**CONTRATO DE ASEGURAMIENTO – Marco legal**

La legislación aplicable a la contratación del aseguramiento para el Régimen Subsidiado de Salud se encontró consagrada en la Ley 100 de 1993, bajo la regla general de observancia del derecho privado, sin perjuicio de la aplicación de cláusulas exorbitantes. No obstante, en materia de la selección de los contratistas, se impuso por la misma Ley 100 un procedimiento especial de concurso, de acuerdo con lo previsto en su artículo 216. Se observa que el citado artículo 216 de la Ley 100 de 1993 no acudió a una definición específica del contrato de aseguramiento, sin embargo fijó las reglas generales de funcionamiento y las disposiciones básicas en relación con las obligaciones legales relativas a la administración de los recursos y al flujo de los fondos correspondientes al régimen de los subsidios en salud.

**CONTRATO DE ASEGURAMIENTO – Concepto – Finalidad**

A falta de una definición de nivel legal para el contrato de aseguramiento en el Régimen Subsidiado de Salud, parafraseando las disposiciones reglamentarias expedidas en la época de los hechos, se identifica como un acuerdo de voluntades celebrado entre una entidad territorial y una entidad prestadora de servicios “para administrar los recursos del régimen subsidiado y proveer el aseguramiento de la población afiliada a este régimen”. Desde el ángulo de la regulación vigente para el año 2002, la población beneficiaria del Régimen Subsidiado de Salud no se constituyó en parte del contrato de aseguramiento, sino que accedió a una relación contractual conexa regulada por la ley, toda vez que por virtud de la afiliación a la Administradora, esta última quedaba obligada a proveerle la cobertura de los servicios de salud al afiliado y a sus beneficiarios, entre otras muchas relaciones jurídicas gobernadas por la Ley 100 de 1993, dentro del Sistema de Seguridad Social en Salud. Inicialmente el Consejo de Estado observó la atipicidad del contrato de aseguramiento y conceptuó acerca de la participación de las diversas entidades del Estado en el mismo. Sin embargo, lo cierto es que aunque no existió una tipificación de orden legal sobre el referido contrato y se trató de un tipo contractual sui generis, el sistema de aseguramiento en el Régimen Subsidiado de Salud (SISBEN) fue uno de los más reglamentados dentro del Sistema de Seguridad Social. Por ejemplo, desde el ángulo del régimen de administración de los recursos públicos se encontraron reguladas las fuentes de financiación del sistema, las transferencias y los fondos parafiscales que lo integraban, la fijación de la unidad per cápita (UPC) que constituyó la base para liquidar el monto de los recursos a administrar por cada Administradora. También existió un importante cuerpo normativo, en permanente dinámica de cambio , acerca de los mecanismos de identificación de la población con derecho de acceso al subsidio, la priorización e identificación de la cobertura en salud, el contenido del plan obligatorio (POS-S), la integración de las bases de datos de los beneficiarios, el sistema de afiliación, los derechos de los afiliados, la administración de su información, la libre selección para la vinculación a la administradora y la permanencia mínima en ella.

**CONTRATO DE ASEGURAMIENTO – Plazo**

La Ley 100 de 1993 no se refirió al plazo del contrato de aseguramiento, no obstante lo cual, imperó un período de contratación anual de conformidad con la reglamentación contenida en el Decreto 2357 de 1995 y el artículo 30 del Acuerdo 77 de 1997 , expedido por el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, la cual se encontró acorde con el principio de anualidad que alimentaba las transferencias provenientes del presupuesto nacional para el régimen subsidiado de salud, si bien estas no constituyeron la única fuente financiera del referido sistema. En el Decreto 2357 de 1995, por medio del cual se reglamentaron algunos aspectos del régimen subsidiado de Sistema de Seguridad Social en Salud, se reguló el procedimiento de la selección de las entidades administradoras de los subsidios, el cual debía adelantarse “durante la segunda semana de marzo”, de donde se reafirma que, de acuerdo con la reglamentación, el procedimiento de concurso, al cual se refirió el artículo 216 de la Ley 100 de 1993, tenía que abrirse en cada anualidad. Lo anterior permite concluir acerca del imperativo legal para el ente territorial de adelantar un procedimiento concurrente abierto al acceso de las distintas Administradoras interesadas. En el mismo sentido se identifica la inexistencia de una modalidad de prórroga automática e indefinida para administrar los recursos del sistema subsidiado a través de la contratación del aseguramiento con el Estado. Con ocasión del Acto Legislativo No.1 de 2001, en el cual se consagró el “Sistema General de Participaciones de los Departamentos, Distritos y Municipios”, se expidió la Ley 715 de 2001. Dicha ley, de manera adicional a lo dispuesto para el sistema de transferencias en educación y salud, introdujo la obligación de las entidades territoriales de adelantar planes de prevención en salud. Bajo la anterior normativa, mediante el Acuerdo 223 de 30 de marzo de 2002 el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud dispuso que para la vigencia que terminaba el 31 de marzo de 2002 operaba una prórroga hasta el 31 de mayo de 2002, sobre los contratos entonces celebrados, con el propósito de que las entidades territoriales pudieran diseñar los planes de prevención y a su vez mantener la continuidad de la cobertura a los afiliados, sin perjuicio de respetar el derecho de estos a hacer efectivo el traslado de Administradora con fecha 1º de abril de 2002. Nuevamente el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud buscó proteger la continuidad de la cobertura a los afiliados entre el 31 de mayo de 2002 y el 31 de marzo de 2003, para aquellos eventos en que frente a las circunstancias excepcionales no existieran Administradoras habilitadas bajo el nuevo régimen, según lo dispuesto en el Acuerdo 225 de 2002 en los siguientes términos: “Artículo Segundo. Continuidad del Aseguramiento. Cuando se presenten circunstancias excepcionales, que determinen que los beneficiarios del Régimen Subsidiado queden sin administradora del régimen subsidiado, durante la ejecución de un contrato, las entidades territoriales les garantizarán la continuidad en el aseguramiento y/o la prestación del servicio de salud, de conformidad con el siguiente procedimiento: (…)”. Ahora bien, debe agregarse que mediante el Acuerdo 224 de 2003 se fijaron directrices en la celebración de los contratos de aseguramiento, pero no se impuso la prórroga de los contratos celebrados en el año 2002. Por el contrario, en atención a la necesidad de conceder un tiempo para la implementación de las modificaciones al sistema de registro de las entidades prestadoras de servicios, el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud dispuso la celebración de nuevos contratos, con vigencia inicial de seis meses a partir del 1º de abril de 2003 y posibilidad de prórroga por otros seis meses. Se concluye que en el año 2003 los nuevos contratos de aseguramiento en el Régimen Subsidiado de Salud debieron adjudicarse previa la convocatoria a los afiliados, mediante el sistema de concurso establecido en el artículo 216 de la Ley 100 de 1993, entre las Administradoras inscritas ante la respectiva Dirección de Salud del ente territorial, inscripción que a su vez requería como uno de los requisitos, el certificado de autorización expedido por la Superintendencia Nacional de Salud, entidad competente para otorgar la habilitación requerida. Así pues conviene precisar que sí existió la posibilidad de otorgar la continuidad de la cobertura a los afiliados al amparo del Acuerdo 244 de 2003, pero se dio bajo un nuevo contrato, en relación con aquellas Administradoras que estaban prestando el servicio y que habiendo participado en las alternativas ofrecidas mediante la convocatoria a los afiliados, se presentaron al concurso exigido en la Ley 100 de 1993 y resultaron seleccionadas por el ente territorial, bajo los respectivos parámetros de contratación.

