemplo, a la ordinaria o a la justicia arbitral*¹⁷.

II. Procedencia y oportunidad de la presente acción contractual

12. De otra parte, para la Sala es claro que la acción procedente para realizar las reclamaciones efectuadas por la parte actora es la de controversias contractuales, en la medida en que los actos cuya decisión se demanda se relacionarían directamente con el contrato celebrado entre las partes.

12.1. Cabe recordar que, como lo manifestó recientemente la Sala, la acción establecida por el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo, *“es una acción instituida para diversos tipos de pretensiones, esto es, que bajo su égida pueden ser planteadas al juez toda la variedad de situaciones problemáticas que pueden tener lugar en el ámbito de las relaciones contractuales de las entidades estatales.”*¹⁸

12.2. Es pertinente anotar, igualmente, que de versar el conflicto traído a la Sala sobre un contrato estatal cuyo régimen jurídico está exceptuado de la Ley 80 de 1993, el efecto del silencio administrativo es negativo (artículo 40 del Decreto 01 de 1984 y hoy prevista en el artículo 83 de la Ley 1437 de 2011)¹⁹, en tanto no

¹⁷ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Auto del 20 de agosto de 1998. Rad. 14202. C.P. Juan de Dios Montes Hernández.

¹⁸ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección “A”. Sentencia del 28 de enero de 2016. Rad. 25000-23-26-000-2003-01742-01(34454). C.P. Marta Nubia Velásquez Rico.

¹⁹ Este razonamiento está reflejado en la jurisprudencia de la Sala, al referirse a contratos regidos por la Ley 142 de 1994: *“De otra parte, con fundamento en la misma premisa, cabe anotar que el incumplimiento de las obligaciones contractuales, que en este caso se imputa a la entidad pública, no puede deducirse en virtud del denominado silencio positivo contractual, como lo pretende el ejecutante. A dicha conclusión llega la Sala teniendo en cuenta que ésta figura es propia del Estatuto General de Contratación (art. 25, num. 16 Ley 80/93), el cual no es aplicable a la entidad demandada, puesto que se trata de una empresa prestadora de servicios públicos domiciliarios, cuyo régimen de actos y contratos, salvo las excepciones expresamente señaladas, se encuentra regulado por la Ley 142 de 1994, en la que no se consagra la operancia del silencio administrativo positivo en favor de los contratistas, sino de los suscriptores o usuarios de conformidad con lo previsto en su artículo 158. De allí que, siguiendo las normas generales sobre la materia, las reclamaciones presentadas por los contratistas en virtud de contratos celebrados bajo el régimen de la Ley 142 de 1994, se entenderán resueltas de forma negativa. (art. 40 C.C.A)”*. (Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 22 de febrero de 2001. Rad. 18410. C.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez. Subrayado ajeno al original del texto).

exista norma expresa que señale lo contrario, y en el entendido en que son los negocios jurídicos sometidos al estatuto contractual aquellos en donde aplica la norma especial consagratoria del silencio administrativo positivo: el artículo 25 – numeral 16 de la Ley 80 de 1993²⁰.

12.3. En ese orden de ideas, esta acción se interpuso en tiempo, conforme a la regla establecida en el artículo 136 numeral 3 del Código Contencioso Administrativo: *“La acción sobre los actos presuntos que resuelvan un recurso podrá interponerse en cualquier tiempo”*.

III. Cuestión preliminar. La ineptitud sustantiva de la demanda por falta de individualización del acto administrativo demandado y por indebida acumulación de pretensiones. Facultad de interpretación de la demanda

13. Conforme a lo decidido por la sentencia de primera instancia, y los argumentos de la apelación, este fallo analizará si es procedente confirmar el fallo inhibitorio de primera instancia, sobre la base de que la actora no refirió la nulidad de la resolución 1090 del 26 de marzo de 2003 dentro del acápite destinado a las pretensiones. De no serlo, la Sala deberá acometer el estudio de fondo de la reclamación hecha por CAPRECOM, sobre la base de los hechos probados durante el proceso.

14. La demanda, en tanto es el instrumento con el que se ejerce el derecho de acción,²¹ exige su presentación en debida forma para activar el aparato judicial en torno a las pretensiones que ella contiene. Se trata entonces, de un presupuesto procesal, es decir, de uno de los requisitos exigidos por la ley *“para la constitución*

²⁰ “ARTÍCULO 25. DEL PRINCIPIO DE ECONOMÍA. En virtud de este principio:

(...) 16. En las solicitudes que se presenten en el curso de la ejecución del contrato, si la entidad estatal no se pronuncia dentro del término de tres (3) meses siguientes, se entenderá que la decisión es favorable a las pretensiones del solicitante en virtud del silencio administrativo positivo. Pero el funcionario o funcionarios competentes para dar respuesta serán responsables en los términos de esta ley.”

²¹ Cfr. DEVIS ECHANDÍA. Hernando. *“Teoría General del Proceso”*. 3ª ed. Editorial Universidad. Buenos Aires, 1984, p. 383.

*regular de la relación jurídico procesal” cuya ausencia impide el inicio o el desarrollo del proceso*²².

15. Respecto de esta obligación en la jurisdicción de lo contencioso administrativo, y de las normas que la gobiernan, la Sala ha expuesto lo siguiente²³:

10. Al respecto, se observa que dentro de los presupuestos procesales exigidos para la tramitación de las acciones que se pueden incoar ante la jurisdicción contencioso administrativa, se encuentra el de la demanda en forma, la cual, para su admisión, además de ser presentada ante el funcionario competente y estar dirigida contra una persona que tenga capacidad jurídica y procesal para comparecer en juicio en calidad de tal, debe reunir los requisitos de forma legalmente exigidos para su formulación y estar acompañada de los documentos que la ley exige.

11. No obstante que el momento para determinar el cumplimiento de este presupuesto procesal es el de la presentación de la demanda, que es cuando el juez debe verificar el cumplimiento de los requisitos de forma y la presentación de los documentos que la ley exige para la clase de proceso y pretensión incoada, “(...) la admisión que el juez haga de la demanda, por considerar reunidos tales requisitos, no significa que el punto de la representación o de la prueba especial ha quedado resuelto en definitiva, ya que en la sentencia se volverá sobre esto último o en cualquier momento sobre el primero, por vincularse la representación con la nulidad o validez del procedimiento”²⁴, es decir que al momento de dictar sentencia, debe nuevamente el juez analizar este presupuesto procesal para verificar su cumplimiento.

12. Es así como el artículo 137 del Código Contencioso Administrativo establece que toda demanda ante la jurisdicción contencioso administrativa deberá contener i) la designación de las partes y de sus representantes, ii) lo que se demanda, iii) los hechos u omisiones que sirvan de fundamento de la acción, iv) los fundamentos de derecho de las pretensiones, que cuando se trate de la impugnación de un acto administrativo, implican que deberán indicarse las normas violadas y explicarse el concepto de su violación, v) la petición de pruebas que el demandante pretende hacer valer y vi) la estimación razonada de la cuantía, cuando sea necesaria para determinar la competencia.

13. Pero además de los anteriores requisitos, cuando se trate de la impugnación de actos administrativos resulta necesario, además de aportar su copia con las constancias de su publicación, notificación o ejecución, según el caso (art 139), cumplir con la exigencia estipulada en el artículo 138, relativa a la perfecta identificación del acto acusado y de las pretensiones a formular:

²² Corte Suprema de Justicia. Sala B) de Casación Civil. Sentencia del 19 de agosto de 1954. M.P. Manuel Barrera Parra. En el mismo sentido: ROCCO, Ugo. *“Tratado de Derecho Procesal Civil”*. Tomo I. Parte General. Temis – De Palma. Bogotá – Buenos Aires. 1976, p. 256-257.

²³ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección “B”. Sentencia del 27 de marzo de 2014. Rad. 25000-23-26-000-2001-02505-01(27101). C.P. Danilo Rojas Betancourth.

²⁴ [16] *“Devis Echandía, Hernando, “Nociones Generales de Derecho Procesal Civil”, Aguilar Ediciones, Madrid, 1964, p. 321.”*

Art. 138. Individualización de las pretensiones. Cuando se demande la nulidad del acto se le debe individualizar con toda precisión.

Cuando se pretendan declaraciones o condenas diferentes de la declaración de nulidad de un acto, deberán enunciarse clara y separadamente en la demanda.

Si el acto definitivo fue objeto de recursos en la vía gubernativa, también deberán demandarse las decisiones que lo modifiquen o confirmen; pero si fue revocado, sólo procede demandar la última decisión.

Si se alega el silencio administrativo a la demanda deberán acompañarse las pruebas que lo demuestren. (Se subraya)

16. Con base en las normas aludidas por el antecedente citado, en el ámbito de la jurisdicción de lo contencioso administrativo la **individualización de los actos administrativos** cuya nulidad se pretende es una carga procesal²⁵ establecida por la ley en cabeza de la parte demandante quien conoce los derechos que, de acuerdo a su manifestación, le fueron conculcados, y por lo tanto determina en el *petitum* las diferentes medidas solicitadas al juez y dirigidas a tutelar su interés.

17. Además, cuando estos han sido objeto de recursos, el ordenamiento jurídico obliga a que la demanda se formule en contra del acto recurrido y de aquel que resolvió el recurso, medida que:

... tiene su explicación lógica, pues si se trata de excluir del tráfico jurídico una decisión ilegal que se halla contenida, como ya se explicó, en dos actos materialmente diferentes, los dos tienen que ser objeto de la declaratoria de nulidad, pues perviviendo uno de ellos, resulta inane la decisión judicial y se produce una situación contradictoria en virtud de la cual, subsistiría un acto que en esencia resulta ilegal, pero que por no haber sido demandado, no fue declarada su nulidad.²⁶

18. Así mismo, si se tiene en cuenta que el silencio administrativo “*deviene de la presunción de ley relativa a la respuesta tácita, por el no pronunciamiento frente a*

²⁵ Las cargas procesales “*consisten en la exigencia legal de una conducta de realización facultativa establecida en el exclusivo interés del propio litigante, y cuya omisión trae aparejadas para él consecuencias desfavorables*”. (Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 29 de octubre de 1985. M.P. Horacio Montoya Gil).

²⁶ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección “B”. Sentencia del 9 de diciembre de 2011. Rad. 11001-03-26-000-2001-00030-01(20410). C.P. Danilo Rojas Betancourth.

la solicitud”, y se caracteriza por ser “una ficción por virtud de la cual se abre el acceso a la instancia siguiente (silencio negativo) o se entiende otorgado aquello que se solicitó (silencio positivo)”²⁷, cuando se demanda un pronunciamiento de la administración y se interpuso un recurso administrativo en su contra que no fue desatado, la formulación de las pretensiones de la demanda debe contener la nulidad tanto del primer pronunciamiento expedido como del acto ficto o presunto derivado de la ausencia de resolución del recurso.

18.1. Ello, amén de ser un requisito jurídicamente exigible al actor, tiene una explicación similar a la carga de demandar los actos iniciales y –de manera conjunta- los que resuelven el recurso presentado a la administración: De nada sirve alegar el silencio administrativo, mecanismo legal creado –entre otras razones- para frenar el estado de indefinición de la situación del ciudadano a merced de la falta de pronunciamiento administrativo e iniciar las acciones correspondientes para proteger sus intereses²⁸, si se omite impugnar el acto recurrido en sede administrativa.

19. Ahora bien, el juez de lo contencioso administrativo cuenta con la facultad de **interpretar la demanda**, entendiendo que el ejercicio de sus funciones debe observar el derecho de acceso a la administración de justicia, y regirse por el principio de prevalencia del derecho sustancial sobre las formalidades. Al respecto, la Sala se ha pronunciado de este modo²⁹:

... si bien el referido escrito debería en principio formularse de manera clara, inteligible y precisa, no se puede desconocer que se trata de un acto humano que como tal, es susceptible de errores y por ende, ante la falta de técnica en su elaboración, es deber del juez desentrañar su verdadero sentido o finalidad, puesto que consiste en una actuación que se somete a su buen y razonable juicio, no siéndole dable únicamente acudir al sentido literal y estricto de las palabras que en ella se emplean, así como tampoco entenderla de manera desconectada o parcial -sino como un todo armónico e integral-

²⁷ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 7 de octubre de 1999. Rad. 16165. C.P. María Elena Giraldo Gómez. En relación con el tema, la sentencia referencia a: García Trevijano Garnica, Ernesto. El silencio Administrativo en el Derecho Español. Editorial Civitas. Madrid. 1990. Pág. 170.

²⁸ Cfr. Corte Constitucional. Sentencia C-304 del 5 de mayo de 1999. M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

²⁹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección “B”. Sentencia del 9 de octubre de 2014. Rad. 25000232600020010183901. Exp. 31497. C.P. Danilo Rojas Betancourth.

estimación en la que a su vez debe tener en cuenta que la finalidad “de los procedimientos es la efectividad de los derechos reconocidos por la ley sustancial”, según lo establece el artículo 4 del C.P.C., en plena concordancia con las premisas constitucionales de primacía del derecho sustancial sobre el formal³⁰ y del efectivo acceso a la administración de justicia³¹

(...) Teniendo en cuenta que es labor del operador judicial dilucidar la verdadera intención del accionante al momento de presentar su libelo introductorio más allá de lo que esté expresamente escrito, y que en el despliegue de dicha tarea le corresponde abordar las demandas en su conjunto y no de manera separada e inconexa, es evidente que a pesar de que no se formule de manera específica una pretensión en el acápite destinado para ello por el actor, de dicha circunstancia no se sigue de manera irreflexiva que no se pueda encontrar o inferir la formulación de peticiones a lo largo de todo el texto objeto de estudio. Así lo ha entendido esta Corporación en los siguientes términos:

1. Se procede, en primer término, por la naturaleza del asunto, a estudiar el cuestionamiento que la parte demandada hace del libelo introductorio porque no se especificó con la suficiente claridad el capítulo correspondiente a las "Pretensiones", dentro del cual se encuentra "es una narración de hechos pero de ninguna manera una descripción concreta de los objetivos perseguidos, o mejor de las pretensiones, o como lo dice el mismo Código Contencioso Administrativo lo que se demanda". (Fol. 164).

Al respecto considera la Sala que si bien las pretensiones ciertamente no fueron precisa y concretamente ordenadas en acápite especial de la demanda, ello en ningún momento significó que no se hubiesen expresado dentro del libelo inicial. Precisamente, porque allí se encontraban consignadas, pudo el a-quo establecerlas y concretarlas, como puede verse a folios 251 a 259 del expediente principal.

La interpretación y concreción del petitum que se hizo en la sentencia recurrida obedeció a la facultad y, desde luego, al deber que tiene el juzgador para interpretar la demanda con miras a no entorpecer el accionar del reclamante, con mayor razón cuando el contexto mismo de dicho libelo resulta clara la vía procesal a seguir y la orientación que lleva a las distintas peticiones relacionadas, así lo hayan sido en forma desordenada e informal. Cabe recordar que corresponde al fallador, par mandato legal contenido en el artículo 4o. del C. de P. C., tener en cuenta "que el objeto de los procedimientos es la efectividad de los derechos reconocidos por la Ley sustancial...". Con acierto sostuvo la Corte que "una demanda debe interpretarse siempre en conjunto, porque la intención del actor está muchas veces contenida no sólo en la parte petitoria sino también en los fundamentos de hecho y de derecho". (XLIV. Pag. 627). No se puede entonces desestimar la

³⁰ [8] Artículo 228 de la Constitución Política: “La Administración de Justicia es función pública. Sus decisiones son independientes. Las actuaciones serán públicas y permanentes con las excepciones que establezca la ley y en ellas prevalecerá el derecho sustancial. Los términos procesales se observarán con diligencia y su incumplimiento será sancionado. Su funcionamiento será desconcentrado y autónomo”.

³¹ [9] Artículo 229 de la Constitución Política: “Se garantiza el derecho de toda persona para acceder a la administración de justicia. La ley indicará en qué casos podrá hacerlo sin la representación de abogado”.

*demanda, más hoy, cuando el artículo 228 de la Carta prescribe que en las actuaciones judiciales debe "prevalecer el derecho sustancial"*³².

19.1. Esta facultad tiene aplicación en todas las controversias que se ventilen ante el juez de lo contencioso administrativo, inclusive en aquellas donde se debate la legalidad de actos administrativos. Como lo ha señalado esta Corporación, la exigencia formal de señalar *"con toda precisión"* los actos demandados no puede obviar el deber del juez de interpretar integralmente el texto de la demanda. Así, en asuntos puntuales, ha señalado:

*En ese orden de ideas, es oportuno traer a colación que dentro del propósito de garantizar la prevalencia del derecho sustancial, el juzgador está llamado a interpretar y analizar el texto completo de la demanda presentada, a fin de establecer si se reúnen o no los presupuestos exigidos por la ley procesal para la viabilidad de la acción ejercida. Por lo anterior, la Sala considera que en el presente caso no se configura la ineptitud de la demanda por falta del presupuesto procesal ya señalado, es decir, por no haberse indicado de manera expresa cuáles son los actos cuya nulidad parcial se pretende, pues su identificación se hace posible sin mayor dificultad, después de revisar ese escrito en forma sistemática.*³³

19.2. No obstante, la Sala también ha sostenido que *"la facultad que tiene el juez de interpretar la demanda, no constituye un instrumento que pueda, (...) convertirse en el mecanismo idóneo para suplir las falencias de que adolece la misma, como quiera que el demandante, al momento de su presentación, debe señalar e individualizar no solo los hechos, sino las pretensiones -según lo dispuesto en los artículos 136 y siguientes del Código Contencioso Administrativo-, que aspira le sean reconocidas en el trámite del respectivo proceso judicial"*³⁴. Se trata, pues, de una medida cuya aplicación está sujeta a los principios de proporcionalidad y razonabilidad, dependiendo del asunto objeto de estudio.

20. Por otra parte, otro motivo de sanción por la formulación inadecuada del libelo introductorio es la **indebida acumulación de las pretensiones** que el actor

³² [13] "Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 22 de noviembre de 1991, actor: Sociedad Comercial Urbanización Normandía Ltda, C.P. Daniel Suárez Hernández."

³³ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Sentencia del 14 de mayo de 2009. Rad. 05001-23-31-000-2005-03509-01. C.P. Rafael E. Ostau de Lafont Pianeta.

³⁴ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 18 de febrero de 2010. Rad. 11001-03-26-000-2009-00108-00(37513). C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

presente, en contravía de lo ordenado por la normatividad adjetiva, particularmente en el artículo 82 del Código de Procedimiento Civil:

ARTÍCULO 82. ACUMULACIÓN DE PRETENSIONES. El demandante podrá acumular en una misma demanda varias pretensiones contra el demandado, aunque no sean conexas, siempre que concurren los siguientes requisitos:

- 1. Que el juez sea competente para conocer de todas; sin embargo, podrán acumularse pretensiones de menor cuantía a otras de mayor cuantía.*
- 2. Que las pretensiones no se excluyan entre sí, salvo que se propongan como principales y subsidiarias.*
- 3. Que todas puedan tramitarse por el mismo procedimiento.*

En la demanda sobre prestaciones periódicas, podrá pedirse que se condene al demandado a las que se llegaren a causar entre la presentación de aquella y la sentencia de cada una de las instancias.

También podrán formularse en una demanda pretensiones de varios demandantes o contra varios demandados, siempre que aquéllas provengan de la misma causa, o versen sobre el mismo objeto, o se hallen entre sí en relación de dependencia, o deban servirse específicamente de unas mismas pruebas, aunque sea diferente el interés de unos y otros.

En las demandas ejecutivas podrán acumularse las pretensiones de varias personas que persigan, total o parcialmente, unos mismos bienes del demandado, con la limitación del numeral 1. del artículo 157.

Cuando se presente una indebida acumulación que no cumpla con los requisitos previstos en los dos incisos anteriores, pero sí con los tres numerales del inciso primero, se considerará subsanado el defecto cuando no se proponga oportunamente la respectiva excepción previa.

20.1. Empero, un planteamiento equívoco de las pretensiones no siempre da lugar a un pronunciamiento inhibitorio, *“sino cuando haya incompatibilidad, por ser excluyentes o contradictorias, entre unas y otras del mismo grupo principal o de cada grupo de subsidiarias”*³⁵. Es decir que cuando esta anomalía persista al momento de proferir sentencia *“se debe propender por salvar la irregularidad con criterios de proporcionalidad, en el sentido de no sacrificar el fondo por la forma, y de eficacia, en cuanto cupiere la aplicación del principio de economía procesal, fin último del instituto de la acumulación de pretensiones”*³⁶, de modo que la decisión abstencionista del juez procede *“excepcionalmente cuando intentada salvar la*

³⁵ DEVIS. Ob. cit. p. 390.

³⁶ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia SC8210 del 21 de mayo de 2016. Rad. 15001-31-03-001-2008-00043-01. M.P. Luis Armando Tolosa Villabona.

*irregularidad, sin atentar contra el contenido objetivo de la demanda, resulta imposible en el campo lógico o jurídico*³⁷.

20.2. En palabras de la Sala, esta incompatibilidad:

*... se puede presentar haya o no conexidad entre las pretensiones. Lo determinante es que de prosperar las pretensiones resulte imposible su cumplimiento porque generarían órdenes u obligaciones con contradicciones insalvables entre ellas. De manera que de seguir adelante el proceso, el juez se vería forzado a sustituir la decisión propia de quien es parte y establecer una jerarquía o prioridad entre pretensiones lo que, por supuesto, es inaceptable por extralimitación, por rompimiento de la imparcialidad y por violación de los derechos de contradicción y defensa pues, cualquiera fuera la decisión del juez, la contraparte resultaría sorprendida. En últimas, el juez no podría resolver ese desafío lo que llevaría a una decisión inhibitoria.*³⁸

21. En el **asunto concreto**, es evidente la omisión de la parte actora en solicitar la nulidad de la resolución nº 1090 de 2003 del municipio de Quibdó, dentro del acápite que su libelo destinó a las pretensiones de la demanda (párr. 1). Desde la óptica del Tribunal, que la demandante hubiera pasado por alto este detalle desembocó en la ineptitud de la demanda al no individualizar los actos demandados como lo ordena la ley procesal.