**CONSEJO DE ESTADO**

**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

**SECCIÓN TERCERA**

**SUBSECCIÓN A**

**Consejera ponente: MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO**

Bogotá D.C., veintisiete (27) de abril de dos mil dieciséis (2016)

**Radicación número: 050001-23-31-000-2005-04897-01(45857)**

**Actor: CAJA DE PREVISIÓN SOCIAL DE COMUNICACIONES CAPRECOM**

**Demandado: MUNICIPIO DE OLAYA Y JUAN DE DIOS PINEDA BEDOYA**

**Referencia: APELACION SENTENCIA - ACCIÓN DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES**

**Temas:** CONTRATO DE ASEGURAMIENTO - Régimen subsidiado de salud / INEPTITUD DE LA DEMANDA

Conoce la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, contra la sentencia proferida el 27 de septiembre de 2012 por el Tribunal Administrativo del Antioquia, Sala Cuarta de Decisión, la cual, en su parte resolutiva, dispuso:

“PRIMERO: SE DENIEGAN las súplicas de la demanda respecto a la declaratoria de nulidad del Oficio del 26 de marzo del 2003, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

“SEGUNDO: No se condena en costas a la parte vencida”.

**I. ANTECEDENTES**

**1. Lo que se demanda**

Mediante escrito presentado el 31 de marzo de 2005[[1]](#footnote-1), la Caja de Previsión Social de Comunicaciones CAPRECOM EPS[[2]](#footnote-2)- instauró demanda, en ejercicio de la acción contractual, contra el municipio de Olaya (Antioquia) y el exalcalde del mismo, señor Juan de Dios Pineda Bedoya, para que se establezcan las siguientes declaraciones y condenas:

*“****1.*** *Que se declare la nulidad del acto administrativo contenido en el oficio de fecha 26 de marzo de 2003, suscrito por el señor exalcalde de la época del municipio de OLAYA, doctor JUAN DE DIOS PINEDA BEDOYA, que manifiesta no contratar con CAPRECOM la administración de recursos del régimen subsidiado para la vigencia que comienza el 01 de abril de 2003 al 31 de marzo de 2004, y por consiguiente no renovar los contrato 0025 del 1 de junio de 2002 y el 035 del 1 de octubre de 2002 suscritos entre el municipio de Olaya y CAPRECOM.*

*“****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 OLAYA / Antioquia, incumplió con la obligación de renovar los contratos interadministrativos del Régimen Subsidiado suscritos con CAPRECOM.*

*“****4.*** *Que como consecuencia de las declaraciones anteriores se condene al Municipio de Olaya / Antioquia y al doctor JUAN DE DIOS PINEDA BEDOYA, exalcalde de OLAYA, al pago de todos los perjuicios causados a mi representado con ocasión del incumplimiento contractual, de la ejecutoria del acto demandando, con el que se decidió de manera unilateral e ilegal no renovar los contratos de aseguramiento entre el municipio y CAPRECOM, incluyendo el daño emergente y el 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 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 en los artículos 176 y 177 del C.C.A. En caso de que así lo hiciere, que se condene a los demandados 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 efectivo el pago de ella”[[3]](#footnote-3).*

**2. Los hechos**

**2.1.** CAPRECOM fue creada mediante la Ley 82 de 1912, transformada en Empresa Industrial y Comercial del Estado con capacidad legal para actuar como Entidad Promotora de Salud (EPS) y como Institución Prestadora de Salud (IPS), de acuerdo con lo previsto en la Ley 314 de 1996[[4]](#footnote-4).

**2.2.** En 1997 CAPRECOM celebró inicialmente contrato de aseguramiento con el municipio de Olaya para el régimen subsidiado de salud y, desde esa fecha, prestó servicios hasta el 31 de marzo de 2003.

**2.3.** En 2002 CAPRECOM y el municipio de Olaya suscribieron el Contrato No. 25 con cobertura para 2.105 afiliados y el Contrato No. 35 con cobertura para 46 afiliados, ambos contratos con fecha de vencimiento el 31 de marzo de 2003.

**2.4.** El 31 de marzo de 2003, sin previo aviso, la Alcaldía pretendió notificar a CAPRECOM, a través de tercera persona, del oficio de 26 de marzo de 2003 suscrito por el alcalde municipal, en el cual se le manifestó que la entidad no tenía interés en contratar con CAPRECOM a partir del 1º de abril de 2003. Según narró la demandante, el representante legal de CAPRECOM no se notificó en forma personal del referido oficio y el mismo fue entregado a un funcionario de la entidad.

**2.5.** El municipio no renovó los contratos de aseguramiento con CAPRECOM a partir de 1º de abril de 2003 y con ello privó a CAPRECOM de las renovaciones en los años posteriores.

**2.6.** Indicó CAPRECOM que, por su parte, cumplió con los pagos a todas las entidades que conformaban su red prestadora de servicios, en especial mencionó haber cumplido sus obligaciones con la ESE San Miguel de Llanadas y advirtió que en todo caso no se le podía aplicar el Decreto 050 de 2003 en relación con la mora, toda vez que el municipio a su vez no le había trasladado los recursos correspondientes a la Unidad per Cápita en forma cumplida, esto es, por bimestre anticipado.

**2.7.** De acuerdo con lo que aseveró la demandante, el municipio de Olaya estaba obligado a renovarle los contratos celebrados para la administración de los recursos del Régimen Subsidiado de Salud, por virtud de lo dispuesto en el Acuerdo 77 de 1997, toda vez que los beneficiarios no habían manifestado su intención de trasladarse y por ello estaban sometidos al término mínimo de permanencia de un año, el cual debía coincidir con el plazo del contrato celebrado con la ARS.

**2.8**. Afirmó CAPRECOM que, por otra parte, de conformidad con los Acuerdos 223 y 225 de 2002, 258 de 2004 y 264 de 2005, expedidos por el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, le correspondía al municipio dar aplicación a la continuidad de los contratos entre 2002 y 2005, con ocasión de la ampliación del periodo de permanencia de los afiliados, el cual finalmente se estableció en el plazo de tres años.

**2.9.** De acuerdo con la interpretación de la demandante, el Decreto 163 del 6 de febrero de 2004 aclaró el régimen de inscripción de las ARS y la vigencia de la inscripción de las Administradoras, dentro de lo cual quedó amparada CAPRECOM, es decir, que – a su juicio- no tenía que volverse a inscribir ante la Superintendencia Nacional de Salud, para efectos de la continuidad de su contratación.

**2.10**. Finalmente, afirmó CAPRECOM que fue privada en forma injusta del derecho a la renovación de sus contratos, del cual gozaba “*indefinidamente, por lo menos mientras persista el presente sistema”[[5]](#footnote-5).*

**3. Normas violadas y concepto de la violación**

La parte actora consideró que el acto administrativo demandado vulneró las disposiciones constitucionales, la Ley 100 de 1993, los acuerdos del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud y los decretos reglamentarios del sistema de afiliación al Régimen Subsidiado de Salud.

Agregó que de los hechos ocurridos se infiere que de manera intencional y ostensible el alcalde del municipio infringió las disposiciones legales y contractuales, toda vez que los contratos constituyen una ley para las partes.

Concretó los cargos de la siguiente manera: **i)** infracción a normas legales; **ii)** desconocimiento del derecho de defensa y debido proceso; **iii)** falsa motivación y **iv)** desviación de poder.

**4. Trámite de la primera instancia**

La demanda fue admitida por auto de 7 de junio de 2005[[6]](#footnote-6) y notificado el auto admisorio el 18 de septiembre de 2006. Mediante la comisión al Juzgado Promiscuo Municipal de Olaya[[7]](#footnote-7) se surtió el emplazamiento del señor Juan de Dios Pineda Bedoya, Alcalde del municipio de Olaya para la época de los hechos, y se le designó *curador ad litem.*

El municipio contestó la demanda y negó los hechos, para cuyo sustento puso de presente que la comunicación acusada obedeció a las decisiones de la Superintendencia Nacional de Salud. Puntualizó que los informes de la interventoría y el comunicado de la citada Superintendencia Nacional de Salud a sus afiliados indicaron que para el período comprendido entre 1998 y 2002 CAPRECOM no había cumplido con el margen de solvencia, es decir, que no reunía los requisitos mínimos exigidos por la ley para operar como Administradora de los regímenes contributivo y subsidiado del Sistema de Seguridad Social en Salud.

En el mismo escrito propuso las **excepciones** de **i)** caducidad de la acción; **ii)** inexistencia del acto administrativo definitivo, la cual configuró con apoyo en que el oficio de 26 de marzo de 2003 era un acto de trámite no susceptible de la demanda y **iii)** excepción de contrato no cumplido[[8]](#footnote-8).