21.1. Además, el *a quo* reprochó la formulación indebida de las pretensiones acumuladas al entender que la exigencia de renovación y el incumplimiento contractual son situaciones incompatibles que hacen imposible un pronunciamiento expreso sobre lo demandado.

22. Para la Sala, si bien la demanda presentada por CAPRECOM no es una pieza procesal técnicamente impecable, tampoco es posible calificarla como un texto absolutamente imposible o ilógico, única hipótesis que permite un pronunciamiento inhibitorio. Tal como lo ha sostenido la Corte Suprema de Justicia, en sentencia anteriormente referenciada:

³⁷ *Ibíd.*

³⁸ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección “B”. Auto del 28 de mayo de 2015. Rad. 05001-23-33-000-2012-00216-01(52763). C.P. Stella Conto Díaz del Castillo.

La total oscuridad del libelo introductor es la única barrera que se interpone para considerarlo idóneo formalmente hablando, no así cuando pese a ser ininteligible es dable desentrañar su verdadero sentido y alcance, mediante una interpretación seria, razonada, fundada e integral, sin menoscabo de las garantías mínimas de defensa y contradicción.³⁹

23. En ese orden de ideas, si la demanda no enuncia la nulidad de la resolución 1090 de 2003 en el capítulo de “pretensiones”, sí lo hace folios atrás cuando señala (f. 5 – c.1):

ACTO(S) CONTRACTUAL(ES) QUE SE DEMANDA (sic)

La resolución 1090 del 26 de marzo de 2003, por medio de la cual se decidió por el alcalde de Quibdó, la no renovación del contrato No. 285 del 01 de junio de 2002 hasta el 31 de marzo de 2003, celebrado entre el Municipio de Quibdó y CAPRECOM.

El acto presunto que resolvió negativamente el recurso de reposición, contra la anotada resolución.

23.1. Adicionalmente, al relatar los hechos de la demanda, es evidente que la actora persigue el retiro del ordenamiento jurídico de los actos administrativos, al estimar que con ellas le fueron conculcadas las garantías del debido proceso⁴⁰, y que en ellas se observaba una medida “*arbitraria e injusta*” mediante la cual se privó a CAPRECOM “*de seguir administrando unos recursos por un período indefinido*”.⁴¹

23.2. Con estas enunciaciones hechas en el escrito, aunque se le pudiere atribuir cualquier defecto formal, permite comprender fácilmente la pretensión anulatoria y los actos administrativos a los que ésta se refiere, con lo que se descarta la abstención hecha por el Tribunal y da lugar a la revocatoria del fallo de primera instancia para que, en su lugar, se profiera una decisión de fondo.

24. Similares consideraciones caben en relación con la indebida acumulación de pretensiones declarada por el *a quo*. No resulta contraevidente ni absurdo pedir en la misma demanda la nulidad de los actos contractuales, el incumplimiento de lo pactado, y la reparación de perjuicios, porque todas estas pretensiones caben

³⁹ Sent. SC8210 del 21 de mayo de 2016, ya citada.

⁴⁰ F. 6 – c.1

⁴¹ F. 13 – c.1.

perfectamente en el amplio ámbito de la acción de controversias contractuales. Recordemos, en concordancia con lo anteriormente expuesto (supra. párr. 12.1.), cómo la doctrina ha anotado que:

En la demanda contractual propiamente dicha el petitum podrá tomar diferentes formas, según se pretenda un pronunciamiento sobre la existencia, validez o nulidad del contrato, su revisión, incumplimiento o la responsabilidad derivada del mismo. Cuando la controversia gire en torno a un acto contractual, expedido luego de la celebración de un contrato, que en alguna forma incida en los derechos y obligaciones emanados del mismo, deberá pedirse su nulidad y unas declaraciones consecuenciales sin que por esto pueda afirmarse que se convierta en una acción de nulidad y restablecimiento.⁴²

24.1. Otra cosa muy diferente es que, una vez decidida favorablemente la nulidad, las consecuencias pedidas por la actora sean jurídicamente procedentes, circunstancia que podrá derivar en una decisión favorable o denegatoria pero, en ningún caso, inhibitoria. En esa medida, es inconsecuente que el Tribunal haya argumentado la abstención con sustento en un concepto relacionado, más bien, con la prosperidad de la pretensión formulada como consecencial: la diferencia entre renovación y prórroga del contrato.

25. Por estas razones, la Sala analizará el fondo del asunto a partir de lo probado en el proceso.

IV. Documentos aportados por testigo – admisibilidad de estos medios de prueba

26. El cuaderno nº 2 del expediente se compone de elementos documentales que fueron aportados por la testigo Brinnay Esther Córdoba Rodríguez, en diligencia efectuada el 8 de agosto de 2006 (f. 255 – 256 – c.1). Es necesario que la Sala se pronuncie sobre la posibilidad de tener en cuenta estos medios de convicción.

26.1. El artículo 10 – numeral 3 de la Ley 446 de 1998, aplicable a este proceso, sostenía:

⁴² BETANCUR JARAMILLO. Carlos. “Derecho procesal administrativo”. 7ª ed. Señal Editora. Medellín. 2009, p. 239. Esta misma postura ha sido adoptada por la Sección, en sentencia del 22 de abril de 2009. Rad. 85001-23-31-000-1997-00474-01(15598). C.P. Enrique Gil Botero, entre otras.

ARTÍCULO 10. Para la solicitud, aportación y práctica de pruebas, además de las disposiciones generales contenidas en el Código de Procedimiento Civil y demás disposiciones se dará aplicación a las siguientes reglas:

(...) 3. Las partes y testigos que rindan declaración podrán presentar documentos relacionados con los hechos sobre los cuales declaran, los cuales se agregarán al expediente y se darán en traslado común por tres (3) días a las partes, sin necesidad de auto que lo ordene.

26.2. Como bien lo expone la doctrina especializada en derecho procesal, esta oportunidad probatoria incluida en la Ley 446 de 1998 hace parte del deber del testigo de decir la verdad en su versión⁴³, y para ello puede hacer uso de los documentos pertinentes con los hechos sobre los cuales versa su declaración. Con esta norma, se propende por contar con estos medios de prueba, sin morigerar las garantías procesales de ambas partes:

... pues es de suponerse que en estas diligencias estarán presentes sus apoderados, de ahí que podrán en el acto mismo o dentro de los tres días siguientes objetarlos o tacharlos de falsos para los fines pertinentes, con lo cual se mantiene el equilibrio procesal sin privar al juez del valioso poder de convicción que en muchos casos le pueden dar este tipo de documentos.⁴⁴

26.3. En el presente asunto, ambas partes conocieron en todo momento del decreto de la prueba testimonial (f. 103 y 104 – c.1), así como de la modificación de la fecha de la diligencia (f. 252 – c.1). No obstante, en la práctica del testimonio solo se hizo presente el apoderado de la parte demandante, circunstancia que no le resta validez a la declaración ni afecta –en consecuencia- la posibilidad de que la Sala pueda valorar los documentos aportados por la deponente puesto que ningún aspecto de este testimonio, ni de los documentos que la testigo aportó le fueron ocultados a la parte demandada. Así mismo, estos documentos no se objetaron ni se tacharon de falsos.

26.4. Por lo tanto, en aplicación de la regla establecida por la Ley 446 de 1998, arriba citada, se valorarán los documentos aportados por la mencionada testigo siempre que estos elementos sean relevantes para la decisión a tomar y se

⁴³ AZULA CAMACHO. Jaime. *“Manual de Derecho Procesal”*. Tomo VI. Pruebas judiciales. 4ª ed. Temis. Bogotá D.C. 2015, p. 116.

⁴⁴ LÓPEZ BLANCO. Hernán Fabio. *“Instituciones de Derecho Procesal Civil Colombiano”* Tomo 3. Pruebas. 2ª ed. Dupré Editores. Bogotá D.C. 2008, p. 221.

relacionen con lo que ella declaró.

V. Valoración de copias simples. Reiteración jurisprudencial.

27. Antes de analizar las situaciones probadas en el presente asunto, observa la Sala que la mayoría de las piezas documentales recolectadas en el plenario fueron aportadas en copia simple.

27.1. Siguiendo la pauta hermenéutica fijada por la Sala Plena de la Sección Tercera en sentencia del 28 de junio de 2013,⁴⁵ acogida por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de esta Corporación⁴⁶ esta Subsección valorará los documentos allegados en copia simple porque se aportaron en las oportunidades legales instituidas para tales efectos, y no fueron tachados de falsedad durante las etapas del proceso.

VI. Hechos probados

28. Dicho lo anterior, y conforme a las pruebas válidamente aportadas y practicadas durante el proceso, se demostraron estas circunstancias relevantes para la solución del conflicto traído al conocimiento de la Sala.

28.1. Mediante resolución 0845 del 14 de noviembre de 1995 (f. 34 – 45 – c. 1), la Superintendencia Nacional de Salud expidió el certificado de funcionamiento de CAPRECOM, con sustento en que, para la fecha en que la mencionada autoridad efectuó el análisis correspondiente, la entidad promotora de salud satisfacía los requisitos referidos por el artículo 180 de la Ley 100 de 1993 y del numeral 2 del artículo 3 del Decreto 1485 de 1994. En su parte resolutive, se destaca la autorización a CAPRECOM para operar en el departamento del Chocó, *“con una capacidad máxima de afiliación al régimen subsidiado (...) para el primer año”* de 25000 afiliados.

⁴⁵ Expediente 05001-23-31-000-1996-00659-01(25022). C.P. Enrique Gil Botero.

⁴⁶ Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia del 30 de septiembre de 2014. Expediente 11001-03-15-000-2007-01081-00(REV). C.P. Alberto Yepes Barreiro.

28.2. El 1º de junio de 2002, el municipio de Quibdó y la administradora del régimen subsidiado CAPRECOM, suscribieron el contrato 285 identificado con el número de radicación 27001EPS020285, cuyo objeto consistía en:

... la administración de los recursos del régimen subsidiado en salud y el aseguramiento de los beneficiarios del Sistema General de Seguridad Social en Salud al Régimen Subsidiado, identificados mediante listado anexo y que libremente hayan seleccionado a esta ARS, con el fin de garantizar los mismos, la prestación de los servicios de salud contemplados en el Plan Obligatorio de Salud Subsidiado vigente al momento de la prestación de servicios y de conformidad con la Ley 100 de 1993, sus Decretos Reglamentarios, los acuerdos del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, las determinaciones que el Ministerio de Salud y la Superintendencia Nacional de Salud y demás normas que lo adicionen, modifiquen o complementen. (f. 75, 313 y 319 – c.1).

28.2.1. La vigencia del contrato era desde el 1 de junio de 2002 hasta el 31 de marzo de 2003.

28.2.2. El valor del contrato era \$ 1 300 070 844, calculado a partir del valor vigente de Unidades de Pago por capitación de \$ 175 023. El contrato se financiaría en \$ 701 519 430 a través del sistema general de participaciones (SGP), y en \$ 598 551 414 con recursos corrientes del FOSYGA.

28.2.3. En las cláusulas del contrato (f. 313 y 319 reverso), se establecieron como obligaciones a cargo de la entidad territorial contratante (municipio de Quibdó), entre otras: (i) velar por el cumplimiento del objeto contractual; (ii) exigir que CAPRECOM acreditara las pólizas, los listados de afiliados, los programas de prevención, los contratos de prestación de servicios en salud que garanticen la red prestadora de servicios en el área de influencia, entre otros aspectos.

28.2.4. En relación con las obligaciones del contratista, además de encargarse de mantener actualizados los sistemas de información de los afiliados, efectuar labores de carnetización, cancelar las obligaciones de los contratos que suscriba con terceros para la prestación de los servicios de salud, entre otros aspectos, debía cumplir con el objeto contractual a partir de su perfeccionamiento:

... para lo cual deberá adelantar las acciones y actividades necesarias para garantizar el acceso de los afiliados a los servicios de salud, en los niveles de complejidad requeridos, procurando disminuir la ocurrencia de eventos previsibles de enfermedad o de eventos de enfermedad sin atención, evitando en todo caso la discriminación de personas con altos riesgos o enfermedades costosas, lo anterior en cumplimiento de lo establecido en la Ley 100 de 1993, Decretos sobre la operación del régimen subsidiado, Acuerdos del CNSSS, Circulares y Resoluciones expedidas por el Ministerio de Salud y Superintendencia Nacional de Salud y demás normas aplicables al contrato...

28.2.5. En la cláusula quinta del referido negocio jurídico, se estableció lo siguiente:

QUINTA. – CONTRATACIÓN DE LA RED PRESTADORA.- EL CONTRATISTA, en cumplimiento del artículo 51 de la Ley 715 de 2001 y el artículo 9º del Decreto 046 de 2000, deberá contratar en primera instancia los servicios que ofrezca la red pública del municipio. Entendiéndose que si ella no satisface la demanda total de los afiliados del municipio, la ARS puede acudir a la red existente debidamente acreditada, de tal manera que garantice parámetros de calidad a los afiliados como la accesibilidad, oportunidad y eficiencia...

28.2.6. La cláusula décimo cuarta del contrato incorporó al contrato las cláusulas excepcionales, es decir, *“la interpretación unilateral, la modificación unilateral, la terminación unilateral, y la caducidad”*, tal como aparecen contempladas en la Ley 80 de 1993.

28.2.7. La cláusula vigésima del contrato indica que *“se entienden incorporadas al presente contrato todas las normas para la aplicación del contrato de conformidad con las funciones y responsabilidad de las partes en la operación del régimen subsidiado y en especial lo dispuesto en la Ley 100 de 1993 y 715 de 2001, Decretos reglamentarios, Acuerdos del CNSSS, Resoluciones y Circulares del Ministerio de Salud y de la Superintendencia Nacional de Salud vigentes, así como las normas que las aclaren, modifiquen, adicionen o complementen”*.

28.2.8. La interventoría del contrato la ejerció el entonces alcalde municipal de Quibdó, Patrocinio Sánchez Montes de Oca, de acuerdo a lo plasmado en el acuerdo de voluntades.

28.3. En un documento titulado **“ACTA DE AUDITORÍA DEL 01 DE DICIEMBRE DE 2002 AL 19 DE MARZO DE 2003 DEL CONTRATO DE ADMINISTRACIÓN**

DE RECURSOS DE RÉGIMEN SUBSIDIADO N° 285 DE FECHA 01 DE JUNIO DE 2002 SUSCRITO ENTRE EL MUNICIPIO DE QUIBDÓ Y LA ARS CAPRECOM”, (f. 93 – c.1) del 19 de marzo de 2003 únicamente suscrito por el entonces alcalde municipal de Quibdó, Patrocinio Sánchez Montes de Oca, éste manifestó que CAPRECOM no había garantizado la contratación de los servicios de salud para los afiliados, ni demostró la atención a los afiliados del municipio. De lo allí plasmado, interesan las siguientes afirmaciones:

El Contrato para la prestación de servicios en salud de I nivel bajo la modalidad de capitación, contemplados en el POS-s, suscrito entre la ARS (...) y el HOSPITAL LOCAL ISMAEL ROLDÁN VALENCIA, (...) como contratista para los 7.428 afiliados de Quibdó se venció el 31 de diciembre de 2002 y a la fecha de la auditoría la ARS no demostró haber contratado o prorrogado el contrato de I nivel que garantizara la prestación del servicio, aunque existen remisiones al II nivel por parte del Hospital Local no exime a Caprecom de la responsabilidad de tener que contratar la prestación por igual periodo al del aseguramiento; no presentaron además facturación del Hospital Local que permitieran constatar la normal prestación. No demostraron contratos adicionales con IPS-s diferentes a las públicas que complementaran los servicios de I nivel. Los contratos de II nivel suscritos entre Caprecom y el Hospital Departamental, Caprecom y Coomesa, Caprecom y Alcasalud a la fecha de esta interventoría no se encontraban vigentes no demostraron haber suscrito algún otro contrato de II nivel de manera tal que tampoco garantizaron la prestación de servicios de II nivel...⁴⁷

28.4. De acuerdo con el testimonio rendido por la señora Brinnay Esther Córdoba Rodríguez (f. 255-257 – c.1), quien manifestó que para la época de los hechos se desempeñaba como pagadora de CAPRECOM – territorial Chocó, no era cierto que la administradora de recursos del régimen subsidiado no tuviera contratos suscritos para la prestación del servicio de salud en el municipio de Quibdó.

28.4.1. En su relato, relacionó lo siguiente:

... para la prestación del servicio de salud del régimen subsidiado para 7.428 usuarios se tenía contratado los servicios de 1 nivel con el Hospital Ismael Roldan Valencia (...) números 36 de 2003, (...) 17 de 2002, (...) 53 de 2002, (...) 98 de 2002, (...), 114 de 2002, la contratación de servicios de segundo nivel estaba con el hospital San Francisco de Asís de Quibdó, las actividades de promoción y prevención fueron contratadas con la IPS PREVENIR, Unidad de Salud Santa María, el suministro de medicamentos de consulta efectiva con multisalud IPS, servicios médicos especializados con COOMESA, servicios de radiología contratados don (sic) diagnosticar ISP, servicios de

⁴⁷ F. 93 – c.1

laboratorio clínico con el laboratorio (...) Carlota Castillo, y laboratorio clínico Colombiano y (...) Clinibacter, laboratorio clínico Zully Lozano, suministro de sangre Cruz Roja Colombiana y servicios de Ginecología Jesús Dueñas Aluma control de hipertensión Dr. José Manuel Arce Mena, servicios de oftalmología Dr. José Fernando España. Los servicios médicos de 2 3 y 4 nivel fundación hospitalaria San Vicente de Paúl, servicios de oncología Instituto de cancerología de Antioquia, servicio de diálisis Fresenius Medical Care, contratos y suministro de pasajes aéreos Agencia de viajes Truando, agencia de viajes Citara, entre otras, servicios odontológicos, odontólogo Harley Ramón Murillo Cuesta, Sofía Valencia, entre otros, esa era la red de servicios que se tenía para la prestación del servicios (sic) en el contrato 285 suscrito entre CAPRECOM ARS y el Municipio de Quibdó.

28.4.2. Sobre la vigencia de estos contratos, la deponente sostuvo:

... cabe anotar que la vigencia de los contratos entre CAPRECOM y la IPS no es por un año completo pero siempre se cubría la vigencia del contrato con contratos fraccionados por meses cubriendo la vigencia completa, el fraccionamiento de los contratos de (sic) debía a que el nivel Central asigna el presupuesto fraccionado por meses (...) y el Municipio de Quibdó en desarrollo de contratos interadministrativos también iban asignado (sic) usuarios según la ampliación de cobertura que hubiera en el municipio...

28.4.3. La declarante aportó al expediente una carpeta (cuaderno nº2) que consta de 261 folios. Dentro del marco que ofreció en su declaración, y de acuerdo a su relevancia para decidir este asunto (supra., cap. V. – párr. 27 a 27.4),sobresale el soporte de los siguientes contratos celebrados por CAPRECOM, cuyo objeto era la prestación de servicios en los niveles de complejidad I y II, y que tuvieron vigencia hasta la fecha en que el acta de auditoría del 19 de marzo de 2003 (párr. 28.2) dijo verificar:

Contrato	F.	Contratista	Objeto	Duración	Inicio	Fin
121	89 a 93	Hospital San Francisco de Asis	"... prestar en forma eficiente y oportuna, de acuerdo con su disponibilidad, servicios ambulatorios y hospitalarios de diagnósticos, tratamiento y rehabilitación correspondientes al segundo nivel de complejidad, contenidos en el Plan Obligatorio de Salud (...) con destino a los usuarios debidamente acreditados con el	2 meses	01-nov-02	31-dic-02

			<i>carné vigente perteneciente al régimen subsidiado de salud y remitidos por nuestra red de servicios correspondientes al primer (I) nivel de complejidad."</i>			
199	42	Laboratorio Clínico Colombiano Ltda "LABCO"	<i>"Prestación de servicios de laboratorio clínico correspondiente al primer (I), segundo (II) y tercer (III) nivel de complejidad con destino a los usuarios de CAPRECOM EPS Regional Chocó, pertenecientes al régimen Subsidiado de salud, debidamente acreditados con el carné vigente y remitidos por nuestra red de servicios."</i>	2 meses	01-nov-02	31-dic-02
Otrosí 1	43	Laboratorio Clínico Colombiano Ltda. "LABCO"	<i>Adición en valor y en plazo a la "orden de servicios No. 199 de 2002"</i>	6 meses	27-dic-02	30-jun-03
Otrosí 1	94	Hospital San Francisco de Asís	<i>Adición en valor y en plazo al "contrato de prestación de servicios de salud No.121 de 2002"</i>	6 meses	27-dic-02	30-jun-03
3	132 a 136	Hospital Ismael Roldán Valencia	<i>"... la compraventa de servicios de salud por capitación contenido en el Plan Obligatorio de Salud de Subsidiado en los paquetes ofrecidos para el primer (I) nivel de atención, por parte del CONTRATISTA a los (7.428) usuarios de CAPRECOM EPS Regional Chocó, pertenecientes al régimen subsidiado en salud..."</i>	2 meses	02-ene-03	28-feb-03
Otrosí	131	Hospital Ismael Roldán Valencia	<i>Adición en valor y en plazo al "contrato de prestación de servicios de salud No. 003 de 2002"</i>	3 meses	02-ene-03	31-mar-03

32	177 a 181	Cooperativa de Médicos Especialistas del Chocó y Afines "COOMESA"	<i>"... prestar en forma eficiente y oportuna, de acuerdo con su disponibilidad, servicios ambulatorios y hospitalarios de diagnósticos, tratamiento y rehabilitación correspondientes al segundo (II) nivel de complejidad, contenidos en el Plan Obligatorio de Salud (...) con destino a los usuarios debidamente acreditados con el carné vigente pertenecientes al régimen subsidiado de salud y remitidos por nuestra red de servicios correspondientes al (I) nivel e (sic) complejidad."</i>	2 meses y 10 días	20-ene- 03	31-mar-03
36	137 a 140	Hospital Ismael Roldán Valencia	<i>"... la prestación de los servicios de la Salud en las acciones de educación y promoción de la salud, prevención de la enfermedad, protección específica en salud oral por parte del contratista contenidos en el plan Obligatorio de Salud (...), con destino a los (7.428) afiliados del contratante pertenecientes al Municipio de Quibdó correspondiente al primer (I) nivel de complejidad que hacen parte del plan obligatorio de salud..."</i>	2 meses	03-feb- 03	31-mar-03
48	37	Harley Ramón Murillo Cuesta	<i>"Prestación de servicios como odontólogo para atender a los usuarios de CAPRECOM EPS, Regional Chocó, pertenecientes al Régimen Subsidiado de salud en la ciudad de Quibdó"</i>	4 meses	03-mar- 03	30-jun-03

28.5. El municipio de Quibdó expidió la resolución nº 1090 con fecha del 26 de marzo de 2003 (f. 43 – 44 – c. 1), es decir antes de la expiración del término de vigencia contractual, en el que decidió:

Dar por terminada la continuidad de la contratación de recursos de Régimen Subsidiado a la EPS CAPRECOM a partir del 1º de abril de 2003 con el Municipio de Quibdó por no tener Red Prestadora de I y II nivel de complejidad y por negarse a prestar el servicio en salud a sus afiliados.