El curador *ad litem* contestó la demanda y se opuso a los hechos advirtiendo que en su mayoría contenían interpretaciones o valoraciones de la demandante. En defensa del demandado afirmó: **i)** el cumplimiento de una orden, contenida en la Resolución 326 de 2003 emanada de la Superintendencia Nacional de Salud, por medio de la cual se revocó el certificado de funcionamiento otorgado a CAPRECOM, de acuerdo con el documento que aportó en su oportunidad el referido curador; **ii)** la terminación de los contratos por vencimiento del término, teniendo en cuenta que la Alcaldía del municipio de Olaya esperó dicho vencimiento para obrar de conformidad con la decisión de la Superintendencia Nacional de Salud, en orden a abstenerse de contratar con CAPRECOM; **iii)** inexistencia de la conducta dolosa o gravemente culposa del exalcalde, toda vez que este solo obró de acuerdo con la decisión de la Superintendencia Nacional de Salud.

**5. La sentencia apelada**

El Tribunal Administrativo de Antioquia, tras efectuar un recuento general de los presupuestos procesales de la demanda y de los presupuestos materiales requeridos para la sentencia de fondo, estudió en concreto lo siguiente:

**i)** El Tribunal *a quo* concluyó que no operó la caducidad de la acción, toda vez que la demanda se presentó dos años después del vencimiento del contrato y en los contratos sub judice existió un término contractual para la liquidación, lo cual daba lugar a la aplicación del artículo 136-10 del Código Contencioso Administrativo.

**ii)** *“(…)* ***no es cierto que el Acuerdo 77 de 1997, obligue a las entidades territoriales a renovar con las entidades administradoras del régimen subsidiado los contratos vigente de aseguramiento****”****[[9]](#footnote-9). //*** *“y teniendo en cuenta, que los contratos de marras expiraban el 31 de marzo de 2003, se concluye que el municipio de Olaya, estaba legalmente facultado para decidir si para el periodo de contratación siguiente, esto es a partir del 1º de abril de 2003, resultaba viable o no la renovación de los respectivos contratos. No obstante lo anterior, encuentra la Sala que en el asunto de la referencia, se presentaron dos situaciones que habilitaban a la entidad territorial, para tomar la decisión vertida en el oficio cuya nulidad se demanda, tal y como entrará a explicar a continuación. (…)[[10]](#footnote-10)”.*

**iii)** De conformidad con el artículo 36 del Decreto 050 de 2003, la mora de la Administradora con las instituciones prestadoras de servicios constituyó una restricción para suscribir los contratos de aseguramiento. Observó el Tribunal *a quo* que en el presente proceso se probó dicha mora con base en la certificación expedida por el Hospital San Miguel de Olaya. Agregó que por su parte CAPRECOM no acreditó el supuesto incumplimiento de las obligaciones del municipio.

**iv)** En la sentencia se advirtió que no se puede pasar por alto que para la fecha en que se expidió el oficio atacado la Superintendencia Nacional de Salud le había revocado el certificado de funcionamiento a CAPRECOM.

**v)** En relación con los cargos de ilegalidad, observó el Tribunal *a quo* que, aunque el oficio acusado no hubiera sido notificado al representante legal de CAPRECOM, se pudo corroborar en este proceso que la entidad tuvo conocimiento de la decisión y que le planteó al municipio una serie de pronunciamientos respecto del contenido del oficio, los cuales fueron objeto de estudio y respuesta por parte de la Alcaldía.

Con fundamento en las anteriores consideraciones, el Tribunal de primera instancia denegó las súplicas de la demanda.

**6. El recurso de apelación**

Inconforme con el sentido del pronunciamiento referido en el acápite anterior, la parte demandante interpuso recurso de apelación[[11]](#footnote-11), mediante escrito presentado el 8 de noviembre de 2012, mismo en el cual sustentó dicha apelación, con fundamento en lo siguiente:

**i)** El marco legal aplicable al caso *sub judice* era el Acuerdo 77 de 1997, dentro del cual el municipio estaba obligado a renovar el contrato con CAPRECOM.

**ii)** El Tribunal *a quo* no consideró los argumentos de la falsa motivación y de la desviación de poder, de acuerdo con los cuales se tiene que advertir que el oficio de 26 de marzo de 2003 no fue motivado y que en las comunicaciones posteriores la Alcaldía expuso argumentos falsos y persistió en su decisión arbitraria.

**iii)** CAPRECOM atacó la consideración del Tribunal *a quo*, según la cual se tipificó la mora que dio lugar a una restricción legal para suscribir nuevos contratos, de conformidad con el Decreto 050 de 2003, toda vez que CAPRECOM solo estaba obligado a pagar en los plazos establecidos, si la entidad territorial le había transferido en la debida oportunidad los recursos para la administración del aseguramiento correspondiente.

**iv)** Agregó que se presentó una violación al artículo 29 de la Constitución Política, toda vez que de conformidad con el Acuerdo 77 de 1997 el municipio estaba en la obligación de supervisar el contrato y de establecer una interventoría, empero CAPRECOM no conoció los informes correspondientes.

**v)** CAPRECOM solicitó que se decretara una prueba en segunda instancia, con el propósito de acreditar que esa entidad hizo uso de los recursos de ley frente a la Resolución 326 de 2003, expedida por la Superintendencia Nacional de Salud.

Mediante auto de 8 de marzo de 2013, el Consejero Ponente denegó la prueba, teniendo en cuenta que en relación con la misma no se predicaban los requisitos del artículo 214 del Código Contencioso Administrativo.

**7.** **Trámite de la segunda instancia**

El recurso de apelación fue admitido mediante auto de 25 de enero de 2013[[12]](#footnote-12).

En su alegato de conclusión[[13]](#footnote-13) el municipio de Olaya solicitó la confirmación de la sentencia de primera instancia teniendo en cuenta que por ninguna razón se encontraba obligado a renovar o prorrogar los contratos con CAPRECOM, que ello no estaba previsto así en la Ley 80 de 1993, ni en el Acuerdo 077 de 1997, ni en el Decreto 050 de 2003, amén de que con una interpretación contraria se impondría la violación de las restricciones de la contratación de los municipios en relación con las vigencias futuras, de conformidad con el Decreto 111 de 1996 y la Ley 819 de 2003. Agregó que no puede olvidarse que CAPRECOM para la época de los hechos había sido *“descertificada”* para administrar los recursos del régimen de salud.

La demandante y el Ministerio Público guardaron silencio en su oportunidad.

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

**II. CONSIDERACIONES**

Para resolver la segunda instancia de la presente *litis*, se abordarán los siguientes temas: **1)** competencia del Consejo de Estado; **2)** marco legal del contrato de aseguramiento; **3)** el caso concreto; **4)** vinculación del Alcalde y, 5**)** costas.

**1. Competencia del Consejo de Estado**

**1.1.** Precisa la Sala que le asiste competencia para conocer del presente proceso en segunda instancia, toda vez que la pretensión estimada por el demandante ascendió a $465’000.000[[14]](#footnote-14), valor que resulta superior a la suma equivalente a 500 S.M.L.M.V. ($190’750.000)[[15]](#footnote-15), determinada en la Ley 954, promulgada el 28 de abril de 2005[[16]](#footnote-16), para que un proceso que se tramita a través de la denominada acción contractual tuviera vocación de doble instancia.

**1.2.** En punto de la naturaleza jurídica de las partes, se tiene presente que el municipio de Olaya participa de la condición de entidad territorial y CAPRECOM es una Empresa Industrial y Comercial del Estado, es decir, que ambas partes son entidades estales.