Los fundamentos de dicho acto administrativo, son:

28.5.1. Que mediante un acta de interventoría “se demostró que la EPS CAPRECOM al momento de esta no poseía contratos de I, II Nivel, por lo tanto no tenía red prestadora de servicios que garantizara a lo (sic) afiliados de Quibdó en forma oportuna la atención en salud en estos niveles de complejidad” (f. 43 – c.1).

28.5.2. La negación de la prestación del servicio de salud de alto costo, por parte de CAPRECOM, a un afiliado de Quibdó “quien no fue atendido en el HOSPITAL SAN VICENTE DE PAUL de Medellín por falta de pago en las obligaciones de (sic) contraídas” (ibíd.)

28.5.3. Que CAPRECOM negó “el suministro oportuno de medicamentos incluidos en el POS-S a un afiliado de Quibdó de alto costo poniendo en riesgo la salud y vida de esta persona”. (ibíd.)

28.5.4. Que CAPRECOM negó el transporte interinstitucional a pacientes afiliados del municipio de Quibdó.

28.5. La decisión fue notificada personalmente el 21 de abril de 2003 (f. 44 – c.1).

28.6. Inconforme con la decisión referida, CAPRECOM interpuso recurso de reposición en su contra, el 28 de abril de 2003 (f. 45 – 50 – c.1). Motivó su discrepancia asegurando que: i) en ningún momento negó servicios de salud; ii) acreditó a través de documentos que lo manifestado en la resolución no era cierto; iii) hubo violación al debido proceso y al derecho de defensa de CAPRECOM y iv) si hubiera existido el incumplimiento, debía darle aplicación al acuerdo 244 del 31

de marzo de 2003, que trata del traslado de usuarios por incumplimiento de las obligaciones de las ARS.

28.6.1. No existe prueba de que el municipio de Quibdó haya resuelto el recurso interpuesto por CAPRECOM.

28.7. Mediante resolución 1177 del 31 de marzo de 2003, la alcaldía municipal de Quibdó impuso una multa a CAPRECOM *“por incumplimiento parcial de las cláusulas pactadas para la ejecución del contrato”*, alegando la falta de atención, el no suministro de medicamentos, y la negativa del traslado interinstitucional a usuarios del sistema (f. 97 – 98 – c.1).

28.7.1. Contra la resolución anterior, CAPRECOM interpuso recurso de reposición solicitando su revocatoria.⁴⁸ Esta impugnación fue decidida por la administración municipal de Quibdó a través de la resolución 2326 del 22 de mayo de 2003 en donde confirmó su decisión, ratificando todas las motivaciones del acto recurrido (f. 277 – 280 – c.1).

VII. Problema jurídico

29. Visto el panorama de la controversia, a la Sala le compete responder al siguiente problema jurídico: ¿El municipio de Quibdó actuó en contravía del ordenamiento jurídico y de sus obligaciones contractuales al decidir, a través de la resolución nº 1090 de 2003, no renovar el contrato de aseguramiento nº 285 con CAPRECOM EPS?

VIII. Análisis de la Sala: Los contratos de aseguramiento del régimen subsidiado de seguridad social en salud – Aspectos generales y particulares. Solución del caso concreto

⁴⁸ El texto del recurso no fue aportado al expediente.

29. El **marco jurídico** de este tipo de contratos lo componen normas de variado nivel: Primero, conforme a los mandatos y competencias constitucionales de la seguridad social en salud (artículos 48, 49 y 365 de la Carta Política), la Ley 100 de 1993 estableció las normas del sistema; sus principios, reglas, competencias y obligaciones. Al referirse a la gestión de los recursos del régimen subsidiado en salud, en el artículo 216 numeral 2, estableció:

2. Cuando la contratación se haga con una entidad que no sea propiedad de los usuarios como las Empresas Solidarias de Salud, la contratación entre las direcciones seccionales o locales de salud con las Entidades Promotoras de Salud se realizará mediante concurso y se regirá por el régimen privado, pudiendo contener cláusulas exorbitantes propias del régimen de derecho público.

29.1. El acuerdo 77 de 1997 del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud (CNSSS), ente que por las épocas de vigencia del contrato era el organismo consultivo y director del sistema de seguridad social en salud, encargado de adoptar, de manera concertada *“entre funcionarios de sector central, descentralizado y miembros de la sociedad civil relacionados con el servicio de salud”*⁴⁹, decisiones vinculantes para todos los actores del sistema, sostuvo lo siguiente, en lo que nos resulta pertinente:

Artículo 29. Contratos de aseguramiento. Una vez la Alcaldía o la Dirección de Salud verifique el listado de afiliados entregado por las Administradora del Régimen Subsidiado, procederán a suscribir los respectivos contratos de administración de subsidios.

Estos contratos se regirán por el derecho privado y deberán incluir como mínimo la información que determine el Ministerio de Salud. Podrán incluirse cláusulas exorbitantes.

Cuando la Administradora del Régimen Subsidiado cumpla con los requisitos exigidos en las normas para administrar los subsidios y los afiliados la hayan elegido, la Entidad Territorial deberá contratar con ella. (Subrayas no originales)

Artículo 30. Período de contratación. Los contratos del régimen subsidiado se celebrarán por un año, en dos períodos que comprenderán del primero (1o.) de abril al treinta y uno (31) de marzo y del primero (1o.) de octubre al treinta (30) de septiembre del siguiente año.

⁴⁹ Corte Constitucional. Sentencia C- 577 del 4 de diciembre de 1995. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

(...) Artículo 36. Verificación de la ejecución de los contratos. Una vez finalizado cada período de contratación del régimen subsidiado, las entidades territoriales procederán a efectuar una verificación de la ejecución del contrato, de conformidad con el período de aseguramiento, el número de afiliados realmente carnetizados y el valor de la Unidad de Pago por Capitación Subsidiada.

(...) Artículo 38. Interventoría y supervisión de contratos. Es obligación de las entidades territoriales supervisar el cabal cumplimiento de las obligaciones a cargo de las Administradoras. Para este propósito se deberá establecer una Interventoría interna o externa y remitir el resultado de los informes de esta Interventoría a los Departamentos, cuando sea procedente, y a la Superintendencia Nacional de Salud.

29.2. El Decreto 050 del 13 de enero de 2003, que entró en vigencia durante el plazo del contrato de aseguramiento objeto de este litigio, otorgó esta definición al mencionado tipo contractual:

Artículo 29. Contratos de aseguramiento. Para administrar los recursos del régimen subsidiado y proveer el aseguramiento de la población afiliada a este régimen, las entidades territoriales suscribirán un sólo contrato con cada Administradora del Régimen Subsidiado (ARS) para cada periodo de contratación. El contrato debe incluir todas las fuentes de financiación del régimen subsidiado.

Para la ejecución de los recursos durante el período de contratación, la entidad territorial deberá garantizar la aplicación del 100% de los recursos del régimen subsidiado provenientes del Sistema General de Participaciones en Salud y de los recursos propios que amparan presupuestalmente estos contratos.

29.3. Por su parte, el acuerdo 244 del 30 de enero de 2003 del CNSSS, cuya vigencia principió mientras estuvo en ejecución el contrato de aseguramiento, dispuso lo siguiente en su artículo 45:

Artículo 45. Contratos de aseguramiento. Para administrar los recursos del Régimen Subsidiado y proveer el aseguramiento de la población afiliada a este régimen, la entidad territorial suscribirá un solo contrato con cada administradora del régimen subsidiado, por el número de afiliados carnetizados que incluye la población trasladada, la nueva por ampliación de cobertura y la población de continuidad. El periodo de contratación será de un (1) año comprendido entre el primero (1) de Abril y el treinta y uno (31) de Marzo, el cual será prorrogable anualmente por dos años más, previo el trámite presupuestal pertinente.

Al finalizar cada anualidad se efectuarán balances para efectos de determinar el cumplimiento de las obligaciones contractuales por parte de las ARS y la ejecución de recursos.

Conforme lo establece el numeral 2 del artículo 216 de la Ley 100 de 1993, este contrato se registrará por el derecho privado y deberá incluir todas las fuentes de financiación del Régimen Subsidiado y como mínimo la información que determine el Ministerio de la Protección Social. La minuta del contrato deberá ser remitida por la entidad territorial a la ARS con anterioridad al inicio del período de contratación.

29.4. Con fundamento en éstas normas, la Sala de Consulta y Servicio Civil de esta Corporación ha señalado las características del contrato en comento:

- *Sujetos: la parte contratante está conformada por las direcciones locales, distritales o departamentales de salud y, las empresas promotoras de salud, y de otra parte, están las EPS, que cumplan con los requisitos exigidos, en el decreto 1804 de 1999, organizadas para administrar el régimen contributivo de seguridad social en salud, que además, se encuentren debidamente autorizadas por la Superintendencia Nacional de Salud.*

- *Objeto: asegurar el riesgo de salud de los afiliados al régimen contributivo, mediante la prestación directa o indirecta de los servicios de salud contenidos en el Plan Obligatorio de Salud del régimen subsidiado POS –S, y administrar los recursos provenientes del subsidio a la demanda.*

- *Remuneración: como se explicó en el acápite correspondiente, la UPC-S que reciben las ARS por cada afiliado al sistema se constituye en la remuneración que se obtiene por el aseguramiento y garantía de la prestación del servicio a los afiliados conforme a los contenidos previstos por el CNSSS en el POS-S.*

Como lo expresó esta Sala en concepto No. 1065 del 11 de marzo de 1998, se trata de contratos de carácter bilateral, oneroso, atípicos, de ejecución sucesiva y conmutativos “por cuanto las EPS se obligan a asegurar, administrar y ejecutar los recursos del régimen subsidiado de seguridad social en salud que garanticen la prestación de los servicios de salud a las personas de escasos recursos - relacionadas con el listado de focalización- y las entidades estatales les reconocen un valor per cápita, denominado Unidad de Pago por Capitación, UPC, la que se establece en razón al perfil epidemiológico de la población relevante, de los riesgos cubiertos y de los costos de prestación del servicio en las condiciones medias de calidad, tecnología y hotelería.”⁵⁰

30. De entrada, lo primero a destacar de los preceptos citados es el régimen jurídico de esta clase de contratos. Como bien lo indican estas normas, y conforme a la Ley 100 de 1993 en su artículo 216 - numeral 2, **el régimen jurídico de estos contratos es de derecho privado**, aunque su naturaleza es eminentemente estatal- porque su celebración se efectúa con entidades

⁵⁰ Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 12 de junio de 2003. Rad. 1496. C.P. Susana Montes de Echeverri.

territoriales- con aplicación de principios y mecanismos propios de la contratación pública: el concurso, por entonces regulado por el artículo 39 del Acuerdo 244, como instrumento para garantizar la selección objetiva; las cláusulas exorbitantes, como componente dirigido a proteger el interés general involucrado en estos negocios jurídicos⁵¹.