La condición de entidad estatal de una sola de las partes del contrato abre paso a la competencia de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 75 de la Ley 80 de 1993[[17]](#footnote-17), en concordancia con el artículo 2º de la Ley 80 de 1993[[18]](#footnote-18) y el artículo 82 del Decreto-ley 1 de 1984, modificado por el artículo 30 de la Ley 446 de 1998, que a su vez fue subrogado por el artículo 1 de la Ley 1107 de 2006, el cual prescribe que la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo está instituida para *“juzgar las controversias y litigios originados en la actividad de las entidades públicas”.*

**1.3. Oportunidad en la presentación de la demanda**

Desde ahora se identifica que en materia de la caducidad de la acción que se controvierte en este proceso, es necesario determinar la naturaleza de las pretensiones y de los hechos en los que se funda, con el fin de establecer la naturaleza de la acción y la oportunidad de la presentación de la demanda, de acuerdo con la normatividad vigente para la época en que comenzó a correr el respectivo término; bien sea que se trate de: **i)** un acto precontractual, el cual debía ser atacado en el plazo de 30 días, de conformidad con el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo; **ii)** un acto contractual el cual estaba sometido a la caducidad en el plazo de dos años de acuerdo con la letra d) del numeral 10 del artículo 136 del Código Contencioso Administrativo, o **iii)** un acto administrativo desligado de todo contrato cuya expedición ocurrió en violación de la ley, respecto del cual el afectado tenía el plazo de cuatro meses establecido en el numeral 2 del artículo 136 ya citado, para demandar la nulidad y el restablecimiento del derecho.

El caso *sub judice* el acto atacado lo constituye el oficio emitido el 26 de marzo de 2003 por el Alcalde del municipio de Olaya, cuya nulidad se solicitó en la demanda y se denegó en primera instancia, decisión que fue objeto del recurso de la apelación que ahora se desata.

Ahora bien, las pretensiones que presentó CAPRECOM en la demanda fueron del siguiente orden: La primera pretensión consistió en solicitar que se decrete la nulidad del oficio de 26 de marzo de 2003, el cual se identificó en el escrito de la demanda como el “*ACTO CONTRATUAL QUE SE DEMANDA”; l*a segunda y la tercera pretensión se presentaron como consecuencia de la primera, en orden a que se declare el incumplimiento de la obligación legal de renovar los contratos celebrados en el año 2002 y, finalmente, con fundamento en todas las anteriores pretensiones, CAPRECOM presentó las relacionadas con la condena en perjuicios por razón de la decisión *“unilateral e ilegal”* de no renovar los contratos.

Pasando a revisar los hechos de la demanda se tiene que advertir que la demandante no obró como partícipe en el procedimiento de concurso que se adelantó por el municipio de Olaya para la adjudicación de los contratos cuya vigencia inició el 1o de abril de 2003 y que así se hizo constar en el acta de la Junta de Licitaciones celebrada el 23 de marzo de 2002:

*“Que la ARS CAPRECOM a pesar de tener el contrato actualmente no se ha interesado en hacer llegar propuesta, ni en certificar la red de servicios para una nueva contratación[[19]](#footnote-19)”.*

En el mismo sentido se observa que CAPRECOM no cuestionó el procedimiento de selección de las Administradoras, el cual concluyó con Resolución No. 011 de marzo 26 de 2003, contentiva de la adjudicación a la sociedad SELVA SALUD S.A., del “*contrato de administración de los recursos del régimen subsidiado que comienza el 1º de abril de 2003”* e igualmente en ese acto administrativo el municipio de Olaya decidió autorizar las operaciones de SALUD VIDA, ECOOPSOS y COOMEVA EOS *“a efectos de que posteriormente los afiliados decidan su traslado”[[20]](#footnote-20).*

Teniendo en cuenta que en este proceso la parte actora no se apoyó en los hechos referidos a la convocatoria de los afiliados ni al concurso correspondiente entre las Administradoras, sino que se enfocó en el oficio de 26 de marzo de 2003, ahora atacado, el cual estimó como una decisión arbitraria que le obstaculizó su derecho a la renovación de los contratos 025 y 035 de 2002, no puede entenderse que la acción se entabló en relación con los actos previos o precontractuales y por ello se encuentra consistente que en este caso CAPRECOM haya presentado la demanda identificando la acción contractual.

Desde ese punto de vista, la Sala corrobora que se pretendió atacar un acto de naturaleza contractual, cual fue la supuesta decisión de terminación de los contratos celebrados en el año 2002, los cuales se encontraban vigentes para la fecha en que se emitió el oficio de 23 de marzo de 2003.

De acuerdo con todo lo anterior, tratándose de la demanda contra un acto de naturaleza contractual, siguiendo los dictados del artículo 136-10 del Código Contencioso Administrativo, la caducidad de la acción operaba en el plazo de dos años a partir del vencimiento del término para liquidar cada contrato, el cual era de cuatro meses para la liquidación bilateral y de dos más para la liquidación unilateral, de conformidad con lo establecido en los textos contractuales[[21]](#footnote-21) y en la citada disposición.

Así las cosas, en el presente proceso el cómputo de la oportunidad para presentar la demanda se concreta de la siguiente forma: el término de los dos contratos referidos en la demanda (No. 25 y No. 35) venció el 31 de marzo de 2003. A dicho término se le agrega el plazo de seis meses establecido para la liquidación (bilateral y unilateral), es decir, hasta el 30 de septiembre de 2003 y de allí se calcula el plazo de dos años establecido en el numeral 10 del artículo 136 del Código Contencioso Administrativo, esto es, hasta el 30 de septiembre de 2005.

En conclusión, teniendo en cuenta que la demanda se presentó el 31 de marzo de 2005, no tuvo lugar la operancia de la caducidad de la acción contractual.

**2. Marco Legal del contrato de aseguramiento**

Con el propósito de precisar el contexto legal sobre el asunto que se demanda, la Sala describirá el régimen de los contratos de aseguramiento y de las Administradoras de recursos en el Sistema Subsidiado de Salud, para la época de los hechos.

La legislación aplicable a la contratación del aseguramiento para el Régimen Subsidiado de Salud[[22]](#footnote-22) se encontró consagrada en la Ley 100 de 1993, bajo la regla general de observancia del derecho privado, sin perjuicio de la aplicación de cláusulas exorbitantes. No obstante, en materia de la selección de los contratistas, se impuso por la misma Ley 100 un procedimiento especial de concurso, de acuerdo con lo previsto en su artículo 216[[23]](#footnote-23).

Se observa que el citado artículo 216 de la Ley 100 de 1993 no acudió a una definición específica del contrato de aseguramiento, sin embargofijó las reglas generales de funcionamiento y las disposiciones básicas en relación con las obligaciones legales relativas a la administración de los recursos y al flujo de los fondos correspondientes al régimen de los subsidios en salud.

**2.1. La finalidad del contrato de aseguramiento**

A falta de una definición de nivel legal para el contrato de aseguramiento en el Régimen Subsidiado de Salud, parafraseando las disposiciones reglamentarias expedidas en la época de los hechos, se identifica como un acuerdo de voluntades celebrado entre una entidad territorial[[24]](#footnote-24) y una entidad prestadora de servicios “*para administrar los recursos del régimen subsidiado y proveer el aseguramiento de la población afiliada a este régimen”.*

Desde el ángulo de la regulación vigente para el año 2002, la población beneficiaria del Régimen Subsidiado de Salud no se constituyó en parte del contrato de aseguramiento, sino que accedió a una relación contractual conexa regulada por la ley, toda vez que por virtud de la afiliación a la Administradora, esta última quedaba obligada a proveerle la cobertura de los servicios de salud al afiliado y a sus beneficiarios, entre otras muchas relaciones jurídicas gobernadas por la Ley 100 de 1993, dentro del Sistema de Seguridad Social en Salud.

Inicialmente el Consejo de Estado observó la atipicidad del contrato de aseguramiento[[25]](#footnote-25) y conceptuó acerca de la participación de las diversas entidades del Estado en el mismo. Sin embargo, lo cierto es que aunque no existió una tipificación de orden legal sobre el referido contrato y se trató de un tipo contractual *sui generis*, el sistema de aseguramiento en el Régimen Subsidiado de Salud (SISBEN) fue uno de los más reglamentados dentro del Sistema de Seguridad Social.

Por ejemplo, desde el ángulo del régimen de administración de los recursos públicos se encontraron reguladas las fuentes de financiación del sistema, las transferencias y los fondos parafiscales que lo integraban, la fijación de la unidad per cápita (UPC) que constituyó la base para liquidar el monto de los recursos a administrar por cada Administradora.