31. Ahora, el entendimiento cabal de los contratos de aseguramiento solo se logra si se comprenden como el desarrollo de:

31.1. La salud en el ordenamiento jurídico colombiano⁵² en sus diferentes dimensiones, particularmente como derecho fundamental y como servicio público cuya prestación eficiente debe ser garantizada por el Estado, que asume frente al mismo diversos roles: supervisor, director, regulador, garante y prestador. Esta última faceta, vale advertirlo, es realizada en conjunto con los particulares, en operación de un sistema mixto consagrado por el constituyente⁵³.

31.2. La concepción del régimen subsidiado de seguridad social en salud, como vía diseñada por el legislador para que la población más vulnerable goce efectivamente del derecho a través de la atención proporcionada por el sistema, tal como lo plantea el artículo 157 numeral 2 de la Ley 100 de 1993.⁵⁴

⁵¹ Sobre la justificación general de las cláusulas exorbitantes en la contratación pública, ver: Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 19 de agosto de 2004. Rad. 25000-23-26-000-1990-6904-01(12342). C.P. Ramiro Saavedra Becerra.

⁵² La Corte Constitucional ha proferido sentencias de notable desarrollo en relación con el derecho a la salud. Entre ellas, pueden indicarse las sentencias T-760 del 31 de julio de 2008. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa y, C-314 del 29 de mayo de 2014. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, entre otras.

⁵³ Cfr. Corte Constitucional. Sentencia C-974 del 13 de noviembre de 2002. M.P. Rodrigo Escobar Gil.

⁵⁴ *“Los afiliados al Sistema mediante el régimen subsidiado de que trata el Artículo 211 de la presente Ley son las personas sin capacidad de pago para cubrir el monto total de la cotización. Serán subsidiadas en el Sistema General de Seguridad Social en Salud la población más pobre y vulnerable del país en las áreas rural y urbana. Tendrán particular importancia, dentro de este grupo, personas tales como las madres durante el embarazo, parto y postparto y período de lactancia, las madres comunitarias*, las mujeres cabeza de familia, los niños menores de un año, los menores en situación irregular, los enfermos de Hansen, las personas mayores de 65 años, (las personas en situación de discapacidad), los campesinos, las comunidades indígenas, los trabajadores y profesionales independientes, artistas y deportistas, toreros y sus subalternos, periodistas independientes, maestros de obra de construcción, albañiles, taxistas, electricistas, desempleados y demás personas sin capacidad de pago.”*

31.3. De la libre escogencia de la empresa prestadora de servicios de salud, comprendida *“como principio del sistema de salud, un derecho del afiliado y una característica del sistema de la seguridad social en salud, que consiste en la facultad que tienen todos los afiliados (tanto los del régimen contributivo como los del régimen subsidiado) a escoger, entre las diferentes alternativas de servicios ofrecidos, la entidad que administrará y la que prestará los servicios establecidos en el Plan Obligatorio de Salud, por lo que configura una serie de deberes de obligatoria observancia para los prestadores del servicio público”*⁵⁵.

31.4. El rol de las administraciones locales (direcciones departamentales, distritales y municipales), a las cuales legalmente se les encomendó, en concordancia con el artículo 365 constitucional⁵⁶, la potestad de suscribir *“contratos de administración del subsidio con las Entidades Promotoras de Salud que afilien a los beneficiarios del subsidio.”* (Ley 100 de 1993 – Artículo 215).

31.5. El objeto de las entidades administradoras del régimen subsidiado (ARS), instituciones que fueron creadas por el ordenamiento jurídico⁵⁷ para la prestación del servicio de salud y la administración de los recursos del régimen subsidiado. En esa medida, han sido concebidas por la jurisprudencia como *“entidades de intermediación entre los recursos financieros, las instituciones que prestan los servicios (IPS), las autoridades públicas locales y los usuarios, y desempeñan en*

⁵⁵ Corte Constitucional. Sentencia C-1158 del 26 de noviembre de 2008. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

⁵⁶ **“ARTICULO 365. Los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado. Es deber del Estado asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional. Los servicios públicos estarán sometidos al régimen jurídico que fije la ley, **podrán ser prestados por el Estado, directa o indirectamente, por comunidades organizadas, o por particulares.** En todo caso, el Estado mantendrá la regulación, el control y la vigilancia de dichos servicios. Si por razones de soberanía o de interés social, el Estado, mediante ley aprobada por la mayoría de los miembros de una y otra cámara, por iniciativa del Gobierno decide reservarse determinadas actividades estratégicas o servicios públicos, deberá indemnizar previa y plenamente a las personas que en virtud de dicha ley, queden privadas del ejercicio de una actividad lícita”** (Se destaca.)

⁵⁷ El Decreto 1804 de 1999 disponía: **“ARTICULO 1o. ENTIDADES HABILITADAS PARA ADMINISTRAR RECURSOS DEL RÉGIMEN SUBSIDIADO.** Podrán administrar los recursos del régimen subsidiado del Sistema General de Seguridad Social en Salud, las Empresas Solidarias de Salud, ESS, las Cajas de Compensación Familiar y las Entidades Promotoras de Salud, EPS, de naturaleza pública, privada o mixta, que cumplan con los requisitos exigidos en el presente decreto y sean autorizadas previamente por la Superintendencia Nacional de Salud.”

*el régimen subsidiado una función análoga a la que tienen las EPS en el régimen contributivo*⁵⁸.

32. Ahora, en aras de cumplir con los objetivos buscados al crear las ARS de aumentar *“la eficiencia y equidad del sistema de salud, a fin de lograr la universalidad”*⁵⁹, conlleva la imposición de requisitos rigurosos de funcionamiento cuyo propósito consiste, tal como lo ha sostenido la Sección Primera de esta Corporación, en que *“quienes administren los recursos del sistema –tengan- la solidez financiera necesaria que garantice la eficiente y adecuada prestación del servicio”*. De lo contrario, ante la *“ausencia de esos requisitos, si bien abriría el campo de acción para quienes no cuentan con esa solidez, pondría en grave riesgo la prestación eficiente, integral y de calidad del servicio de seguridad social en salud para los afiliados al régimen subsidiado, quienes, no sobra repetirlo, requieren de especial atención por parte del Estado”*⁶⁰.

33. Estas exigencias se reflejan en las condiciones que deben reunir las ARS para ser co-contratantes de las entidades territoriales en la administración de recursos del régimen subsidiado de seguridad social en salud. De acuerdo con la jurisprudencia de la Sección⁶¹, conforme lo establecen el decreto reglamentario 050 de 2003 y los acuerdos del CNSS antes mencionados (77 de 1997 y 244 de 2003), las entidades territoriales deberán suscribir con los contratos de aseguramiento con las ARS siempre y cuando reúnan estas condiciones:

33.1. *“Que la ARS se encuentre habilitada por la Superintendencia Nacional de Salud”*. El artículo 180 de la Ley 100 de 1993, que por las épocas en que ocurrieron los hechos estaba reglamentado por el Decreto 2309 del 15 de octubre

⁵⁸ Corte Constitucional. Sentencias C-1489 del 2 de noviembre de 2000. M.P. Alejandro Martínez Caballero y C-791 del 24 de septiembre de 2002. M.P. Eduardo Montealegre Lynett. En idéntico sentido, Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Sentencia del 15 de octubre de 2009. Rad. 11001-03-24-000-2004-00051-01.C.P. María Claudia Rojas Lasso.

⁵⁹ Sent. C-1489/00

⁶⁰ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Sentencia del 7 de junio de 2001. Rad. 5951. C.P. Manuel Santiago Urueta Ayola.

⁶¹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección “C”. Sentencias del 1º de julio de 2015. Rad. 23001-23-31-000-2005-00452-01 (40092), y del 29 de julio de 2015. Rad. 73001-23-31-000-2005-00828-01(41325). Ambas con ponencia del Consejero Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

de 2002⁶², era el marco jurídico de habilitación de las ARS que debía tenerse en cuenta en la relación contractual aquí analizada entre el municipio de Quibdó y CAPRECOM.

33.1.1. La norma legal, en su numeral 4 – literal b), establece dentro de los requisitos de autorización:

4. Disponer de una organización administrativa y financiera que permita:

(...) b) Acreditar la capacidad técnica y científica necesaria para el correcto desempeño de sus funciones, y verificar la de las Instituciones y Profesionales prestadores de los servicios;

33.1.2. Por su parte, el mencionado decreto reglamentario, en relación con las condiciones de habilitación señaladas por la norma citada, indicaba:

Artículo 10. Condiciones de capacidad tecnológica y científica. Son requisitos básicos de estructura y proceso que deben cumplir los Prestadores de Servicios de Salud y los definidos como tales por cada uno de los servicios que prestan y que se consideran suficientes y necesarios para reducir los principales riesgos que amenazan la vida o la salud de los usuarios en el marco de la prestación del servicio de salud. Las condiciones de capacidad tecnológica y científica del Sistema único de Habilitación para Prestadores de Servicios de Salud y los definidos como tales serán los Requisitos Esenciales que establezca el Ministerio de Salud.

Las entidades departamentales y distritales de salud podrán someter a consideración del Ministerio de Salud, propuestas para la aplicación en sus correspondientes jurisdicciones de condiciones de capacidad tecnológica y científica superiores a las que se establezcan para el ámbito nacional. En todo caso, la aplicación de estas exigencias deberá contar con la aprobación previa del Ministerio de Salud.

Parágrafo. Los profesionales independientes que prestan servicios de salud, sólo estarán obligados a cumplir con las normas relativas a la capacidad tecnológica y científica.

Artículo 11. De la suficiencia patrimonial y financiera. Es el cumplimiento de las condiciones que posibilitan la estabilidad financiera de las instituciones prestadoras de servicios de salud en el mediano plazo, su competitividad dentro del área de influencia y la liquidez y cumplimiento de sus obligaciones en el corto plazo.

Parágrafo. El Ministerio de Salud establecerá los datos y los procedimientos para que las entidades departamentales y distritales de salud puedan valorar la suficiencia patrimonial de las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud.

⁶² Posteriormente fue derogado por el Decreto 1011 de 2006.

Artículo 12. De las condiciones de capacidad técnico-administrativa. Son condiciones técnico-administrativas para una institución prestadora de servicios de salud:

1. El cumplimiento de los requisitos legales exigidos por las normas vigentes con respecto a su existencia y representación legal, de acuerdo con su naturaleza jurídica.

2. El cumplimiento de los requisitos administrativos y financieros que le permitan demostrar que la institución prestadora de servicios de salud, cuenta con un sistema contable para generar estados financieros según las normas contables vigentes

33.1.3. En cuanto a las condiciones para la habilitación de las entidades, el mencionado decreto estableció:

Artículo 31. Condiciones básicas para la habilitación de las entidades promotoras de salud, las administradoras del régimen subsidiado, las entidades adaptadas y las empresas de medicina prepagada. Son las condiciones básicas de capacidad tecnológica y científica, de suficiencia patrimonial y financiera y de capacidad técnico administrativa, definidas por el Gobierno Nacional, de obligatorio cumplimiento para la entrada y permanencia de las Entidades Promotoras de Salud, las Administradoras del Régimen Subsidiado, las Entidades Adaptadas y las Empresas de Medicina Prepagada.

Artículo 32. De la habilitación de las entidades promotoras de salud, las administradoras del régimen subsidiado, las entidades adaptadas y las empresas de medicina prepagada. El procedimiento de autorización de funcionamiento establecido en el artículo 1° de la Ley 10 de 1990, los artículo 180 y 215 de la Ley 100 de 1993 y en las demás disposiciones vigentes sobre la materia, se asimila al procedimiento de habilitación para dichas entidades.

Artículo 33. De la entidad competente. La Superintendencia Nacional de Salud será la entidad competente para habilitar a las entidades promotoras de salud, las administradoras del régimen subsidiado, las entidades adaptadas y las empresas de medicina prepagada.

(...) Artículo 34. Vigencia de la habilitación. La habilitación se otorgará a las entidades promotoras de salud, las administradoras del régimen subsidiado, las entidades adaptadas y las empresas de medicina prepagada por un término indefinido.

Las entidades promotoras de salud, las administradoras del régimen subsidiado, las entidades adaptadas y las empresas de medicina prepagada, deberán mantener y actualizar permanentemente las condiciones exigidas por el Gobierno Nacional, conforme lo establece el artículo 1° de la Ley 10 de 1990 y los artículos 180 y 215 de la Ley 100 de 1993.

La Superintendencia Nacional de Salud, en ejercicio de sus funciones de vigilancia, inspección y control verificará el mantenimiento de las condiciones de habilitación por parte de estas entidades.

Artículo 35. Revocatoria de la habilitación. La Superintendencia Nacional de Salud podrá revocar la habilitación otorgada a una entidad promotora de salud, una administradora del régimen, subsidiado, una entidad adaptada o una empresa de medicina prepagada cuando se incumpla cualquiera de las condiciones o requisitos previstos para su otorgamiento. El incumplimiento de las condiciones de habilitación por parte de las entidades promotoras de salud, las administradoras del régimen subsidiado, las entidades adaptadas y las empresas de medicina prepagada dará lugar a la imposición de sanciones de ley previo agotamiento del debido proceso y la garantía de la doble instancia.

33.2. *“Que la ARS haya sido seleccionada por el Ministerio de la Protección Social para operar en la región determinada”.* Tanto este requisito, como el anteriormente referenciado, están previstos por el artículo 38 del Acuerdo 244 de 2003:

Artículo 38. Operadores regionales del Régimen Subsidiado. De acuerdo con la población afiliada al Régimen Subsidiado y las poblaciones potencialmente beneficiarias de los subsidios para cada región, el Ministerio de la Protección Social, establecerá el número plural de administradoras del Régimen Subsidiado, exceptuando las ARSI, que pueden operar en cada una de estas. El Ministerio de la Protección Social establecerá los municipios en los que por sus condiciones particulares podrá operar una sola ARS.

Para que una administradora del Régimen Subsidiado, pueda operar en una o varias regiones de aseguramiento, deberá ser habilitada por la Superintendencia Nacional de Salud, de conformidad con la reglamentación del Sistema Único de Habilitación para ARS y EPS.

33.3. *“Que la ARS haya sido elegida libremente durante el proceso de afiliación o traslado por los beneficiarios del subsidio.”,* tal como lo dispone el artículo 46 del mencionado Acuerdo 244:

Artículo 46. Obligatoriedad de la Administradora de Régimen Subsidiado de suscribir contratos cuando los beneficiarios la hayan seleccionado. Cuando una ARS se encuentre habilitada por la Superintendencia Nacional de Salud y haya sido seleccionada para operar en una región y durante el proceso de afiliación o traslado es elegida libremente por los beneficiarios del subsidio, tendrá la obligación de suscribir los contratos del Régimen Subsidiado, siempre y cuando cumplan con el porcentaje mínimo de participación en cada municipio según lo establecido en el artículo 39 del presente acuerdo.

33.4. De acuerdo con lo anterior, es necesario que *“la ARS cumpla con el porcentaje mínimo de participación en cada municipio según lo establecido en el*

artículo 39 del Acuerdo 244/2003 para la selección de las ARS dentro del correspondiente concurso.⁶³”

33.5. Dentro del régimen de transición⁶⁴ establecido para los períodos posteriores a la entrada en vigencia del Acuerdo 244, se exige que la ARS, a 31 de diciembre de 2002, cumpla con el margen de solvencia, previsto en el Decreto 882 de 1998.”

⁶³ “Artículo 39. Selección de ARS por las entidades territoriales. Las entidades territoriales, seleccionarán las ARS hasta el número máximo definido por el Ministerio de la Protección Social en cada región. La selección se hará mediante concurso que se realizará de la siguiente forma:// 1. Entre las ARS que se encuentran autorizadas y cumplan las condiciones de habilitación para ser seleccionadas se elegirán las mejores calificadas en estricto orden descendente.// 2. En caso de presentarse varias ARS habilitadas con igual calificación, se seleccionarán en su orden, las ARS con las siguientes características:// a) Las empresas solidarias de salud y demás entidades promotoras de carácter comunitario, según lo establecido en el artículo 216 de la Ley 100 de 1993; // b) Las Cajas de Compensación Familiar que administran directamente los recursos previstos en el artículo 217 de la Ley 100 de 1993; // c) Aquellas que se encuentren operando en el mayor número de municipios de la región; // d) Aquellas con mayor número de afiliados en la región.// La selección de las ARS para operar en cada uno de los municipios que hacen parte de la región se hará por acto administrativo del jefe de la entidad territorial respectiva.// Las ARS seleccionadas para operar en una región deberán garantizar la cobertura en todos los municipios que hacen parte de la región, salvo en los siguientes eventos:// 1. Cuando la ARS tenga una participación menor al 5% de la población afiliada o no reúna un mínimo de 1.000 personas afiliadas en un municipio.// 2. Cuando una Caja de Compensación Familiar que administra directamente los recursos no se encuentre autorizada para operar como Caja en ese Ente Territorial.// Parágrafo 1°. Las administradoras del Régimen Subsidiado que a la expedición del presente acuerdo se encuentren autorizadas por la Superintendencia Nacional de Salud deberán ajustarse a la reglamentación del Sistema Único de Habilitación de conformidad con la reglamentación del Gobierno Nacional.// Parágrafo 2°. Si una Caja de Compensación Familiar no es seleccionada para operar en la región en la cual está autorizada para realizar la administración directa de los recursos de que trata el artículo 217 de la Ley 100 de 1993, deberá girarlos en la forma establecida en el artículo 16 de la Ley 789 de 2002.// Parágrafo 3°. En la sesión en la cual se seleccionen las ARS que van a contratar con la dirección de salud, deberá participar un representante de los beneficiarios del Régimen Subsidiado, para dar cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 216, numeral 3, de la Ley 100 de 1993, el cual será el/los representante(s) de los usuarios ante el CTSSS de la jurisdicción territorial respectiva.// Parágrafo 4°. El retiro de la ARS de uno o varios municipios de la región por las causales previstas en el presente artículo, no las inhabilitan para continuar operando en la región. En los casos de retiro se aplicará el procedimiento previsto en el artículo 53 del presente acuerdo.

⁶⁴ Dispuesto por el artículo 56 del Acuerdo 244 de 2003, así: “Los períodos de contratación del Régimen Subsidiado se sujetarán al siguiente régimen de transición:// 1. El período de contratación que inicia el primero de abril de 2003, se celebrará por un término de seis meses que vence el 30 de septiembre de 2003 y se regirá por las condiciones de operación del presente acuerdo. Para este período de contratación, las ARS que no cumplan con el margen de solvencia a 31 de diciembre de 2002 previsto en el Decreto 882 de 1998 o incurran en la situación prevista en el artículo 36 del Decreto 050 de 2003, no podrán suscribir contratos de aseguramiento.// 2. Si a treinta (30) de septiembre de 2003, los actos administrativos de la Superintendencia Nacional de Salud, que decidan sobre la habilitación de las Entidades Administradoras del Régimen Subsidiado no se encuentran en firme, los contratos de aseguramiento suscritos el primero de abril de 2003, se entenderán prorrogados de manera automática por seis meses más, con las condiciones pactadas inicialmente, incluyendo los recursos de financiamiento, previo el trámite presupuestal correspondiente.// 3. Si a treinta (30) de septiembre de 2003, los actos administrativos de la Superintendencia Nacional de Salud, que decidan sobre la habilitación de las Entidades Administradoras del Régimen Subsidiado se encuentran en firme, se suscribirán nuevos contratos de aseguramiento, previo el trámite presupuestal

33.6. *“Que la ARS no esté incurso en la situación prevista en el artículo 36 del Decreto 050 de 2003”, es decir, haber incurrido “en mora superior a siete (7) días calendario respecto de las cuentas debidamente aceptadas, habiendo recibido oportunamente los recursos correspondientes a las UPC de su población afiliada”, evento en el que la entidad territorial podrá abstenerse de renovar el vínculo contractual con la respectiva entidad administradora.*

34. En vista de la actividad litigiosa desplegada por las partes, la Sala concluye que los actos administrativos demandados están llamados a conservar su presunción de legalidad, en tanto la parte actora efectuó una labor probatoria insuficiente para demostrar aquello que daría lugar a la renovación del contrato de aseguramiento nº 285 de 2002 con el municipio de Quibdó. Veamos:

35. En primer término, y conforme a lo que quedó comprobado en este proceso, para el 19 de marzo de 2003 –fecha de la auditoría en la que se fundamenta el acto administrativo–, CAPRECOM sí tenía contratos vigentes con instituciones que se habían comprometido a prestar servicios de salud en niveles I y II de complejidad. Ello se observa con la acreditación de los contratos suscritos con el Hospital Ismael Roldán Valencia y con la Cooperativa de Médicos Especialistas del Chocó y Afines "COOMESA", cuya duración se extendió hasta el límite de vigencia del contrato de aseguramiento suscrito con el municipio de Quibdó: 31 de marzo de 2003.