También existió un importante cuerpo normativo, en permanente dinámica de cambio[[26]](#footnote-26), acerca de los mecanismos de identificación de la población con derecho de acceso al subsidio, la priorización e identificación de la cobertura en salud, el contenido del plan obligatorio (POS-S), la integración de las bases de datos de los beneficiarios, el sistema de afiliación, los derechos de los afiliados, la administración de su información, la libre selección para la vinculación a la administradora y la permanencia mínima en ella.

**2.2. El plazo del contrato de aseguramiento**

La Ley 100 de 1993 no se refirió al plazo del contrato de aseguramiento, no obstante lo cual, imperó un período de contratación anual de conformidad con la reglamentación contenida en el Decreto 2357 de 1995 y el artículo 30 del Acuerdo 77 de 1997[[27]](#footnote-27), expedido por el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, la cual se encontró acorde con el principio de anualidad que alimentaba las transferencias provenientes del presupuesto nacional para el régimen subsidiado de salud, si bien estas no constituyeron la única fuente financiera del referido sistema.

En el Decreto 2357 de 1995**,** por medio del cual se reglamentaron algunos aspectos del régimen subsidiado de Sistema de Seguridad Social en Salud, se reguló el procedimiento de la selección de las entidades administradoras de los subsidios, el cual debía adelantarse *“durante la segunda semana de marzo”,* de donde se reafirma que, de acuerdo con la reglamentación, el procedimiento de concurso, al cual se refirió el artículo 216 de la Ley 100 de 1993, tenía que abrirse en cada anualidad.

Lo anterior permite concluir acerca del imperativo legal para el ente territorial de adelantar un procedimiento concurrente abierto al acceso de las distintas Administradoras interesadas. En el mismo sentido se identifica la inexistencia de una modalidad de prórroga automática e indefinida para administrar los recursos del sistema subsidiado a través de la contratación del aseguramiento con el Estado[[28]](#footnote-28).

Con ocasión del Acto Legislativo No.1 de 2001, en el cual se consagró el “*Sistema General de Participaciones de los Departamentos, Distritos y Municipios”*, se expidió la Ley 715 de 2001. Dicha ley, de manera adicional a lo dispuesto para el sistema de transferencias en educación y salud, introdujo la obligación de las entidades territoriales de adelantar planes de prevención en salud.

Bajo la anterior normativa, mediante el Acuerdo 223 de 30 de marzo de 2002 el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud[[29]](#footnote-29) dispuso que para la vigencia que terminaba el 31 de marzo de 2002 operaba una prórroga hasta el 31 de mayo de 2002, sobre los contratos entonces celebrados, con el propósito de que las entidades territoriales pudieran diseñar los planes de prevención y a su vez mantener la continuidad de la cobertura a los afiliados, sin perjuicio de respetar el derecho de estos a hacer efectivo el traslado de Administradora con fecha 1º de abril de 2002[[30]](#footnote-30).

Nuevamente el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud buscó proteger la continuidad de la cobertura a los afiliados entre el 31 de mayo de 2002 y el 31 de marzo de 2003, para aquellos eventos en que frente a las circunstancias excepcionales no existieran Administradoras habilitadas bajo el nuevo régimen, según lo dispuesto en el Acuerdo 225 de 2002 en los siguientes términos:

*“Artículo Segundo. Continuidad del Aseguramiento****.*** *Cuando se presenten circunstancias excepcionales, que determinen que los beneficiarios del Régimen Subsidiado queden sin administradora del régimen subsidiado, durante la ejecución de un contrato, las entidades territoriales les garantizarán la continuidad en el aseguramiento y/o la prestación del servicio de salud, de conformidad con el siguiente procedimiento: (…)”.*

Ahora bien, debe agregarse que mediante el Acuerdo 224 de 2003[[31]](#footnote-31) se fijaron directrices en la celebración de los contratos de aseguramiento, pero no se impuso la prórroga de los contratos celebrados en el año 2002. Por el contrario, en atención a la necesidad de conceder un tiempo para la implementación de las modificaciones al sistema de registro de las entidades prestadoras de servicios, el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud dispuso la celebración de *nuevos contratos*, con vigencia inicial de seis meses a partir del 1º de abril de 2003 y posibilidad de prórroga por otros seis meses[[32]](#footnote-32).

Se concluye que en el año 2003 los nuevos contratos de aseguramiento en el Régimen Subsidiado de Salud debieron adjudicarse previa la convocatoria a los afiliados, mediante el sistema de concurso establecido en el artículo 216 de la Ley 100 de 1993, entre las Administradoras inscritas ante la respectiva Dirección de Salud del ente territorial, inscripción que a su vez requería como uno de los requisitos, el certificado de autorización expedido por la Superintendencia Nacional de Salud, entidad competente para otorgar la habilitación requerida.

Así pues conviene precisar que sí existió la posibilidad de otorgar la continuidad de la cobertura a los afiliados al amparo del Acuerdo 244 de 2003, pero se dio bajo un *nuevo* contrato, en relación con aquellas Administradoras que estaban prestando el servicio y que habiendo participado en las alternativas ofrecidas mediante la convocatoria a los afiliados, se presentaron al concurso exigido en la Ley 100 de 1993 y resultaron seleccionadas por el ente territorial, bajo los respectivos parámetros de contratación.

**2.3. Régimen de habilitación**

Con la expedición de la Ley 715 de 2001 se introdujeron cambios de importancia en la organización del sistema de seguridad social en salud, las transferencias a los fondos de salud, la organización articulada a nivel departamental, la exigencia de planes de prevención en salud pública y, además, se adoptó la decisión de someter a todas las entidades prestadoras del servicio a un Sistema Único de Habilitación.

Para ilustrar los aspectos de importancia en este caso se citan las siguientes normas de la Ley 715 de 2001, dentro de las cuales se destaca la fijación de competencias entre los distintos organismos del Estado:

*“Artículo 42. Competencias en salud por parte de la Nación.*

*“(…).*

*“42.10. Definir en el primer año de vigencia de la presente ley el Sistema Único de Habilitación, el Sistema de Garantía de la Calidad y el Sistema Único de Acreditación de Instituciones Prestadoras de Salud, Entidades Promotoras de Salud y otras Instituciones que manejan recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud.*

*“Artículo 43. Competencias de los departamentos en salud. Sin perjuicio de las competencias establecidas en otras disposiciones legales, corresponde a los departamentos, dirigir, coordinar y vigilar el sector salud y el Sistema General de Seguridad Social en Salud en el territorio de su jurisdicción, atendiendo las disposiciones nacionales sobre la materia. Para tal efecto, se le asignan las siguientes funciones:*

*“(…)*

*“43.1.6. Adoptar, implementar, administrar y coordinar la operación en su territorio del sistema integral de información en salud, así como generar y reportar la información requerida por el Sistema.*

*“(…).*

*“Artículo 56. De la inscripción en el registro especial de las entidades de salud. Todos los prestadores de servicios de salud, cualquiera que sea su naturaleza jurídica o nivel, de complejidad deberán demostrar ante el Ministerio de Salud o ante quien éste delegue, la capacidad tecnológica y científica, la suficiencia patrimonial y la capacidad técnico‑ administrativa, para la prestación del servicio a su cargo”.*

Por otra parte, mediante el Decreto 2309 de 2002 fue reglamentado el sistema de habilitación, el registro de las empresas prestadoras de servicio ante las respectivas entidades territoriales, la consolidación del registro a nivel nacional y la competencia de la Superintendencia Nacional de Salud en el ámbito de la autorización y de la vigencia de las condiciones requeridas por parte de las entidades que estaban habilitadas para la prestación de los referidos servicios.