5.1. Entre tanto, con la adición al contrato de laboratorio clínico suscrito con la empresa “Laboratorio Clínico Colombiano Ltda. LABCO”, y del contrato de prestación de servicios de salud del segundo nivel de complejidad con el Hospital San Francisco de Asís, la vigencia de estos negocios jurídicos se prolongó hasta el 30 de junio de 2003. Igual situación se observa respecto del contrato de

correspondiente, por seis meses, con las ARS autorizadas, habilitadas y seleccionadas, aplicando plenamente las disposiciones del presente acuerdo.//. 4. A partir de la contratación del primero de abril del año 2004 el término de la contratación será de un año y se prorrogará en los términos previstos en el presente acuerdo y el término de afiliación será de tres años.//. 5. Para los contratos suscritos el primero de abril de 2003 se aplicarán las reglas de carnetización previstas en el Acuerdo 192 del CNSSS.//. 6. Para efectos de la liquidación de los contratos suscritos con anterioridad al primero de abril de 2003, se aplicarán las normas vigentes a la fecha de suscripción de los respectivos contratos.

prestación de servicios odontológicos suscrito con el señor Harley Ramón Murillo Cuesta.

35.2. Bajo estas circunstancias podría alegarse que la resolución 1090 del 26 de marzo de 2003 incurrió en falsa motivación porque la afirmación según la cual CAPRECOM no tenía contratos vigentes para cubrir la demanda de los afiliados en los niveles I y II de complejidad, en los términos planteados por el acto acusado, no se ajusta a la realidad.

35.3. Sin embargo, la sola demostración de la falta de veracidad de una sola de las motivaciones del acto no puede pasar por alto que en la decisión administrativa la afirmación de no tener contratos de prestación de servicios de niveles I y II para el momento de efectuarse la auditoría tuvo, en la sustentación del acto, un peso argumentativo equiparable al de las otras razones esgrimidas por la administración municipal para concluir que era improcedente seguir contratando con la ARS (pár. 28.4.2 a 28.4.4).

35.4 Sobre estas aseveraciones hechas por el acto demandado, observa la Sala que la parte actora no se pronunció de algún modo que permitiera, siquiera, cuestionarlas, ora porque no fueran ciertas o por no significar un incumplimiento de las obligaciones contractuales de CAPRECOM.

35.5. Concretamente, cuando la administración municipal, a través de la resolución nº 1090 y del informe de interventoría realizado por el alcalde afirmó que la entidad demandante dejó de atender a un afiliado con una enfermedad de alto costo, que no suministró medicamentos incluidos en el POS-S a otro aquejado con dolencias de la misma categoría, y que negó el transporte interinstitucional a otros pacientes, eran parte de la motivación del acto, y como tal, debieron ser controvertidas en sede judicial para despojar la decisión administrativa del atributo de la presunción de legalidad.

35.6. Cabe mencionar que cuando se ataca un acto administrativo motivado en una pluralidad de fundamentos fácticos o jurídicos y/o de variada índole, el demandante que persigue su nulidad debe impugnarlos en su totalidad, porque la

anulación bajo estas circunstancias únicamente procede *“cuando el acto carezca en forma absoluta de motivación o cuando teniéndola, la misma sea de simple comodín, genérica o vaga”*⁶⁵.

35.7. En consecuencia, al no ser cuestionadas todas las razones de hecho o de derecho de los actos expedidos por el municipio demandado es inevitable concluir que la presunción de legalidad de las decisiones demandadas se mantiene.

36. Por otra parte, contrario a lo que estima la parte demandante, del régimen jurídico aplicable a este negocio jurídico no subyace un derecho a la renovación automática de los contratos de aseguramiento del régimen subsidiado en salud en cabeza de las entidades promotoras de salud, sino que esta se produce cuando se reúnen los requisitos para que ello sea jurídicamente viable.

36.1. Como lo ha precisado esta Sección, en principio, de los entonces vigentes acuerdos 77 de 1997 y 244 de 2003 del CNSSS se deduce la obligatoriedad de renovar los contratos de aseguramiento. No obstante, *“tal estipulación tampoco es de carácter absoluto, entre tanto que las entidades territoriales se encuentran en la obligación de verificar la calidad del servicio prestado por las ARS antes de dicha renovación, así como en la obligación de verificar el cumplimiento de las obligaciones de la contratista dentro de cada periodo de contratación.”*⁶⁶

36.2. Además, como se anotó en esta sentencia, el derecho a escoger libremente la entidad prestadora de salud de su preferencia se establece en favor de los usuarios y no de las propias EPS.

37. Para sustentar estas afirmaciones, es necesario reproducir lo que manifestó esta Sección en providencias que analizaron pretensiones similares efectuadas por la aquí demandante:

Pero, en sede de discusión, la Sala quiere añadir que la demandante aun cuando hubiera logrado desvirtuar la legalidad de los actos demandados y acreditar su nulidad, lo cierto es que ella tampoco probó el cumplimiento de los

⁶⁵ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección “B”. Sentencia del 6 de diciembre de 2013. Exp. 27593. C.P. Danilo Rojas Betancourth.

⁶⁶ Sentencia del 29 de julio de 2015. Rad. 41325, ya citada.

requisitos reglamentariamente exigidos para suscribir el contrato de administración del sistema de seguridad social en salud dentro del régimen subsidiado con el municipio (...)

Al respecto debe tenerse en cuenta que CAPRECOM se encontraba dentro del régimen de transición dispuesto en el artículo 58 del Acuerdo 244 de 2003, según el cual, para el período de contratación que iniciaba el primero de abril de 2003 las ARS's debían cumplir con el margen de solvencia a 31 de diciembre de 2002 previsto en el Decreto 882 de 1998 y no estar incursas en la situación prevista en el artículo 36 del Decreto 050 de 2003, antes mencionado, circunstancia que no quedó acreditada.

Del mismo modo debe decirse que CAPRECOM no demostró que luego de la entrada en vigencia del Acuerdo 244 de 2003 (enero de 2003) ella se encontrara habilitada por la Superintendencia Nacional de Salud; que hubiera sido seleccionada por el Ministerio de la Protección Social para operar en la región; que hubiera sido elegida libremente durante el proceso de afiliación o traslado por los beneficiarios del régimen, ni que cumpliera con el porcentaje mínimo de participación en cada municipio según lo establecido en el artículo 39 del Acuerdo 244/2003 para su selección dentro del correspondiente concurso.

Finalmente, la Sala quiere aclarar que los derechos consagrados en el sistema de seguridad social, concretamente en el régimen subsidiado, entre ellos los alegados por la demandante, tales como la garantía de continuidad de los afiliados al régimen subsidiado y el derecho a la libre escogencia o elección de ARS, integran el derecho fundamental a la salud constitucionalmente garantizado y se encuentran instituidos no a favor de las Administradoras del Régimen Subsidiado sino a favor de los usuarios del servicio a quienes las entidades territoriales deben procurarles el ejercicio de tales derechos y, principalmente, la prestación del servicio mismo sin interrupción y con calidad, eficiencia y oportunidad, dentro de cada periodo de contratación a través de las respectivas ARS's autorizadas para funcionar en su territorio.⁶⁷

38. Tal como aconteció en los antecedentes citados, en este proceso CAPRECOM tampoco demostró ninguno de los supuestos indispensables para la renovación contractual (párr. 33 a 33.6), con lo cual, ante la falta de prueba, los razonamientos anteriores de la Sección son los mismos que asume la Sala en esta ocasión para denegar las pretensiones de la demanda, advirtiéndole que en este expediente obra la resolución 845 de 1995 que certificó el funcionamiento de CAPRECOM y autorizó su funcionamiento para prestar el servicio de salud en el departamento del Chocó, pero tal aprobación solo fue efectuada para el primer año de haberse expedido el acto (párr. 28.1.1.)

⁶⁷ Sentencia del 1º y del 29 de julio de 2015, antes citada (supra. cit. nº 61).

40. Del mismo modo que como se descartó la falsa motivación de la resolución n.º 1090 de 2003 y el acto ficto que la confirmó, carecen de vocación de prosperidad los demás cargos intentados por la actora.

40.1. La supuesta infracción de normas superiores, tal como la alega la demandante parte del supuesto de que las normas reguladoras del contrato de aseguramiento, al garantizar la continuidad de los servicios a los afiliados, le concede a la entidad promotora de salud un derecho exigible a la renovación. Premisa equivocada, de acuerdo a las precisiones efectuadas anteriormente por la Sala.

40.2. La medida tomada por la administración municipal⁶⁸ no contrarió el debido proceso. Por el contrario, era deber de las entidades territoriales verificar el cumplimiento de la ejecución de los contratos de aseguramiento suscritos con las ARS, sin que ello implique una intromisión en la escogencia de la entidad por parte de los afiliados, como erradamente lo entendió la actora.

40.3. La administración no fundamentó su decisión en el artículo 36 del Decreto 050 de 2003 que, tal como se mencionó antes, se refiere a la mora en el pago de las cuentas de la ARS, sino en otras circunstancias que, conforme al artículo 36 del acuerdo 77 de 1997 debían ser verificadas por la demandada. Aun así, CAPRECOM sí debía demostrar, en este escenario judicial, que no se encontraba en mora en el cumplimiento de sus obligaciones, conforme a lo expuesto (párr. 33.6.).

⁶⁸ Conviene anotar que, en un asunto similar al aquí juzgado, la Sala analizó el contenido y la naturaleza de los actos a través de los cuales la administración decide no prorrogar un contrato de aseguramiento, indicando lo siguiente: *“la decisión de abstenerse de prorrogar un contrato no constituye bajo ninguna circunstancia el ejercicio de un poder exorbitante; por el contrario, obedece a la autonomía de la voluntad de las partes, quienes actúan dentro de los límites del ordenamiento jurídico cuando, sin contrariar las normas imperativas, acuerdan el término de duración de la relación contractual y una vez finalice el plazo se extingue el vínculo o por el contrario deciden prorrogarlo antes de su vencimiento”* (Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección “B”. Sentencia del 15 de octubre de 2015. Rad. 180012331000200600458-01 (35213). C.P. Stella Conto Díaz del Castillo). Se advierte, de cualquier forma, que en este caso se juzga la no renovación el contrato por incumplimiento de la ARS, que es distinta a la decisión de no prorrogarlo. Sobre la diferencia entre estas dos figuras (renovación y prórroga), ver: Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Subsección “A”. Sentencia del 12 de febrero de 2014. Rad. 25000232600020030141501. Exp. 32716. C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

40.4. Tampoco se encuentra que la administración haya incurrido en desviación de poder, como escuetamente lo formuló la parte actora.

41. Manteniéndose incólume la presunción de legalidad los actos administrativos demandados (tanto el expreso como el ficto), carece de propósito estudiar las pretensiones consecuenciales formuladas por la demanda.

IX. Costas

42. 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, el Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA

PRIMERO: REVÓCASE la sentencia apelada, esto es, la proferida el 2 de febrero de 2007, por el Tribunal Administrativo del Chocó.

SEGUNDO: En su lugar, **DENIÉGUENSE** las pretensiones de la demanda.

TERCERO: DEVUÉLVASE, en firme este proveído, el expediente al Tribunal de origen.

CUARTO: Sin condena en costas.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE

STELLA CONTO DÍAZ DEL CASTILLO
Presidenta de la Sala de Subsección

DANILO ROJAS BETANCOURTH
Magistrado

RAMIRO PAZOS GUERRERO
Magistrado