En lo pertinente para este caso, el Decreto 2309 de 2002 estableció:

*“Artículo 9. Sistema Único de Habilitación. Es el conjunto de normas, requisitos y procedimientos, mediante los cuales se establece, se registra, se verifica y se controla el cumplimiento de las condiciones básicas de capacidad tecnológica y científica, de suficiencia patrimonial y financiera y de capacidad técnico administrativa, indispensables para la entrada y permanencia en el sistema, las cuales son de obligatorio cumplimiento por parte de los Prestadores de Servicios de Salud y los definidos como tales, las Entidades Promotoras de Salud, las Administradoras del Régimen Subsidiado, las Entidades Adaptadas y las Empresas de Medicina Prepagada.*

*“(…).*

*“Artículo 18. Revocatoria de la Habilitación. La Entidad Departamental o Distrital de Salud podrá revocar la habilitación obtenida mediante la inscripción en el Registro Especial de Prestadores de Servicios de Salud, cuando se incumpla cualquiera de las condiciones o requisitos previstos para su otorgamiento, respetando el debido proceso y el principio de la doble instancia.*

*“(…).*

*“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 1.990, los Artículos 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 1.990 y los Artículos 180 y 215[[33]](#footnote-33) de la Ley 100 de 1.993. 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 éstas entidades”.*

**3. El caso concreto**

**3.1. Naturaleza del acto demandado**

En tratándose de los presupuestos de la demanda, se tiene presente que el Código Contencioso Administrativo fijó los requisitos de la misma, dentro de los cuales se exigió tanto la definición de la pretensión o “*lo que se demanda”* como la identificación de los fundamentos de la pretensión. Se agrega a ello que en relación con los requisitos de la pretensión de nulidad de un acto administrativo, la ley exige la individualización de los cargos:

***“****Artículo**137. Toda demanda ante la jurisdicción administrativa deberá dirigirse al tribunal competente y contendrá:*

*“(…).*

*“2. Lo que se demanda.*

*“(…).*

*“4. Los fundamentos de derecho de las pretensiones. Cuando se trate de la impugnación de un acto administrativo deberán indicarse las normas violadas y explicarse el concepto de su violación”[[34]](#footnote-34).* (La subraya no es del texto).

*“Artículo 138.  Cuando se demande la nulidad del acto se le debe individualizar con toda precisión”.*

De lo anterior se infiere un requisito de la pretensión en relación con la demanda de la acción de controversias contractuales que se instaura para obtener la nulidad de un acto proferido en el escenario de la relación contractual, cuya exigencia es de carácter sustancial y consiste en que el acto que se demanda tenga la potencialidad de producir un efecto jurídico.

El acto objeto del ataque debe presentar un contenido material con efectos jurídicos adversos al accionante, es decir, que materializa una determinación de la Administración que puede resultar lesiva de los derechos invocados por el demandante y por ello constituye una decisión susceptible de demanda.

En otras palabras, la pretensión de la demanda debe estar dirigida o estructurada en orden a desvirtuar una decisión, de manera similar a lo que se exige en materia de la acción de nulidad, en la cual el supuesto de la demanda ante lo contencioso administrativo se construye sobre la exigencia de la condición de acto administrativo que debe predicarse de aquel objeto del ataque jurídico.

En sentido contrario, no resulta satisfecho el presupuesto procesal sustantivo, en el evento en que se enfile la acción únicamente contra un acto de trámite, o contra una manifestación o comunicación acerca de los efectos jurídicos de otra decisión.

Dichos actos de trámite o las manifestaciones de intención que tienen lugar dentro de la actividad contractual carecen en sí mismas de la materialidad para producir los efectos propios y sustantivos que soportan la potestad que el ordenamiento jurídico reconoce para incoar la acción, en cuanto tales actos no son idóneos o eficientes para configurar la vulneración del derecho que se detenta en razón del contrato.

Por otra parte, la noción del acto definitivo, susceptible de demanda, se sigue por lo dispuesto en el artículo 50 del Código Contencioso Administrativo, entendido como aquel que pone fin a una actuación administrativa, o decide el fondo del asunto. De conformidad con la citada norma, los actos de trámite pondrán fin a una actuación administrativa cuando hagan imposible continuarla.

El caso *sub judice* se sitúa en relación con el oficio emitido el 26 de marzo de 2003, por el Alcalde del municipio de Olaya, el cual tuvo el siguiente contenido:

*“Olaya 26 de Marzo de 2003*

*“Señores*

*CAPRECOM*

*Ciudad*

*“Ref: Terminación de contratos CAPRECOM*

*“En razón de los pronunciamientos hechos por el Ministerio de Salud sobre la viabilidad de CAPRECOM para prestar sus servicios como ARS les manifiesto que el Municipio de Olaya no está interesado en contratar de nuevo sus servicios para la vigencia que comienza el 1º de abril de 2003.*

*“Atentamente,*

*“Alcalde del Municipio de Olaya* (firmado)*”*

De acuerdo con el contenido transcrito se observa lo siguiente:

**i)** La litis se desarrolló sobre el debate acerca del imperativo de la renovación de los contratos de aseguramiento que celebró CAPRECOM, empero el acto acusado no fue aquel mediante el cual esa entidad quedó privada del supuesto derecho a la renovación de los respectivos contratos. En ese orden de ideas, el oficio acusado se refirió a los pronunciamientos por razón de la inhabilidad que se le impuso al demandante como consecuencia de la revocatoria del certificado de funcionamiento, esto es a la Resolución 326 de 2003 expedida por la Superintendencia Nacional de Salud.

**ii)** El oficio de 26 de marzo de 2003, contenía una manifestación de la Alcaldía del municipio de Olaya acerca de su desinterés en contratar de nuevo con CAPRECOM, como consecuencia de las decisiones informadas por la Superintendencia Nacional de Salud, mediante un comunicado general a los afiliados[[35]](#footnote-35).

**iii)** El oficio de 26 de marzo de 2003 no originó el efecto jurídico adverso que se pretendió atacar en la demanda.

**iv)** Aunque en el oficio de 26 de marzo de 2003 se indicó como referencia la terminación de los contratos, lo cierto es que en su contenido no se decretó terminación alguna sino que se manifestó una posición volitiva asumida como consecuencia de la decisión adoptada por la Superintendencia Nacional de Salud, siendo esta última la razón que motivó la manifestación comunicada por el Alcalde del municipio de Olaya.

**v)** Las pretensiones de la demandante enfocadas a la renovación de los contratos entonces vigentes dejaron de enfilarse contra el acto que obstaculizó la pretendida continuidad de su posición como Administradora de los recursos del régimen subsidiado de salud. La vulneración de la supuesta posición contractual no se configuró por virtud de la comunicación de la Alcaldía del municipio de Olaya sino que se originó en la revocación del certificado de funcionamiento otorgado a CAPRECOM, adoptada por la Superintendencia Nacional de Salud mediante la Resolución No. 326 de 2003.

Se agrega que en este proceso, además de que la demandante no impugnó el citado acto administrativo, tampoco acreditó la existencia de recurso en trámite contra la referida Resolución.

Si en gracia de discusión se le atribuye al oficio demandado la condición de acto administrativo, en cuanto comunicó una intención de la Alcaldía, se tiene que observar que no era un acto autónomo en la producción de los efectos jurídicos que se debaten en este proceso, puesto que precisamente el oficio citado se apoyó en los pronunciamientos de otra Autoridad Administrativa, los cuales estaban contenidos en el acto administrativo que constituyó la fuente inicial del efecto lesivo que motivó la pretensión de nulidad. Como consecuencia, en este supuesto se concluye que el demandante ha debido integrar la demanda con las pretensiones frente a los dos actos administrativos.

En este orden de ideas resulta imperativo advertir la falencia del presupuesto procesal de la demanda en forma y por ello este debate debe concluir con la declaración de su ineptitud y la consecuente inhibición para fallar sobre el fondo de la *litis.*

Es conveniente reseñar que no se modifica la posición del apelante único por el hecho de introducir en esta providencia la identificación de las razones que llevan a concluir sobre la ineptitud de la demanda, apoyadas en la naturaleza de la comunicación que en forma errada se enfocó como el acto administrativo pasible de demanda o como fuente suficiente para producir los efectos lesivos que invocó la demandante en su pretensión de nulidad. Lo anterior se concluye teniendo en cuenta que la demandante no ve agravada su posición en la presente instancia, toda vez que la sentencia apelada denegó las súplicas de su demanda.

Además, se trae a colación, como apoyo a la antedicha precisión, la sentencia de unificación proferida por la Sección Tercera del Consejo de Estado, mediante la cual se estableció que el principio de la *no* *reformatio in pejus* no implica limitación al deber del Juez de apreciar los presupuestos materiales de la demanda.

Se cita la sentencia de unificación de jurisprudencia en su parte pertinente:

*“En efecto, la Sección Tercera del Consejo de Estado en múltiples decisiones ha determinado la operancia del fenómeno jurídico procesal de la caducidad de la acción ejercida, así como también ha encontrado acreditada la existencia de la falta de legitimación en la causa –por activa o por pasiva– e incluso la ineptitud sustantiva de la demanda, casos en los cuales ha denegado las pretensiones de la demanda o se ha inhibido de fallar, según el caso, con independencia de si tales presupuestos o aspectos hubieren sido, o no, advertidos por el juez de primera instancia o por alguno de los sujetos procesales, incluido, claro está, aquel que hubiere impugnado la providencia del juez a quo”[[36]](#footnote-36).*

**5. vinculación del Alcalde**

La Sala considera pertinente observar que el demandado exalcalde del municipio de Olaya, contra quien también se dirigió la demanda como persona natural, solo podía ser vinculado eventualmente como llamado en garantía, tal como observó la Corte Constitucional en sentencia C-430 de 2000, lo cual en todo caso no resultó pertinente, en este proceso[[37]](#footnote-37).

*“Según la Constitución, sólo en el evento de que el Estado sea condenado a la reparación patrimonial del daño antijurídico, que haya sido determinado por la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, puede aquél repetir lo pagado contra éste. Ello significa, en consecuencia, que los perjudicados no pueden reclamar directamente del funcionario la indemnización por el daño. Con ello se garantiza, de un lado, la reparación al perjudicado, porque queda debidamente asegurada con el respaldo patrimonial del Estado, y, de otro, se consigue que pueda establecerse dentro del proceso el dolo o la culpa grave del funcionario en los hechos dañosos, para efectos de la acción de repetición”.*

**6. Costas**

Habida cuenta que para el presente proceso tiene lugar la aplicación del artículo 55 de la Ley 446 de 1998 el cual indica que sólo hay lugar a la imposición de costas cuando alguna de las partes hubiere actuado temerariamente y que en el *sub lite*, ninguna actuó de esa forma, se concluye que en el presente asunto no habrá lugar a imponer condena en costas.

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

FALLA

**PRIMERO: REVOCAR** la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia, Sala Cuarta de Decisión, el 27 de septiembre de 2012 y en su lugar se dispone.

Declarar la **ineptitud de la demanda** y en consecuencia **inhibirse** para fallar de fondo.

**SEGUNDO:** Sin condena en costas.

Ejecutoriada esta providencia, **devuélvase** el expediente al Tribunal de origen para su cumplimiento.

Cópiese, notifíquese y cúmplase,

**MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO**

**HERNÁN ANDRADE RINCÓN**

**CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA**

1. Folio 130, cuaderno 1. [↑](#footnote-ref-1)
2. La Caja de Previsión Social de Comunicaciones fue inicialmente un establecimiento público creado por Ley 82 de 1912. Luego se convirtió en Empresa Industrial y Comercial del Estado (E.I.C.E.) del orden nacional, vinculada originalmente al Ministerio de Comunicaciones, de acuerdo con la Ley 314 de 20 de agosto de 1996, por la cual se reorganizó bajo la denominación de Caja de Previsión Social de Comunicaciones - CAPRECOM. A partir de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, se adecuó al nuevo régimen de seguridad social y obtuvo certificado de funcionamiento para operar como entidad promotora de salud, para la prestación del plan obligatorio de salud (P.O.S.) y del plan obligatorio de salud subsidiado (P.O.S.S.), de conformidad con la Resolución 845 de 1995 expedida por la Superintendencia Nacional de Salud, tal como obra en los folios 6 a 14 del cuaderno 1. Mediante el Decreto 205 de 2003 pasó a ser entidad vinculada al Ministerio de la Protección Social, hoy Ministerio de Salud y Protección Social de conformidad con el Decreto 4107 de 2011. En la presente providencia se podrá denominar simplemente como CAPRECOM o la demandante. [↑](#footnote-ref-2)
3. Folios 115 y 116, cuaderno 1. [↑](#footnote-ref-3)
4. Ley 314 de 1996, Artículo 3º, literal a*). “Son funciones de la Caja de Previsión Social de Comunicaciones: a) Desarrollar funciones asignadas a las empresas Promotoras e Instituciones Prestadoras de servicios de Salud en la ley 100 y demás normas que la reglamenten, adicionen o modifiquen o deroguen”.* [↑](#footnote-ref-4)
5. Folio 114, cuaderno 1. [↑](#footnote-ref-5)
6. Folio 132, cuaderno 1. [↑](#footnote-ref-6)
7. Folio 141, cuaderno 1. [↑](#footnote-ref-7)
8. Folios 224 a 229, cuaderno 1. [↑](#footnote-ref-8)
9. Folio 519 vuelto, cuaderno principal. La negrilla es original de la sentencia de primera instancia. [↑](#footnote-ref-9)
10. Folio 521, cuaderno principal. [↑](#footnote-ref-10)
11. Folio 527, cuaderno principal. [↑](#footnote-ref-11)
12. Folio 536, cuaderno principal. [↑](#footnote-ref-12)
13. Folio 549 a 562, cuaderno principal [↑](#footnote-ref-13)
14. Folio 129, cuaderno 1. [↑](#footnote-ref-14)
15. De acuerdo con el salario mínimo mensual legal vigente del año 2005 ($381.500 x 500), toda vez que la demanda se presentó el 31 de marzo de 2005 y el recurso de apelación se interpuso el 8 de noviembre de 2012, en vigencia de las cuantías determinadas en la Ley 954 de 2005. [↑](#footnote-ref-15)
16. Diario Oficial 45.983. [↑](#footnote-ref-16)
17. Disposición cuyo tenor literal es el siguiente: *“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 administrativa”*. [↑](#footnote-ref-17)
18. “Para los solos efectos de esta ley:

    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; (…)”. (La subraya no es del texto). [↑](#footnote-ref-18)
19. Folio 404, cuaderno 1. [↑](#footnote-ref-19)
20. Documentación allegada por el municipio, folios 386, 405 y 406, cuaderno 1. [↑](#footnote-ref-20)
21. Estos contratos se encontraron instrumentados en formatos con membrete del Ministerio de Salud en los cuales se hizo constar la estipulación de cláusulas excepcionales al derecho común, de acuerdo con los artículos 15, 16, 17 y 18 de la Ley 80 de 1993 y además en la cláusula décima quinta se indicó que la liquidación del contrato se regía por la Ley 80 de 1993 y se dispuso que “*en consecuencia* *dentro de los cuatro meses siguientes a la terminación del contrato las partes se obligan a su liquidación”.* [↑](#footnote-ref-21)
22. *Ley 100 de 1993. “Artículo 211. Definición.**El régimen subsidiado es un conjunto de normas que rigen la vinculación de los individuos al Sistema General de Seguridad Social en Salud, cuando tal vinculación se hace a través del pago de una cotización subsidiada, total o parcialmente, con recursos fiscales o de solidaridad de que trata la presente Ley”.*

    Ley 100 de 1993. “*Artículo 157 - A. (…). 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”.* [↑](#footnote-ref-22)
23. Ley 100 de 1993. ***“Artículo 216.- Reglas básicas para la administración del régimen de subsidios en salud.***

    *“(…).*

    *“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”.* [↑](#footnote-ref-23)
24. El Decreto 2357 de diciembre de 1995 definió el régimen subsidiado en su artículo *2°: “De conformidad con lo establecido en la ley 100, el régimen subsidiado es el conjunto de normas que rigen la vinculación de los individuos y de su núcleo familiar al sistema general de seguridad social en salud, cuando tal vinculación se hace a través del pago total o parcial de una Unidad de Pago por Capitación Subsidiada, con recursos fiscales o de solidaridad”.*

    El mismo Decreto 2357 otorgó a las ARS las funciones consistentes en promover la afiliación al régimen subsidiado y verificar si los inscritos cumplían “*con los requisitos para pertenecer a él”*. [↑](#footnote-ref-24)
25. Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Consejero Ponente: Javier Henao Hidrón, 11 de marzo de 1998, radicación número: 1065, actor: Ministerio de Salud, referencia: Régimen Subsidiado en salud. Contratos de Administración. [↑](#footnote-ref-25)
26. La Ley 1122 de 2007 – expedida con posterioridad a los hechos materia de este proceso- reorganizó el sistema de aseguramiento en salud, bajo la concepción de la “*administración del riesgo financiero”* y la “*gestión del riesgo en salud”* y ordenó la liquidación de los contratos anteriores del régimen subsidiado. [↑](#footnote-ref-26)
27. *“Artículo 30.- Periodo de contratación. Los contratos del régimen subsidiado se celebrarán por un año, en dos periodos que comprenderán del primero (1) de abril al Treinta y uno (31) de marzo y del primero (1) de octubre al treinta (30) de septiembre del siguiente año”.* [↑](#footnote-ref-27)
28. *Decreto 2357 de 1995., “Articulo 14. Selección e Inscripción de las Entidades-Administradoras de Subsidios.**La Dirección de Salud seleccionará mediante acto administrativo a las entidades administradoras de subsidios, previo concepto favorable de la Junta de Licitaciones o adquisiciones o del órgano que haga sus veces y procederá a inscribirlas, autorizándolas a administrar subsidios en su territorio. Esta selección deberá efectuarse durante la segunda semana de marzo y a partir de dicha fecha se dará inicio al proceso de selección de entidad administradora por parte de los beneficiarios de conformidad con las instrucciones que imparta para tal efecto el Consejo nacional de Seguridad Social en Salud. Parágrafo 1.**La Junta de Licitaciones o el órgano que haga sus veces, deberá ajustarse para efectos de la selección, a los criterios establecidos en el artículo 13 del presente Decreto. Parágrafo 2.**Las Direcciones de Salud para facilitar la libre escogencia de los beneficiarios de subsidio podrá informar ampliamente sobre las entidades que han sido seleccionadas e inscritas para la administración del régimen en su territorio”.* [↑](#footnote-ref-28)
29. Con posterioridad a los hechos materia de este proceso ese organismo se liquidó y fue reemplazado parcialmente en sus funciones por el Ministerio de Salud y Protección Social y de otra parte se creó la Comisión de Regulación en Salud – CRES. [↑](#footnote-ref-29)
30. Acuerdo 223 de 2002. *“CONSIDERANDO: “(…). // Que de conformidad con el considerando anterior, hasta tanto no se definan las reglas para la aplicación del artículo 46 de la Ley 715 de 2001, los municipios y distritos, no están en condiciones de suscribir contratos de aseguramiento por la anualidad establecida en el artículo 30 del Acuerdo 77 del CNSSS para garantizar la continuidad de los afiliados al Régimen Subsidiado a partir del 1° de abril de 2002 (…). // “ACUERDA: “Artículo 1°. Ampliación* ***de un período de contratación****. Amplíase el período de contratación que concluye el 31 de marzo de 2002 hasta el 31 de mayo de 2002, para lo cual las entidades territoriales comprometerán los recursos del Sistema General de Participaciones incluidos en el documento Conpes 057 Anexos 6.1, 6.2 y 6.3 para cada municipio, y los recursos disponibles del Fosyga. Parágrafo 1°. Las entidades territoriales adelantarán las acciones que les correspondan* ***para ampliar el término de los contratos en tiempo y valor.*** *En el caso de los contratos de aseguramiento tripartitos, suscritos por el departamento, éste procederá a cederlos al municipio, adelantando las acciones que en materia contractual sean necesarias para su perfeccionamiento. Parágrafo 2°. El período de contratación aplicable a los contratos de aseguramiento suscritos entre las Cajas de Compensación Familiar que administran directamente los recursos de que trata el artículo 217 de la Ley 100 de 1993 y las entidades territoriales, se ampliarán en los términos establecidos en el presente artículo. Artículo 2°. Efectividad de los traslados. En la ampliación del período de contratación, las entidades territoriales* ***incluirán los traslados de ARS realizados por los afiliados y que se harían efectivos el 1° de abril de 2002.*** *Artículo 3°. Ampliación de cobertura. Las entidades territoriales que contengan disponibilidad de recursos del Sistema General de Participaciones (Conpes 57), reaforo situado fiscal 2001 (Conpes 056) o esfuerzo propio para ampliar cobertura de Régimen Subsidiado, incluirán en los contratos, el número de nuevos afiliados”.* (La negrilla no es del texto). [↑](#footnote-ref-30)
31. Diario Oficial No. 45.145, de 1 de abril de 2003. [↑](#footnote-ref-31)
32. Acuerdo 224 de 2003. *“Artículo 39. 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 encuentren autorizadas y cumplan las condiciones de habilitación para ser seleccionadas se elegirán las mejores calificadas en estricto orden ascendente.***

    *“2. En caso de presentarse varias ARS habilitadas con igual calificación, se seleccionarán en su orden, las ARS con las siguientes características:*

    *“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****”.*(La negrilla no es del texto). [↑](#footnote-ref-32)
33. *Ley 100 de 1993, Artículo 215.-“Administración del régimen subsidiado. Las direcciones locales, distritales o departamentales de salud suscribirán contratos de administración del subsidio con las entidades promotoras de salud que afilien a los beneficiarios del subsidio. Estos contratos se financiarán con los recursos del fondo de solidaridad y garantía y los recursos del subsector oficial de salud que se destinen para el efecto.*

    *“Las entidades promotoras de salud que afilien a los beneficiarios del régimen subsidiado prestarán, directa o indirectamente, los servicios contenidos en el plan de salud obligatorio.*

    *“Parágrafo. El Gobierno Nacional establecerá los requisitos que deberán cumplir las entidades promotoras de salud para administrar los subsidios”.* [↑](#footnote-ref-33)
34. Original de la cita: *“****Texto Subrayado declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante***[*Sentencia C-197 de 1999*](http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=14505#0),***bajo la condición de que cuando el juez administrativo advierta la violación de un derecho fundamental constitucional de aplicación inmediata, deberá proceder a su protección, aun cuando el actor en la demanda no hubiere cumplido con el requisito de señalar las normas violadas y el concepto de violación. Igualmente, cuando dicho juez advierte incompatibilidad entre la Constitución y una norma jurídica tiene la obligación de aplicar el art. 4 de la Constitución”.*** [↑](#footnote-ref-34)
35. Comunicado de prensa emitido el 14 de febrero de 2003 por la Oficina de Prensa y Comunicaciones de la Superintendencia Nacional de Salud, titulado “*TRASLADO DE EPS*”, “*como consecuencia del incumplimiento del margen de solvencia”* de CAPRECOM E.P.S, el cual obra al folio 221 del cuaderno 1 [↑](#footnote-ref-35)
36. Consejo de Estado, Sala de Lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera – Sala Plena, Consejero Ponente: Mauricio Fajardo Gómez, sentencia de 9 de febrero de 2012, radicación No.:500012331000199706093 01 (21.060), actor: Reinaldo Idárraga Valencia y otros, demandado: Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional, referencia: sentencia de unificación jurisprudencial. [↑](#footnote-ref-36)
37. *“Conforme a las consideraciones precedentes la Corte concluye lo siguiente: a) La norma cuestionada [articulo 78 C.C.A.)* ***habilita al perjudicado para promover la acción resarcitoria frente a la entidad, el funcionario o contra ambos. Sin embargo, debe entenderse que la responsabilidad del agente se ve comprometida siempre que prospere la demanda contra la entidad, o contra ambos”.*** *b)* ***Cuando prospera la demanda contra ambos****, la sentencia declara la responsabilidad de la entidad pública,* ***así como la responsabilidad del funcionario por haber incurrido en la conducta dolosa o gravemente culposa que contribuyó a la ocurrencia del daño.******Pero la obligación de resarcir los perjuicios se impone a la entidad y no al funcionario; pero a la entidad se le reconoce el derecho de repetir lo pagado contra el funcionario.*** *Ello es así, porque la responsabilidad por el daño antijurídico es del Estado y no propiamente de su agente; lo que sucede es que la conducta de éste gravemente culposa o dolosa, determinante del daño, tiene como consecuencia el que la entidad pueda repetir lo pagado”.* (La negrilla no es del texto). [↑](#footnote-ref-37)